CI – 015M
C.P. – P.L. 28
Nouveau Code de procédure civile

MÉMOIRE DE L'INSTITUT DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DU QUÉBEC

SUR LE PROJET DE LOI 28 INSTITUANT

LE NOUVEAU *CODE DE PROCÉDURE CIVILE*

9 septembre 2013

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 3

I. Comités de l'IMAQ 4

II. Incitation à utiliser les modes privés de PRD et changement de culture 5

III. Sauvegarde de l'intégralité et de l'efficacité du processus de médiation privée 7

A. Disposition préliminaire 8

B. Utilisation du terme « *procédure* » 9

C. Article 2 du projet de loi - Protocole préjudiciaire 9

D. Article 4 du projet de loi - Confidentialité 10

E. Article 5 du projet de loi – Obligation de confidentialité 11

F. Article 6 du projet de loi - Application des dispositions relatives à la médiation 11

G. Article 7 du projet de loi – Suspension de la prescription 12

H. Article 28 du projet de loi - Clause nonobstant 13

I. Protection de l'institution de la médiation 14

J. Article 605 (2) du projet de loi – Rôle du médiateur 14

K. Article 607 du projet de loi – Droit de s'opposer à l'utilisation de renseignements personnels 15

L. Article 610 du projet de loi - Équilibre du processus 15

IV. L'interdisciplinarité 17

V. Commentaires portant sur les dispositions du projet de loi relatives à l'arbitrage 21

A. Contexte historique 21

B. Article 1 du projet de loi - L'arbitrage comme mode privé de PRD 21

C. Article 2 du projet de loi - Caractère volontaire des modes privés de PRD 22

D. Article 4 du projet de loi – Confidentialité 22

E. Article 5 du projet de loi – Obligation de confidentialité 23

F. Article 6 du projet de loi – Application des règles du Livre VII du projet de loi 23

G. Article 7 du projet de loi – Recours aux tribunaux et renonciation à la prescription 23

H. Article 620 (1) du projet de loi – Mission de l'arbitre 23

I. Article 621 du projet de loi – Immunité de l'arbitre 23

J. Article 622 (2) du projet de loi – Renvoi à l'arbitrage 24

K. Article 623 du projet de loi – Ordonnances de sauvegarde 24

L. Article 624 du projet de loi – Arbitre unique 24

M. Article 625 (2) du projet de loi – Difficulté à nommer un arbitre 25

N. Article 631 (2) du projet de loi - Notification 25

O. Article 632 (1) du projet de loi – Principes de la contradiction et de la proportionnalité 25

P. Article 637 du projet de loi – Responsabilité quant aux honoraires et frais de l'arbitre 25

Q. Article 639 du projet de loi – Ordonnance provisoire 26

R. Article 641 du projet de loi – Autocorrection par l'arbitre 26

S. Article 642 (1) du projet de loi – Effet de la sentence arbitrale et conditions exigées 26

T. Article 642 (2) du projet de loi – Délai pour rendre sentence 27

U. Article 642 (3) du projet de loi – Accord de règlement 27

V. Article 646 du projet de loi – Homologation d'une sentence arbitrale 27

W. Article 647 du projet de loi – Homologation d'une mesure provisionnelle ou de sauvegarde 28

X. Article 650 du projet de loi – Définition de l'arbitrage international 28

Y. Article 652 (1) du projet de loi – Reconnaissance et exécution d'une sentence arbitrale rendue hors du Québec 28

Z. Article 653 (1) du projet de loi - Interdiction d'examiner le fond du différend pour une sentence rendue hors du Québec 28

AA. Article 653 (3) du projet de loi – Motif de refus propres aux mesures provisionnelles ou de sauvegarde pour les sentences arbitrales rendues hors du Québec 29

BB. Article 655 du projet de loi – Cautionnement pour une mesure provisionnelle ou de sauvegarde 29

VI. Commentaires sur certaines dispositions actuelles à conserver - Articles 940 à 951.2 *C.p.c.* 29

A. Article 940 *C.p.c.* – Interdiction à déroger de certains articles 29

B. Article 940.2 *C.p.c.* – Définition du tribunal compétent 30

C. Article 940.3 *C.p.c.* – Intervention du juge ou du tribunal 30

D. Articles 941.3, 942.7, 943.2 et 945.8 *C.p.c.* – Décision du juge, finale et sans appel 30

E. Article 944.9 *C.p.c.* – Audition des témoins 30

F. Article 946.2 *C.p.c.* – Interdiction d'examiner le fond du différend 30

L'IMAQ est un organisme à but non lucratif dédié au développement et à l'utilisation extensive de méthodes de prévention et de règlement des différends (les « **PRD** »), notamment afin de favoriser l'accès à une justice de qualité pour tous les citoyens, organisations et entreprises du Québec[1]. Notre mission en est une de services et d'éducation.

Créé en 1977, l'IMAQ est le principal organisme québécois à regrouper des tiers impartiaux qualifiés qui agissent comme médiateurs ou arbitres pour résoudre les différends en matière civile, commerciale et dans le domaine du travail. Les 234 membres accrédités de l'IMAQ proviennent d'horizons professionnels multiples et de domaines d'expérience diversifiés. Ils sont pour la plupart membres d'un ordre professionnel[2]. Nos membres partagent des valeurs communes d'intégrité et de compétence, attestées par nos règles d'accréditation, d'éthique et de procédure, lesquelles visent en définitive à établir un ensemble de normes généralement reconnues dans la pratique des modes de PRD au Québec.

L'IMAQ est affilié à l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada (mieux connu sous l'acronyme « ADRIC »), soit un organisme pancanadien qui regroupe des instituts de médiation et d'arbitrage de chacune des provinces canadiennes et qui est un partenaire clef dans la mise en place et le maintien des plus hauts standards de qualification des professionnels des PRD qui assistent les parties dans la résolution de leurs différends[3].

L'IMAQ est reconnu dans l'espace francophone mondial comme un leader dans sa sphère d'activités et un précurseur dans le développement des modes de PRD comme moyen de résoudre efficacement les conflits en société. Depuis nos débuts, notre organisation ainsi que nos médiateurs et arbitres accrédités ont formé des centaines de professionnels à la médiation et à l'arbitrage, tant au Québec, au Canada que dans plusieurs pays européens et africains. À cet égard, l'IMAQ s'associe fréquemment avec l'Université de Sherbrooke et son programme de maîtrise en prévention et règlement des différends[4] pour des activités de promotion des PRD et de formation tant sur le plans local que sur le plan international. L'IMAQ est également un des initiateurs et un

---

1 Voir le site web de l'IMAQ, en ligne à :

http://www.imaq.org/

2 En provenance de 17 ordres professionnels. Voir à la page 37 du Mémoire 2011 (joint comme **Annexe A** au présent mémoire) le détail des adhésions à l'IMAQ.

3 Voir son site web, en ligne à :

http://www.adrcanada.ca/francais/index.cfm

4 Les détails et le contenu de ce programme sont disponibles en ligne à :

http://www.usherbrooke.ca/programmes/fac/droit/2e-cycle/maitrises/reglement-differends/

membre fondateur de l'*Institut de la médiation en espace francophone* (IMEF) qui a pour objet de promouvoir le développement de la médiation dans la francophonie, notamment en structurant et intensifiant la représentation des médiateurs francophones sur le plan national et sur le plan supranational, en stimulant la recherche liée aux standards, méthodes et outils de médiation ainsi qu'en renforçant la formation à la médiation et ses référentiels.

Au fil des ans, l'IMAQ a collaboré avec le ministère de la Justice du Québec dans la poursuite de son objectif d'améliorer l'accessibilité à la justice et la qualité de celle-ci. En 2002, le ministère de la Justice s'est associé à la campagne « *Servez votre cause, exigez la clause*» que nous avions initiée et qui visait à promouvoir la médiation civile et commerciale ainsi que l'utilisation d'une clause de médiation dans les contrats civils et commerciaux. Plus récemment, nous nous sommes investis dans le projet des *Centres de justice de proximité* pour lesquels nous sommes un partenaire, en plus de siéger sur son *Comité national des partenaires provinciaux*.

Nous collaborons aussi avec d'autres ministères québécois, dont le ministère des Affaires municipales, Régions et Occupation du territoire et le ministère des Transports, sur des projets reliés à la médiation. Par ailleurs, nous avons des échanges réguliers avec les organismes publics et tribunaux administratifs québécois afin de développer une expertise en médiation institutionnelle et appuyer leurs efforts d'amélioration continue des pratiques de médiation, de facilitation et de conciliation qui y sont mises en œuvre.

L'IMAQ a également une longue tradition de collaboration et d'action conjointe avec plusieurs organismes et ordres professionnels intéressés par la justice participative. Entre autres, au cours des quatre dernières années, nous participons aux tables rondes sur la justice participative qui sont sous l'égide du Barreau de Montréal. Nous avons aussi créé un comité de regroupement qui permet à une dizaine d'organismes québécois qui œuvrent dans la prévention et le règlement des différends d'échanger de manière régulière sur des sujets d'intérêt dans ce domaine et de coordonner leurs efforts de promotion et de développement professionnel.

INTRODUCTION

En décembre 2011, l'IMAQ a déposé un mémoire auprès de la Commission des institutions de l'Assemblée nationale (le « **Mémoire 2011** ») relativement à l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* (l'« **avant-projet de loi** »), dont vous trouverez copie en **annexe A** du présent mémoire et que vous pouvez également consulter en cliquant sur le lien suivant :

http://www.imaq.org/wp-content/uploads/2012/01/MEMOIRE.pdf

L'IMAQ a par la suite été invité à présenter son mémoire auprès de la Commission des institutions le 18 janvier 2012. Cette présentation se trouve en format vidéo à l'adresse suivante :

http://www.assnat.qc.ca/fr/video-audio/AudioVideo-38987.html

Les représentations de l'IMAQ visaient à soutenir les principaux éléments de l'avant-projet de loi qui portaient sur les modes de PRD et à soumettre des commentaires afin de les améliorer.

Trois axes principaux avaient alors été développés:

- L'avant-projet de loi énonçait le principe de justice actualisé à la réalité du XXIe siècle et constatait l'évolution de ses conceptions en lien avec les besoins des citoyens et leur rapport au droit et aux institutions juridiques. Il correspondait également aux tendances mondiales en matière de justice. L'IMAQ avait conclu sur ce thème que les dispositions proposées dans l'avant-projet de loi constituaient une impulsion législative susceptible de créer un changement de culture juridique et un nouveau rapport à la justice participative, répondant ainsi aux besoins des justiciables.

- Un second axe abordait des commentaires plus spécifiques relativement à certaines dispositions se rapportant aux PRD extrajudiciaires dans l'avant-projet de loi. Notamment, l'IMAQ a salué le choix législatif de ne rendre obligatoire que la considération d'un mode de PRD et non l'exercice de celui-ci.

- Un troisième axe portait sur la pratique des professionnels qui exercent dans le champ des modes de PRD. L'IMAQ a fait valoir l'interdisciplinarité intrinsèque à cette discipline et la situation dans les autres provinces par

rapport à la gestion de l'offre et l'attestation des qualifications professionnelles des candidats appelés à devenir médiateurs et arbitres accrédités. Dans une perspective de protection du public, l'IMAQ a formulé des recommandations concernant (i) l'opportunité et les avantages de maintenir le régime actuel de la multidisciplinarité des praticiens et (ii) le contenu et la qualité des informations qui seront disponibles au public.

Dans le présent mémoire, l'IMAQ expose sa vision quant aux orientations et choix législatifs proposés dans le projet de loi 28 (le « **projet de loi** »).

I. Comités de l'IMAQ

Le présent mémoire est le fruit d'un travail collectif réalisé par deux comités de l'IMAQ :

- Le Comité de médiation civile et commerciale qui regroupe, par ordre alphabétique : le médiateur Me Thierry Bériault (président IMAQ), la médiatrice et arbitre Me Marie-Josée Brunelle, le médiateur et architecte Me Howie Clavier, la médiatrice Me Nathalie Croteau, Me Pierre D. Grenier (vice-président IMAQ), le médiateur Me Jean Marois, le professeur, arbitre et médiateur Me Louis Marquis (ETS), la médiatrice Me Andrea Morrison, le professeur Me Jean-François Roberge (Université de Sherbrooke), et la médiatrice Me Hélène Rouleau.

- Le Comité d'arbitrage civil et commercial qui regroupe, par ordre alphabétique : le professeur Nabil Antaki, le professeur Frédéric Bachand (Université McGill), l'arbitre Me Oivier Després, l'arbitre Me Denis F. Gauthier, l'arbitre et honorable Benjamin J. Greenberg, l'arbitre Me Jean Robert LeBlanc, l'arbitre Me Michel Lemoine, l'arbitre Me Marie-Claude Martel, l'arbitre Me Robert Masson, l'arbitre Me Steve McInnes, le professeur Arthur Oulaï (Université de Sherbrooke), l'arbitre Me Serge Pisapia, l'arbitre Me Diane Sabourin (présidente du Comité d'arbitrage), ainsi que l'arbitre et notaire Me Gilles Simart.

II. Incitation à utiliser les modes privés de PRD et changement de culture

L'avant-projet de loi comprenait plusieurs dispositions qui incitaient les citoyens et les professionnels du droit à utiliser un mode privé de PRD lorsque cela était approprié. Il incitait de même à ce que l'on fasse appel aux tribunaux uniquement dans les situations où le dialogue, la négociation et l'entente n'étaient pas possibles. Il contenait :

- une affirmation de l'existence de la justice civile privée dans les notes explicatives, au 2e paragraphe de la disposition préliminaire et au 3e paragraphe de l'article 1;

- une affirmation d'une obligation positive de considérer les modes privés de PRD avant de s'adresser aux tribunaux : 2e paragraphe des notes explicatives;

- une ouverture aux recours devant les tribunaux que si la voie privée n'a pas réussi comme il est stipulé à la 1re phrase de l'article 6.

De ces dispositions, seul le 3e paragraphe de l'article 1 subsiste dans sa forme initiale.

Afin de s'assurer que les parties et leurs conseillers juridiques explorent de bonne foi la faisabilité d'un mode privé de PRD et que le projet de loi encourage les tentatives dans cette voie, il y a nécessité d'ajouter une disposition qui permettra de valider, lors du dépôt d'une procédure et en cours d'instance, qu'il y a eu considération de bonne foi des modes privés de PRD et ce, par l'insertion d'un texte aux articles 100 et suivants du projet de loi. Cette proposition rejoint notre commentaire que l'on retrouve dans notre Mémoire 2011 quant à l'introduction d'un système similaire à ce qui est en vigueur en Australie pour les différends de juridiction fédérale et de certains États, soit le principe du « *Genuine Step* »[5]. Plusieurs projets de loi sont présentement à l'étude par des États australiens afin d'introduire la même règle pour traiter les différends qui relèvent de leur juridiction[6].

Le constat apporté en Australie à ce sujet fait mention d'une réussite importante et de gains substantiels vers une responsabilisation des citoyens et des acteurs économiques quant à la nécessité de trouver une solution négociée et davantage mutualisée.[7] Les

---

5 Civil Dispute Resolution Act 2011 (Commonwealth) : http://www.ag.gov.au/LegalSystem/AlternateDisputeResolution/Pages/CivilDisputeResolutionAct2011.aspx

6 Les États de New South Wales, Victoria et South Wales.

7 Une évaluation des impacts et bénéfices de la législation fédérale australienne est présentement en cours. Un rapport sera présenté sous peu au département du Procureur Général australien et

tribunaux australiens appliquent avec sérieux cette obligation et examinent avec minutie si les parties et leurs avocats se sont conformés aux exigences de la loi. Elles doivent avoir pris des « véritables mesures » pour résoudre leur différend et consigner au dossier de la Cour une déclaration assermentée attestant des étapes de résolution qui ont été effectuées. Les procureurs des parties doivent respecter et exécuter leur obligation de conseils auprès de leur client et leur fournir assistance à ce sujet. À l'instar du projet de loi, il n'y a aucun mode de prévention ou de règlement des différends mentionné dans cette législation, cela étant à la discrétion des parties. Les tribunaux ont notamment indiqué que les mesures suivantes pouvaient être adéquates selon les circonstances :

- Communiquer à l'autre partie les enjeux à discuter et offrir d'échanger sur ce sujet ou négocier dans le but d'en arriver à une entente;
- Communiquer des informations pertinentes à l'autre partie ainsi que des documents utiles pour comprendre les enjeux en indiquant sa disponibilité à en discuter afin de trouver une solution;
- Offrir de résoudre le différend par la voie de la médiation;
- Demander que le différend soit soumis à un arbitrage conventionnel;
- Offrir la mise en œuvre d'un autre mode de résolution (« *alternate dispute resolution mecanism* ») adapté à la situation.

Toute non-conformité à ces principes a une incidence directe sur le déroulement des procédures judiciaires. Notamment, des mesures peuvent être prises par le juge présidant la gestion préalable de l'instance afin que les parties corrigent tout défaut d'avoir pris un « *genuine step* », ou encore le juge qui entendra au fond les procédures pourra exercer sa discrétion et condamner la partie fautive aux dépens. Dans certains cas, le tribunal peut également condamner la partie qui n'a pas pris de « véritables mesures » pour tenter de résoudre le différend à payer les honoraires extrajudiciaires de la partie adverse. Les procureurs de cette partie peuvent aussi être condamnés conjointement avec leur client s'ils ont contribué à créer cette situation contraire à la règle du « *genuine step* ».

La meilleure manière d'introduire ce principe dans le *Code de procédure civile* (« ***C.p.c.*** ») serait, selon nous, d'exiger que les procédures introductives d'instance

---

permettra de valider le constat qui a été effectué par la magistrature et les praticiens qui ont eu à appliquer le principe du « *genuine step* ».

soient accompagnées d'une déclaration à l'effet que les parties ont considéré le recours aux modes privés de PRD, en y faisant une nomenclature de ces modes et en précisant quel mode a été tenté mais n'a pas mené à une entente ou, si aucun mode privé de PRD n'a été tenté, pourquoi. Par la suite, la partie défenderesse serait appelée, en cours d'instance, à produire une déclaration assermentée au même effet.

Enfin, nous croyons que les dispositions du *C.p.c.* devraient, tant dans leur forme que dans leur substance, favoriser et accélérer le changement de culture juridique nécessaire au succès de cette réforme. Notamment, la liberté contractuelle donnée aux parties a toujours permis qu'elles puissent régler leurs différends selon les normes qui leur conviennent, quelles qu'elles soient, sous réserves des normes constitutionnelles ou quasi-constitutionnelles. En ce sens, le retrait de la première partie de l'article 4 de l'avant-projet de loi dans l'actuel texte de l'article 4 soulève l'enjeu de la résistance au changement culturel[8] du monde juridique. À défaut de réintroduire ces éléments, nous croyons pertinent que le législateur, dans le cadre des travaux parlementaires, précise les motifs qui l'ont amené à les soustraire, de sorte qu'il soit clair que son intention n'était pas que seules les normes juridiques puissent être l'objet des discussions et fassent partie des solutions qui puissent émaner des modes privés de PRD utilisés.

Les articles du Titre I du Livre I font partie d'une offre de justice nouvelle et élargie. Ils visent entre autres à assurer un meilleur accès à la justice. Dans cette optique, les modes privés de PRD, quels qu'ils soient, doivent être vus comme faisant partie d'un *continuum* dans le cadre duquel l'arbitrage ainsi que la procédure et le procès ne constitueront que des aboutissements possibles.

Finalement, l'insertion dans le projet de loi des dispositions portant sur la médiation en assure la pertinence et la crédibilité.

III. Sauvegarde de l'intégralité et de l'efficacité du processus de médiation privée

En lien avec nos commentaires ci-haut mentionnés au sujet des thèmes abordés aux dispositions préliminaires, l'IMAQ croit nécessaire de souligner l'importance d'apporter des modifications au projet de loi actuel afin de permettre le respect des principes inhérents aux modes privés de PRD que sont notamment la médiation et l'arbitrage ainsi

---

[8] Article 4 de l'avant-projet de loi se lisait comme suit :

> « Les parties qui choisissent de prévenir ou de régler leur différend par un mode privé, de même que le tiers qui y participe, s'engagent à préserver la confidentialité de ce qui est dit, écrit ou fait dans le cours du processus, sous réserve de leurs ententes sur le sujet ou des dispositions particulières de la loi ou de leur propre recours aux tribunaux. »

que la bonne conduite de ces modes dans le cadre de l'environnement législatif de fond qui sera établi par le projet de loi.

A. Disposition préliminaire

Nous mentionnions dans notre Mémoire 2011 :

> « L'initiative du ministère de la Justice constitue un puissant levier de changement de culture et contribuera à transformer les conceptions et les pratiques de celles et de ceux qui en sont les acteurs. La seule utilisation du vocable « différend » plutôt que litige ou l'acronyme « MARC » (modes alternatifs ou appropriés de résolution de conflit) révèle une nouvelle amplitude pour la justice civile. Désormais, les modes de PRD ne sont plus considérés comme alternatifs ou conceptuellement une solution de rechange à l'appareil judiciaire. L'avant-projet de loi dessine un tout cohérent et sous-entend que toute forme de différend pouvant mener à un conflit entre dans la portée de la justice civile. » (p 14)

L'ajout des mots « et des litiges » au texte du 2e paragraphe de la **disposition préliminaire** introduit une distinction entre un « différend » et un « litige ». Dans son sens commun, le différend est habituellement compris comme étant plus large que le litige. Il comprend certes la notion de « problématique » et de « conflit » mais n'exclut pas celle du litige, un conflit ou une problématique posé ou matérialisé en termes juridiques et éventuellement concrétisé par une action en justice. Il s'agit là d'un sens possible.

L'introduction d'une distinction entre les concepts de différend et de litige risque de freiner l'évolution d'une compréhension élargie du concept de différend. Une telle évolution est essentielle afin de favoriser les changements de culture à l'élargissement de l'offre de justice qui aideront à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile. Une compréhension élargie du concept de différend est par ailleurs susceptible, du même coup, de favoriser ces mêmes changements de culture participant à l'atteinte des objectifs visés.

Les modes privés de PRD ne doivent pas être considérés pertinents seulement qu'en matière de prévention et de règlement des différends. Ils incluent et visent aussi la prévention et le règlement des litiges et les articles 1 à 6 du projet de loi s'y appliquent tout autant.

Par ailleurs, nous proposons de compléter la première phrase du deuxième paragraphe par l'ajout du mot « *impliquées* » après le mot « *personne* ».

Enfin, l'utilisation du terme « *permettre* » au début de cette phrase ne nous semble pas adéquat dans les circonstances, en ce que ces modes sont déjà largement utilisés et qu'ils sont mis en œuvre dans le respect du droit substantif actuel. Il serait plus juste d'utiliser le terme « *encourager* ».

* * *

PROPOSITION :

En conséquence de ce qui précède, l'IMAQ soumet le texte suivant comme pouvant se substituer à l'actuel :

« **Le Code vise à encourager, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends par des procédés de justice civile adéquats, efficients, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes impliquées. Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice.** »

* * *

B. Utilisation du terme « *procédure* »

Le 1er aliéna de la Disposition préliminaire du Titre I du Livre I de même que les articles 2 et 6 du projet de loi font référence à la « *procédure* » pour introduire les processus liés aux modes privés des PRD.

À moins que le législateur veuille apporter certaines précisions dans toute révision du projet de loi et le juge nécessaire, l'IMAQ comprend que l'utilisation du terme « *procédure* » englobe les « *processus* » et les « *modalités* » inhérentes aux modes de PRD.

C. Article 2 du projet de loi - Protocole préjudiciaire

L'introduction de la notion de protocole préjudiciaire à l'**article 2** est une action byzantine qui aurait avantage à être expliquée par le législateur.

D'une part, ce type de procédure s'inscrit mal dans un contexte de modes privés de PRD et nous semble davantage lié à la logique adjudicative. D'autre part, cette obligation de collaborer à l'élaborer et à l'appliquer signifie en pratique que les parties devront nécessairement avoir recours

à un juriste pour les conseiller et les accompagner. Cela pourrait ajouter des coûts importants, voire des délais, au déploiement d'un mode de PRD qui, de par sa nature, est habituellement moins coûteux et plus rapide.

D. Article 4 du projet de loi - Confidentialité

Le projet de loi ne garantit pas le même niveau de confidentialité aux modes de PRD que celui accordé à la médiation judiciaire.

La confidentialité est un des principes cardinaux de la médiation, tout comme de la négociation en vue de régler un différend. Elle doit être fermement protégée.

L'**article 4** emploie un vocabulaire se distinguant du reste du projet de loi lorsqu'il énonce un engagement de la part des parties et du tiers qui les assiste de préserver la confidentialité de ce qui est dit, écrit ou fait dans le cours du processus. L'utilisation du verbe « engager » affaiblit à notre sens la notion de confidentialité sur laquelle se fonde cette disposition. Il serait plus constant et conforme d'énoncer ce principe de la même façon et dans les mêmes termes qu'ailleurs dans la loi. De cette façon, les décisions judiciaires et les enseignements doctrinaux se rapportant à ce sujet pourront s'appliquer sans qu'une ambiguïté soit soulevée. De plus, la dernière partie de l'article proposé énonce que la confidentialité ne s'appliquerait pas « à leur propre recours aux tribunaux ». Il y a un risque que ce dernier énoncé soit assimilé à une autorisation de pouvoir utiliser les informations échangées lors des séances de médiation aux fins de procédures que les parties pourraient vouloir intenter subséquemment à la fin du processus privé de PRD. À notre avis, cela ouvre la porte à une interprétation contraire à la reconnaissance universelle, ainsi qu'à la jurisprudence actuelle des tribunaux québécois, que le contenu des échanges dans le cadre d'une médiation ne peut et ne doit être communiqué à l'extérieur de celle-ci, ou même utilisé dans le cadre de procédures judiciaires.

* * *

PROPOSITION :

En conséquence de ce qui précède, l'IMAQ soumet, à l'instar des articles 159 et 379, que l'**article 4** devrait se lire ainsi :

« 4. Tout ce qui est dit, écrit ou fait dans le cadre d'un mode privé de prévention ou de règlement des différends est confidentiel, sous réserve des ententes sur le sujet ou des dispositions particulières de la loi. »

* * *

E. Article 5 du projet de loi – Obligation de confidentialité

L'IMAQ propose d'intégrer un élément additionnel à l'article 5 du projet de loi. Plus particulièrement, il s'avère important que le terme « *d'enseignement* » soit inséré après les mots « *fins de recherche* » afin de tenir compte des impératifs liés à l'enseignement des modes de PRD et de s'assurer que le corps professoral ne puisse contrevenir à cette disposition du projet de loi.

F. Article 6 du projet de loi - Application des dispositions relatives à la médiation

La nouvelle version de l'**article 6** impose à la médiation et à l'arbitrage les dispositions du Livre VII lorsqu'il sera jugé « *nécessaire de compléter* » la procédure. Cela ouvre un vaste champ interprétatif aux tribunaux, et possiblement des recours qui contesteraient les règles établies en médiation et en arbitrage par les professionnels qui conduisent ces processus de PRD. Cela va par ailleurs au-delà de ce qui est prévu au 1er paragraphe de la Disposition préliminaire.

Il est primordial que les professionnels de la médiation et de l'arbitrage conservent la capacité d'établir les règles les plus propices aux différends où ils agiront, sous réserve de leur code d'éthique, de l'ordre public et des dispositions constitutionnelles applicables.

Cependant, il est aussi essentiel que les médiateurs puissent bénéficier des protections offertes au Chapitre I du Livre VII (art. 606 et 607), peu importe les règles convenues avec les parties. En effet, dans notre Mémoire 2011, nous soulignions:

> « Le ministère de la Justice a choisi de formuler une intention législative sous forme d'incitation générale qui se traduit par l'énonciation de diverses obligations dont le véhicule n'est pas prédéterminé. Cette impulsion législative constitue le meilleur moyen d'atteindre une satisfaction des personnes qui feront appel aux modes de PRD ainsi que des ententes qui seront viables et qui correspondront davantage à leurs besoins.
>
> Il appartiendra au ministère de la Justice, aux citoyens et aux professionnels qui les accompagnent, aux spécialistes des PRD et aux organisations spécialisées dans la résolution des différends et dans la justice d'utiliser les méthodes et approches actuelles selon les circonstances, et d'améliorer constamment les méthodes, outils et pratiques qui permettent d'atteindre les objectifs souhaités. De

> même, ce choix législatif empreint de flexibilité évite une cristallisation des différents modes de PRD en permettant une évolution et une adaptation des processus dans le temps et selon les contextes. » (pp 14-15)

De plus, l'article 6 du projet de loi devrait prévoir non seulement le cas où les parties doivent compléter la procédure mais la situation où elles n'en ont établi aucune.

* * *

PROPOSITION :

En conséquence de ce qui précède, l'IMAQ soumet que l'**article 6** devrait se lire ainsi :

« 6. Les parties qui conviennent de recourir à un mode privé pour prévenir un différend ou régler celui qui les oppose déterminent, avec le tiers, la procédure applicable au mode qu'elles ont choisi. Dans l'éventualité où cette procédure n'est pas ainsi établie et que les parties procèdent par voie de médiation ou d'arbitrage, les règles du Livre VII du présent code s'appliquent. »

En tout état de cause, l'IMAQ propose que le législateur confirme dans le projet de loi, par l'ajout d'une disposition, le caractère d'ordre public des articles qui composent le Chapitre I du Livre VII. Ces articles doivent en effet être applicables à toutes les médiations qui prendront place en vertu du droit québécois.

* * *

G. Article 7 du projet de loi – Suspension de la prescription

L'IMAQ constate que le libellé de l'article 7 du projet de loi est fort différent, voire de droit nouveau pour ce qui est de la renonciation à la prescription. L'IMAQ appuie et accueille très favorablement l'ajout de ce principe, lequel est primordial à ce que les modes privés de PRD puissent être utilisés à plus grande échelle.

L'**article 7** permet ainsi aux parties de suspendre la prescription pour une durée de deux mois lorsqu'elles s'engagent à participer à un mode privé de PRD.

Cependant, selon l'expérience vécue par les médiateurs de l'IMAQ, un délai de deux mois nous apparaît beaucoup trop court pour permettre aux parties de débuter et de compléter un tel processus.

* * *

PROPOSITION :

En conséquence de ce qui précède, l'IMAQ propose de modifier le délai de suspension de la prescription à **six mois**.

* * *

H. Article 28 du projet de loi - Clause nonobstant

L'**article 28** énonce que le ministère de la Justice pourra modifier une règle de procédure ou en adopter une nouvelle pour une période de trois ans afin de procéder à un projet pilote et ce, après consultation de la magistrature, du Barreau et, le cas échéant, de la Chambre des notaires et de la Chambre des huissiers de justice.

S'agissant de règles applicables à la sphère privée, les règles relatives aux modes privés de PRD, sauf les articles 619 à 619 concernant la médiation familiale, devraient être soustraites à la portée de l'**article 28**. Il est effectivement important d'éviter de permettre que puisse être compromise la reconnaissance des modes privés de PRD et l'impulsion ainsi créée au sein de la population québécoise. À défaut de soustraire les articles établissant les principes applicables aux modes privés de PRD (sauf ceux ayant trait à la médiation familiale) à l'application de l'**article 28**, il y aurait lieu de prévoir que le ministre de la Justice demandera également l'avis de l'IMAQ étant donné sa mission et son rôle dans ces domaines au Québec et pour assurer que l'opinion des praticiens en la matière soit considérée.

I. Protection de l'institution de la médiation

Étant donné le choix du législateur d'introduire au 2e paragraphe de l'article 3 une clarification sur la responsabilité des tiers qui conduisent un mode privé de PRD, nous proposons d'introduire dans le projet de loi une immunité pour les médiateurs. En effet, ces professionnels des PRD doivent, par la nature intrinsèque de leurs fonctions et leur devoir de neutralité, être à l'abri de pressions qu'ils pourraient subir d'une partie susceptible d'être éventuellement poursuivie en justice pour un acte posé dans le cadre du travail qu'ils accomplissent.

Le rôle social important du médiateur a été souligné à maintes reprises et, pour plusieurs, cela justifie de lui permettre de bénéficier d'une immunité telle qu'elle est accordée à d'autres acteurs en société qui sont des facilitateurs de paix sociale reconnus par l'État[9].

Par souci de cohérence, nous proposons d'adopter un texte identique à la proposition de l'IMAQ formulée au paragraphe I de la page 21 du présent mémoire relativement à l'article 621. Cette même immunité devrait être accordée tant à l'arbitre qu'au médiateur.

* * *

PROPOSITION :

En conséquence de ce qui précède, l'IMAQ propose d'insérer ce nouvel article au Chapitre I du Titre I du Livre VII du projet de loi :

« [# article] Le médiateur ne peut être poursuivi en justice en raison d'actes accomplis de bonne foi dans l'exercice de ses fonctions. »

* * *

J. Article 605 (2) du projet de loi – Rôle du médiateur

Selon l'IMAQ, le 2e paragraphe de l'article 605 est trop restrictif dans son libellé. D'une part, il est de pratique courante que les parties mandatent le médiateur pour atteindre une multitude d'objectifs substantiels ou processuels. Certes, les objectifs d'aide et d'accompagnement qui sont

[9] Philippe Lemoult et Patricia Malbosc, « Le rôle de la médiation dans la société », (2008) 18 Les cahiers du journalisme, 112-129, et Jean-François Six, Le temps des médiateurs, Éditions du seuil, Paris, 2001, pp 195 à 210.

présentement inscrits dans le texte de ce 2e paragraphe sont ceux habituellement recherchés. D'autre part, le texte semble suggérer une obligation positive de la part du médiateur d'assurer que les parties parviennent à une entente, ce qui ne correspond pas au caractère libre et volontaire d'un tel processus, ni à l'objectif plus large du législateur d'assurer une responsabilisation des parties quant au règlement de leur différend de la manière qu'elles jugent la plus appropriée. Bien que l'entente soit généralement le moyen par lequel les parties envisagent de trouver une solution à leur différend, il en existe d'autres.

L'IMAQ soumet qu'il faut également maintenir une souplesse dans le champ de pratique et de recherche de la médiation pour donner ouverture aux diverses méthodes/approches qui facilitent le rapprochement des parties et le règlement des différends.

* * *

PROPOSITION :

En conséquence de ce qui précède, l'IMAQ soumet que le 2e paragraphe de l'**article 605** devrait se lire ainsi :

« Il est notamment chargé d'aider les parties à cerner leur différend, à identifier leurs besoins et leurs intérêts, à dialoguer et à explorer des solutions qui leur sont mutuellement acceptables. Les parties peuvent le charger d'élaborer avec elles une proposition pour prévenir ou régler le différend. »

* * *

K. Article 607 du projet de loi – Droit de s'opposer à l'utilisation de renseignements personnels

L'IMAQ soumet que la dernière partie de cet article « *ni le droit de s'opposer à l'utilisation d'un document dans le cours d'une médiation pour le motif qu'il contiendrait des renseignements personnels* » heurte le principe de la consensualité à la base de la médiation. Cette dernière partie de phrase risque aussi de faire en sorte que des parties renoncent à la médiation en conspiration de cette règle. L'IMAQ propose donc de retirer le dernier segment de cet article précité.

L. Article 610 du projet de loi - Équilibre du processus

S'il est conservé tel quel, le libellé du **2e paragraphe de l'article 610** posera des problèmes importants et sera difficilement applicable par les

médiateurs. Dans un processus qui se veut ouvert et encourageant, l'expression d'une multitude d'opinions, de points de vue, de valeurs, de positionnements, de perceptions et d'interprétations, ce qui peut constituer de l'intimidation ou de la manipulation, est presque impossible à qualifier. Certes, dans le domaine de la normativité juridique, cela se conçoit plus aisément, encore que ces notions, comme celle de la bonne foi, sont affaires de circonstances et de subjectivité dans leur application aux faits.

Les risques qu'une situation véritable d'intimidation ou de manipulation perdure, voire puisse s'installer, est presque nulle. D'une part, les médiateurs sont formés pour faire en sorte que les échanges entre les parties favorisent le dialogue et le respect mutuel, la courtoisie et le savoir-vivre. D'autre part, la structure interne de la médiation ainsi que la posture pacificatrice adoptée par le médiateur dans l'exécution de son processus laissent peu de place à des conduites potentiellement déviantes de la part d'une partie.

La médiation ne peut trouver son plein potentiel que s'il est permis aux parties d'exprimer avec franchise et honnêteté leurs points de vue respectifs, même si quelques fois cela provoque certaines pressions sur l'autre partie. Si les choses évoluent d'une manière où il y a risque de dérive, alors le médiateur entre en scène et applique des stratégies pour corriger la situation et recentrer les parties sur l'objectif de la médiation :

> « […] *As a result, so-called 'disruptive' behaviour may be entirely normal and the challenge for the mediator is to restore the problem-solving atmosphere without undermining his or her impartiality in doing so. Chronic anger may be a symptom of the dispute and related hostile interferences. Mediators must, therefore, resist jumping to conclusions of bad faith or magnifying the confrontation. As well, the behaviour may simply represent frustration with the process.* […] »[10]

Quant à la deuxième phrase du 2e paragraphe de cet article, exiger que le médiateur se forge une opinion sur le contenu d'une entente pour déterminer si elle peut causer un différend futur ou un préjudice sérieux est contradictoire avec son devoir de neutralité et d'impartialité. Par ailleurs, cette obligation exigerait que le médiateur soit à la fois un spécialiste de l'interprétation des lois et de l'objet même de la médiation dans ses aspects techniques. Par exemple, si les parties souhaitent régler un différend relatif à un vice de construction complexe et technique, il est

---

[10] George W. Adams, *Mediating Justice : Legal Dispute Negotiations*, 2e édition, 2011, CCH Canadian Ltd., p 287.

fort à parier que seul un médiateur membre du Barreau du Québec puisse envisager si l'entente entre les parties pourra entraîner un différend dans le futur, mais seul un médiateur membre de l'ordre des ingénieurs ou de l'ordre des architectes pourra évaluer si un préjudice sérieux pourra être causé aux parties. On voit ici l'impossibilité de maintenir cette deuxième phrase du 2e paragraphe de l'article 610.

* * *

PROPOSITION :

En conséquence de ce qui précède, l'IMAQ propose de remplacer les 2e et 3e paragraphes de l'article 610 du projet de loi et d'y insérer une disposition semblable à la disposition suivante de son Code d'éthique des médiateurs, qui correspond à la fois à la pratique québécoise et aux principes universellement reconnus dans ce domaine des modes privés de PRD :

« S'il est d'avis que la poursuite du processus de médiation risque de causer un préjudice grave à l'une ou l'autre des parties, de créer une situation de net déséquilibre ou d'injustice manifeste pour une partie ou une situation d'illégalité, il en informe les parties et les invite à prendre les mesures nécessaires pour remédier à la situation. S'il l'estime nécessaire, il peut suspendre le processus de médiation. »

* * *

IV. L'interdisciplinarité

Les dispositions de l'avant-projet de loi établissaient clairement le principe selon lequel les spécialistes de la prévention et du règlement des différends pourront, sans égard à leur profession ou leur métier, ni à leur appartenance ou non à une association professionnelle ou un ordre professionnel, agir pour aider les citoyens, les entreprises et les organisations qui souhaitent trouver des solutions à leurs problématiques et leurs conflits.

L'IMAQ réitère les propos déjà tenus dans son Mémoire 2011 :

> « Cette situation présente de nombreux avantages ne serait-ce que par le nombre et la variété de spécialistes disponibles pour les parties ainsi que le coût relié à leurs services. Sur le plan pratique, les parties peuvent vouloir s'adresser à un tiers qui aura les qualifications pour comprendre les aspects techniques et pratiques de leur conflit. Le champ d'action des modes de PRD,

comme le suggère l'avant-projet de loi à juste titre, est beaucoup plus large que le domaine juridique puisqu'il s'adresse à des situations qui bien souvent débordent à plusieurs égards du cadre de la loi. Entre d'autres termes, le domaine de la prévention et du règlement des différends existe en soi, que ce soit à l'extérieur ou à l'intérieur du forum judiciaire et relève par essence de plusieurs disciplines.

À ce sujet, le Barreau de Montréal, dans son Rapport final de la table ronde sur la compétence en matière de justice participative[11], concluait qu'un des défis en matière de justice participative demeurait l'interdisciplinarité et proposait à titre de solutions possibles à court terme d'« acquérir des connaissances provenant d'autres disciplines » et de « s'ouvrir au pluralisme des normes issues d'autres disciplines »[12].

C'est aussi l'orientation choisie par les trois provinces ayant mis en place des programmes de médiation obligatoire. En Ontario, les comités locaux de médiation sont chargés de la reconnaissance et de la surveillance des médiateurs selon des critères établis par le ministère de la Justice ontarien[13]. Selon le barème d'évaluation, la grande partie de l'examen des candidatures se fait sur la base de la formation et de l'expérience en médiation. À titre indicatif, les formations initiales ou connexes ne peuvent compter que pour un maximum de 5 % et les points alloués pour les connaissances juridiques ne dépassent pas 30 %. Cela dit, tous les candidats doivent avoir une connaissance des règles de procédures civiles, des procès et du système judiciaire. En Colombie-Britannique, le *Dispute Resolution Office* travaille de pair avec une organisation non gouvernementale, le *Mediate BC Society*, pour établir et maintenir un bassin de médiateurs qualifiés. Ceux-ci sont aussi sélectionnés sur la base de leurs aptitudes en médiation et par ailleurs, le *Mediate BC Society* précise dans ses lignes directrices que son point de vue sur la médiation en est un pluraliste[14]. Dans plusieurs autres provinces où la médiation ne demeure que volontaire, le ministère de la Justice a aussi mis en place des systèmes de qualification multidisciplinaire[15]. C'est notamment le cas de l'Alberta qui a instauré un système où les parties, de façon volontaire, peuvent recourir aux services d'un médiateur privé ou sélectionner parmi la liste établie par le Service de médiation judiciaire géré par le ministère de la Justice albertain[16]. Cette liste, modifiable à des dates

---

11 Disponible en ligne à : http://www.barreaudemontreal.qc.ca/loads/Publications/Rapport%20TR_CompetenceEnMatiereDeJusticeParticipative.pdf

12 *Ibid*, p. 12.

13 http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/courts/manmed/guidelines.asp

14 http://www.mediatebc.com/PDFs/1-25-Civil-Roster-Admission/Assessment-of-Courses-in-Mediation-and-Conflict-Re.aspx

15 C'est notamment le cas de l'Alberta, du Manitoba et de Terre-Neuve.

16 En ligne à : http://www.albertacourts.ab.ca/CourtofQueensBench/CivilMediation/tabid/74/Default.aspx

> précises, s'adresse à toutes les formations professionnelles pour autant que les compétences des candidats rencontrent les standards établis en matière de médiation et que ces derniers soient familiers avec le système judiciaire et le travail avec des parties représentées par avocat. » (pp 31-32)

Les modifications qui sont proposées dans le projet de loi nous semblent maintenant introduire un flou à cet égard, ou du moins donner une impulsion législative qui pourrait encourager le recours à des médiateurs qui sont membres d'un ordre professionnel au détriment de ceux qui ne le sont pas.

Il y a nécessité de préserver la pleine liberté du citoyen de choisir le professionnel de la médiation qui lui convient et qui est le mieux à même d'agir selon les particularités du différend à résoudre. Ainsi, le nouveau *C.p.c.* devrait être exempt de toute barrière législative à cette liberté.

D'une part, les commentaires que nous avons formulés précédemment relativement à la deuxième phrase du 2e paragraphe de l'article 610 du projet de loi demeurent d'actualité dans le présent contexte. L'effet du maintien de cette disposition signifierait en pratique que le médiateur choisi par les parties ne pourrait remplir ses fonctions à moins d'être un juriste membre du Barreau du Québec ou de la Chambre des notaires.

D'autre part, le 2e paragraphe de l'article 606 pourrait être interprété comme signifiant que seuls les médiateurs membres d'un ordre professionnel seraient en mesure de protéger la confidentialité des échanges en médiation et demander légitimement à ne pas témoigner relativement au processus qu'ils ont conduit. En effet, ce paragraphe mentionne : « *Pour invoquer le privilège de la non-contraignabilité, le médiateur […] doit être assujetti à des règles déontologiques […]* ». En d'autres termes, les parties qui font appel à un médiateur non membre d'un ordre professionnel ne jouiraient pas de la même protection que si elles avaient choisi un médiateur membre d'un ordre professionnel.

Cette possible interprétation se voit renforcée par l'utilisation des termes « *faute professionnelle* » dans le 1er paragraphe de l'article 606. Habituellement, le législateur a recours à ce vocable lorsque l'on met en cause un acte posé par un membre d'un ordre professionnel : médecin, notaire, avocat, ingénieur, psychologue, etc.

Les médiateurs accrédités par l'IMAQ livrent des services de haute qualité, qui ne sont pas tributaires de leur appartenance à un ordre professionnel. Ils sont soumis à des règles éthiques qui, au Québec, sont les seules existantes qui s'adressent spécifiquement aux actes de médiation. Ces règles sont énoncées dans le *Code*

d'éthique des médiateurs de l'IMAQ[17] et ne trouvent pas leur équivalent dans les règles déontologiques des ordres professionnels. Par ailleurs, plusieurs législations américaines et canadiennes ont établi une protection à l'encontre de la contraignabilité de témoigner et ce, sans aucune condition de quelque nature que ce soit[18].

* * *

PROPOSITION :

En conséquence de ce qui précède, l'IMAQ croit que le texte de l'**article 606** devrait plutôt mentionner les termes « *règles éthiques* », ce qui éviterait toute confusion et aurait le mérite d'être inclusif de toutes les organisations dont les membres ont les compétences pour effectuer des médiations professionnelles.

---

[17] *Code d'éthique des médiateurs* de l'IMAQ, adopté le 19 avril 2007 : http://www.imaq.org/wp-content/uploads/2010/07/Code-ethique-des-mediateurs19-avril-2007.pdf

[18] Par exemple, voir: *Notice to mediate (General) Regulation*, B.C., Reg. 4/2001 – adopté en vertu du *Law and Equity Act* [RSCBC 1996], C. 253.

V. Commentaires portant sur les dispositions du projet de loi relatives à l'arbitrage

A. Contexte historique

En 1986, le Québec a procédé à une réforme majeure de l'arbitrage conventionnel en adoptant les articles 940 à 951.2 *C.p.c.* (L.R.Q., c. C-25).

Cette réforme s'inscrivait dans la foulée de l'adoption de la Loi-type de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (« **CNUDCI** ») sur l'arbitrage commercial international.

En 1991, le législateur québécois a aussi adopté le nouveau *Code civil du Québec* (L.Q., 1991, c. 64), dont les dispositions sont entrées en vigueur en 1994. En matière d'arbitrage, les dispositions pertinentes à la convention d'arbitrage figurent désormais sous les articles 2638 à 2643 du *Code civil du Québec*.

En 2002, le législateur québécois a amorcé la réforme de son *C.p.c.* , avec le Projet de loi n^{o} 54 (2002, chapitre 7), sans toutefois alors modifier de quelque façon que ce soit les dispositions ayant trait à l'arbitrage conventionnel.

En 2006, la CNUDCI a amendé sa Loi-type (voir le texte de cette loi joint à l'**annexe B** du présent mémoire).

Le 29 septembre 2011, le ministre de la Justice de l'époque, Me Jean-Marc Fournier, déposait l'avant-projet de loi.

Le 13 décembre 2011, l'IMAQ soumettait son Mémoire 2011. Pour ce qui est de l'arbitrage, l'IMAQ avait appuyé certains commentaires faits par le « Groupe McGill », sous la signature des professeurs Nabil Antaki et Frédéric Bachand, et bien d'autres intervenants, dans son Mémoire 2011.

Le 30 avril 2013, l'actuel ministre de la Justice, Me Bertrand St-Arnaud, soumettait à l'Assemblée nationale le projet de loi.

B. Article 1 du projet de loi - L'arbitrage comme mode privé de PRD

Le Comité d'arbitrage de l'IMAQ note, au **1er paragraphe de l'article 1** du projet de loi, la suppression des mots suivants, que l'on retrouvait par ailleurs au tout début de l'article 1 de l'avant-projet de loi : « *la justice*

civile repose sur » [les modes privés de prévention et de règlement des différends].

Le commentaire suivant de l'IMAQ, que l'on retrouve aux pages 11 et 12 de son Mémoire 2011, demeure toujours d'actualité :

> « Le fait d'avoir consacré le premier titre du Code de procédure civile aux modes de PRD extrajudiciaires est judicieux. Nommer à ce stade le rôle essentiel des modes de PRD comme un moyen légitime d'assurer que les citoyens québécois obtiennent justice et la pertinence de ces approches dans le continuum de la justice civile constitue à notre sens un geste empreint d'une réelle volonté de permettre ce changement de culture juridique nécessaire à un Québec qui veut se donner un environnement propice à des relations plus harmonieuses pour ses citoyens et qui insuffle une efficience dans la gestion des conflits. »

Il en va de même pour le commentaire suivant de l'IMAQ, figurant cette fois-ci à la page 13 de son Mémoire 2011 :

> « En définitive, la conception de justice civile véhiculée dans la disposition préliminaire et le titre I du premier livre de l'avant-projet de loi permettra l'atteinte de plusieurs objectifs variés : offrir aux citoyens un portrait réaliste de ce que représente la justice, l'intégration plus formelle des modes de PRD privés à l'appareil judiciaire et la mobilisation des citoyens qui sont invités à réfléchir à leurs conflits, à considérer, à appliquer et à participer à un mode extrajudiciaire de règlement des différends. »

C. Article 2 du projet de loi - Caractère volontaire des modes privés de PRD

Dans son Mémoire 2011, l'IMAQ se prononçait en faveur du caractère volontaire des modes privés de PRD *versus* leur considération obligatoire et ce, aux pages 17 à 21, et écrivait plus particulièrement ceci au bas de la page 17 : « *Or, le caractère volontaire de tout mode de PRD est un principe fondamental, une condition sine qua non.* »

D. Article 4 du projet de loi – Confidentialité

Les commentaires formulés à la section III.D du présent mémoire s'appliquent également à l'arbitrage.

E. Article 5 du projet de loi – Obligation de confidentialité

L'IMAQ appuie la suppression des dispositions introductives (articles 607 à 609) du Livre VII de l'avant-projet de loi. L'ancien article 609 se trouve donc désormais intégré au tout début du futur *C.p.c.* (Livre I, Titre I - articles 1 à 7). Quant à l'immunité de l'arbitre, qui figurait à l'article 608 de l'avant-projet de loi, on la retrouve plutôt, à bon droit, au sein du Livre VII (Titre II, articles 620 à 655), parmi les dispositions relatives à l'arbitrage.

F. Article 6 du projet de loi – Application des règles du Livre VII du projet de loi

Les commentaires formulés à la section III.F (page 11) du présent mémoire s'appliquent également à l'arbitrage.

G. Article 7 du projet de loi – Recours aux tribunaux et renonciation à la prescription

L'IMAQ s'en remet aux commentaires formulés à la section III.G (page 12) du présent mémoire.

Par ailleurs, ce nouvel **article 7** précise, au début de son 1er paragraphe, que le recours aux tribunaux demeure possible « *autre que l'arbitrage* ». Autrement, il y aurait eu possibilité de litispendance entre l'arbitrage et les tribunaux de droit commun.

H. Article 620 (1) du projet de loi – Mission de l'arbitre

Dans l'avant-projet de loi, l'accent était mis sur l'« *arbitre* », alors que dans le projet de loi, il l'est sur l'« *arbitrage* », qui débute plutôt le paragraphe 1 de l'article 620.

Au lieu de référer « *à un arbitre* » dans le paragraphe 1 de l'article 620, l'IMAQ estime qu'il serait préférable d'utiliser les termes « *à un ou trois arbitres* ».

I. Article 621 du projet de loi – Immunité de l'arbitre

L'IMAQ accueille très favorablement l'ajout d'un article prévoyant expressément l'immunité de l'arbitre, alors qu'une telle disposition ne figure pas dans l'actuel *C.p.c.*

L'IMAQ souligne cependant la distinction que fait le projet de loi relativement à l'immunité de l'arbitre conventionnel (droit civil/commercial) vis-à-vis l'immunité donnée par le législateur à l'arbitre de griefs (droit du travail).

Pourquoi ne pas plutôt reprendre le même libellé que celui qui figure, depuis 1977, à l'article 100.1 du *Code du travail* ?

En conséquence de ce qui précède, l'IMAQ propose de modifier l'**article 621** comme suit :

« *L'arbitre ne peut être poursuivi en justice en raison d'actes accomplis de bonne foi dans l'exercice de ses fonctions.* »

J. Article 622 (2) du projet de loi – Renvoi à l'arbitrage

L'IMAQ préfère comme date butoir, car précise et incontestable, celle que l'on retrouve dans l'actuel article 940.1 (1) *C.p.c.* (« *tant que la cause n'est pas inscrite* ») ou encore celle qui figurait à l'article 631 (1) de l'avant-projet de loi (« *tant que la date de l'instruction de l'affaire par le tribunal n'est pas fixée* »).

Ainsi, les mots « *tant que le tribunal n'a pas statué* » à la fin du 2e paragraphe de l'article 622 devraient être remplacés par l'un ou l'autre des extraits ci-haut mentionnés.

K. Article 623 du projet de loi – Ordonnances de sauvegarde

L'IMAQ appuie l'ajout des mots « *ou des ordonnances de sauvegarde* », à la toute fin de l'article 623 du projet de loi, l'article 944 *C.p.c.* se limitant aux « *mesures provisionnelles* ».

L. Article 624 du projet de loi – Arbitre unique

L'IMAQ appuie la règle au 1er paragraphe relative à la nomination d'un arbitre unique pour trancher les différends et ce, afin de réduire les coûts et les délais.

L'exception au 2e paragraphe demeure, soit la possibilité pour les parties de nommer trois arbitres, selon la complexité et les enjeux monétaires du dossier.

M. Article 625 (2) du projet de loi – Difficulté à nommer un arbitre

L'IMAQ estime qu'il serait avantageux de réduire le délai de 30 jours à 20 jours afin de s'assurer que l'arbitrage se déroule le plus promptement possible.

N. Article 631 (2) du projet de loi - Notification

L'IMAQ estime que la notification ajoute de la flexibilité à la signification. Toutefois, la notification pouvant inclure le courrier ordinaire (article 146.3 *C.p.c.*), ceci pourrait occasionner des difficultés au niveau de la preuve de réception.

La notification de cet avis, comme la notification de tout autre document, se fait conformément au présent code, l'IMAQ propose que dans tous les cas la partie demanderesse se réserve une preuve de notification tout comme la règle le prévoit à l'article 107 du projet de loi en ce qui concerne la demande introductive d'instance.

O. Article 632 (1) du projet de loi – Principes de la contradiction et de la proportionnalité

L'IMAQ estime que l'ajout du respect des principes de la contradiction, et surtout de la proportionnalité, permettra de redonner à l'arbitrage ses lettres de noblesse en termes d'efficacité.

P. Article 637 du projet de loi – Responsabilité quant aux honoraires et frais de l'arbitre

L'IMAQ appuie l'ajout quant au paiement des honoraires et frais de l'arbitre, qui n'avait pas son pendant dans l'actuel *C.p.c.*

Par rapport à l'article 3 (1) *in fine* de l'avant-projet de loi, l'IMAQ constate que l'article 637 du projet de loi va plus loin en ajoutant aussi, à la possibilité d'entente contraire des parties, l'autre possibilité suivante : « *ou d'une décision contraire de l'arbitre* ».

Le législateur devrait préciser s'il souhaite que les parties soient conjointement ou solidairement responsables des honoraires de l'arbitre, cette distinction étant fondamentale tant pour les parties entre elles qu'envers le ou les arbitres. De plus, l'usage du terme « *également* » n'est pas un concept juridique reconnu et pourrait, de ce fait, susciter des débats non souhaitables quant à son interprétation.

Autre question qui se pose par rapport à la pratique actuelle des arbitres à requérir des avances d'honoraires : Qu'advient-il si une partie décide

qu'elle ne paie pas l'avance requise ? A-t-elle le droit de faire des représentations quand même ? À cet égard, l'IMAQ suggère d'établir une sanction claire dans ce contexte qui pourrait par exemple se traduire par le défaut de plaider.

L'IMAQ propose finalement au législateur de consacrer dans le futur *C.p.c.*, le droit de rétention de l'arbitre sur la sentence arbitrale, tant que ses honoraires n'ont pas été entièrement payés.

Q. Article 639 du projet de loi – Ordonnance provisoire

De manière générale, l'IMAQ appuie les nouvelles dispositions des articles 638 à 641 du projet de loi, lesquelles sont de droit nouveau et viennent corriger des lacunes importantes dans le *C.p.c.*

Toutefois, l'IMAQ estime que l'article qui permet à l'arbitre de rendre une ordonnance provisoire *ex parte* mérite une certaine réflexion, sinon de la prudence. En effet, en pratique les tribunaux ordinaires n'entendent généralement pas de requête provisoire sans signification préalable à la partie adverse.

R. Article 641 du projet de loi – Autocorrection par l'arbitre

L'IMAQ soumet qu'il est plutôt inusité que l'arbitre puisse décider « *par la suite que la mesure ou l'ordonnance n'aurait pas dû être prononcée* ».

Une telle situation pourrait ouvrir la porte à d'éventuelles demandes, par l'une ou l'autre des parties, afin que l'arbitre change une décision qu'il a déjà rendue.

L'IMAQ propose de retirer les mots « *par la suite que la mesure ou l'ordonnance n'aurait pas dû être prononcée* » de l'article 641.

S. Article 642 (1) du projet de loi – Effet de la sentence arbitrale et conditions exigées

L'IMAQ estime que l'emploi de l'adjectif « *réputée* » à l'article 945.3 (2) *C.p.c.* et à l'article 640 de l'avant-projet de loi, était plus approprié, juridiquement parlant, que le mot « *incontestables* » utilisé à l'article 642 (1) du projet de loi.

L'IMAQ propose donc de remplacer le mot « *incontestables* » par « *réputées* ».

T. Article 642 (2) du projet de loi – Délai pour rendre sentence

L'IMAQ appuie l'ajout d'un délai de trois mois pour rendre une sentence arbitrale, de même qu'une possibilité de prolongation de ce délai. Le délai devrait toutefois être compté en jours par souci d'uniformité avec les autres délais de la loi.

C'est d'ailleurs aussi un délai de 90 jours qui est imposé à l'arbitre de griefs (droit du travail) pour rendre ses sentences (article 101.5 du *Code du travail*). L'article 101.8 de ce même *Code du travail* précise même que l'arbitre ne peut exiger d'honoraires et de frais s'il n'a pas rendu sa sentence dans ce délai.

En prévoyant désormais la prolongation de délai à l'article 642 (2), le *C.p.c.* se trouve en concordance avec le *Code du travail* qui prévoit aussi, à son article 101.5, une telle possibilité.

U. Article 642 (3) du projet de loi – Accord de règlement

L'IMAQ soumet qu'il serait avantageux de préciser qu'un tel accord constitue une transaction au sens du *Code civil du Québec*.

De plus, les modalités suivantes devraient être précisées :

- S'il y a accord total, la sentence arbitrale met fin au litige;
- S'il n'y a qu'accord partiel, la sentence ne fait que donner acte à cet accord et énumère les points de désaccord qui demeurent en litige;
- S'il y a absence d'accord, la sentence arbitrale ne fait que constater qu'un recours à un mode de PRD a échoué.

V. Article 646 du projet de loi – Homologation d'une sentence arbitrale

L'IMAQ est heureux de constater que la 6^{e} condition de l'article 643 de l'avant-projet de loi (motif de refus de l'homologation fondé sur la déconsidération de l'administration de la justice) n'a pas été conservée dans le projet de loi.

Par conséquent, il en va de même pour l'annulation en vertu de l'article 648 (1) du projet de loi.

W. Article 647 du projet de loi – Homologation d'une mesure provisionnelle ou de sauvegarde

L'IMAQ appuie l'ajout de cette disposition de droit nouveau, puisque l'homologation d'une mesure provisionnelle ou de sauvegarde n'existe pas dans l'actuel *C.p.c.*

X. Article 650 du projet de loi – Définition de l'arbitrage international

L'IMAQ appuie l'ajout de cette disposition de droit nouveau, puisqu'elle n'existe pas dans l'actuel *C.p.c.*

Y. Article 652 (1) du projet de loi – Reconnaissance et exécution d'une sentence arbitrale rendue hors du Québec

L'IMAQ estime que la modification apportée à l'article 652 (1) du projet de loi n'est pas souhaitable, puisqu'elle prête à confusion. En effet, aux termes de l'actuel article 951.2 *C.p.c.*, il est clair que l'homologation est la seule condition pour qu'une sentence arbitrale rendue hors du Québec soit exécutoire.

Or, le libellé de l'article 652 (1) du projet de loi donne plutôt à entendre qu'une telle sentence pourrait ne pas être déclarée exécutoire, de par l'emploi des termes « *peut être* ».

Pour éviter d'ajouter un autre motif de refus d'homologation, il serait préférable de revenir au libellé de l'actuel article 951.2 *C.p.c.* : « *La sentence arbitrale telle qu'homologuée est exécutoire comme un jugement du tribunal». Ou encore : «acquiert la force exécutoire se rattachant à un jugement du tribunal* ».

L'IMAQ est heureux de constater que la 7^{e} condition de l'article 652 de l'avant-projet de loi (motif de refus de l'homologation fondé sur la déconsidération de l'administration de la justice) n'a pas été conservée dans le projet de loi.

Nous notons cependant que l'actuel article 949 *C.p.c.* prévoit déjà, depuis 1986, qu'une sentence arbitrale peut être reconnue et exécutée si l'objet du différend, ainsi que si sa reconnaissance et son exécution «*ne sont pas contraires à l'ordre public*».

Z. Article 653 (1) du projet de loi - Interdiction d'examiner le fond du différend pour une sentence rendue hors du Québec

L'IMAQ soulève l'incohérence apparente entre l'impossibilité pour un tribunal d'examiner le fond du différend si la sentence est rendue hors du

Québec, alors que rien n'empêche le tribunal d'examiner le fond du différend pour une sentence rendue au Québec.

Cette situation légitime d'autant l'obligation de conserver l'actuel article 946.2 *C.p.c.* (voir nos commentaires précédents à l'égard de l'article 645 (1) et (2) du projet de loi).

AA. Article 653 (3) du projet de loi – Motif de refus propres aux mesures provisionnelles ou de sauvegarde pour les sentences arbitrales rendues hors du Québec

L'IMAQ constate qu'il s'agit d'une disposition de droit nouveau qui n'existait pas dans l'actuel *C.p.c.*

L'IMAQ appuie l'insertion d'une telle disposition.

BB. Article 655 du projet de loi – Cautionnement pour une mesure provisionnelle ou de sauvegarde

L'IMAQ constate qu'il s'agit d'une disposition de droit nouveau qui n'existait pas dans l'actuel *C.p.c.*

L'IMAQ appuie l'insertion d'une telle disposition.

VI. Commentaires sur certaines dispositions actuelles à conserver - Articles 940 à 951.2 *C.p.c.*

Pour les raisons plus amplement expliquées dans les paragraphes suivants, l'IMAQ propose de conserver certaines dispositions actuelles du *C.p.c.*

A. Article 940 *C.p.c.* – Interdiction à déroger de certains articles

L'IMAQ reconnaît qu'avec la disparition dans le projet de loi d'une disposition équivalente à l'article 940 dans le *C.p.c.*, le législateur québécois reconnaît aux parties une grande marge de liberté en matière d'arbitrage.

Cependant, l'IMAQ soumet que si les articles 946 à 947.4 *C.p.c.*, régissant actuellement l'homologation et l'annulation, disparaissent, cette situation pourrait soulever un problème d'interprétation à savoir si les parties pourraient désormais prévoir l'appel comme « stipulations contraires ».

B. Article 940.2 *C.p.c.* – Définition du tribunal compétent

Dans le projet de loi, il est fait uniquement référence au « tribunal » plutôt qu'au « juge ou tribunal », soit la désignation indistincte dans l'actuel *C.p.c.*

Il serait important de définir ce qu'on entend par « *tribunal »*, tel que défini à l'actuel 940.2 *C.p.c.*

C. Article 940.3 *C.p.c.* – Intervention du juge ou du tribunal

L'IMAQ soumet que l'actuel article 940.3 *C.p.c.* devrait être intégré dans le projet de loi afin de maintenir l'autonomie du tribunal arbitral.

D. Articles 941.3, 942.7, 943.2 et 945.8 *C.p.c.* – Décision du juge, finale et sans appel

L'IMAQ soumet que la mention « finale et sans appel » des actuels articles 941.3, 942.7, 943.2 et 945.8 *C.p.c.* devrait être intégrée dans le projet de loi.

En effet, la précision « sans appel » devrait être maintenue pour éviter tout quiproquo.

E. Article 944.9 *C.p.c.* – Audition des témoins

L'IMAQ constate la disparition dans le projet de loi de la référence aux articles 307, 308, 309, 316 et 317 *C.p.c.*

L'IMAQ soumet que l'application de ces articles en matière d'audition arbitrale est fondamentale pour s'assurer de la contraignabilité des témoins.

F. Article 946.2 *C.p.c.* – Interdiction d'examiner le fond du différend

L'IMAQ constate que l'article 645 (1) et (2) du projet de loi ne prévoit pas que « *le tribunal saisi d'une demande en homologation ne peut examiner le fond du différend* ».

L'IMAQ constate la disparition dans le projet de loi de l'actuel article 946.2 *C.p.c.*

L'IMAQ soumet que l'actuel article 946.2 *C.p.c.* constitue une pierre angulaire au développement de l'autonomie de l'arbitrage auprès des tribunaux de droit commun. Retirer cette disposition constitue un recul important pour la survie de l'arbitrage.

Cette précision se retrouvait pourtant au début de l'article 642 (2) de l'avant-projet de loi, ainsi qu'à l'actuel article 946.2 *C.p.c.*

Pourtant, pour ce qui est des sentences arbitrales rendues hors du Québec, tant le projet de loi (article 653 (1)) que l'avant-projet de loi (article 652 (1)) le prévoient.

L'IMAQ soumet donc qu'une telle disposition devrait se retrouver à l'article 645 (1) et (2) du projet de loi.

PROJET 01

CI – 015MA
C.P. – P.L. 28
Nouveau Code de
procédure civile

MÉMOIRE DE L'INSTITUT DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DU QUÉBEC SUR L'AVANT-PROJET DE LOI INSTITUANT LE NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Version amendée

13 décembre 2011

L'INSTITUT DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DU QUÉBEC

L'IMAQ est un organisme à but non lucratif dédié au développement et à l'utilisation extensive de méthodes de prévention et de règlement des différends (PRD), notamment afin de favoriser l'accès à une justice de qualité pour tous les citoyens, organisations et entreprises du Québec[1]. Notre mission en est une de service et d'éducation.

Créé en 1977, l'IMAQ est le principal organisme québécois à regrouper des tiers impartiaux qualifiés qui agissent comme facilitateurs, médiateurs ou arbitres pour résoudre les différends en matière civile, commerciale et dans le domaine du travail. Les 236 membres de l'IMAQ proviennent d'horizons professionnels multiples et de domaines d'expérience diversifiés. Ils sont pour la plupart membres d'un ordre professionnel[2], dont environ 30 % auprès du Barreau du Québec et 10 % auprès de la Chambre des notaires du Québec. Nos membres partagent des valeurs communes d'intégrité et de compétence, attestées par nos règles d'accréditation, d'éthique et de procédure, lesquelles visent en définitive à établir un ensemble de normes généralement reconnues dans la pratique des modes de PRD au Québec.

L'IMAQ est affilié à l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada (mieux connu sous l'acronyme « ADRIC »), soit un organisme pancanadien qui regroupe des instituts de médiation et d'arbitrage de chacune des provinces canadiennes et qui est un partenaire clef dans la mise en place et le maintien des plus hauts standards de qualification des professionnels des PRD qui assistent les parties dans la résolution de leurs différends[3].

---

1 Voir le site web de l'IMAQ, en ligne à http://www.imaq.org/.

2 En provenance de 17 ordres professionnels, voir annexe A pour le détail des adhésions à l'IMAQ.

3 Voir son site web, en ligne à http://www.adrcanada.ca/francais/index.cfm.

L'IMAQ est reconnu dans l'espace francophone mondial comme un leader dans sa sphère d'activité et un précurseur dans le développement des modes de PRD comme moyen de résoudre efficacement les conflits en société. Depuis ses débuts, notre organisation ainsi que nos médiateurs accrédités ont formé des centaines de professionnels à la médiation, tant au Québec, au Canada que dans plusieurs pays européens et africains. À cet égard, l'IMAQ s'associe fréquemment avec l'Université de Sherbrooke et son programme de maîtrise en prévention et règlement des différends[4] pour des activités de promotion des PRD et de formation tant sur les plans local qu'international. L'IMAQ est également un des initiateurs et un membre fondateur de l'*Institut de la médiation en espace francophone* (IMEF) qui a pour objet de promouvoir le développement de la médiation dans la francophonie, notamment en structurant et intensifiant la représentativité des médiateurs francophones sur le plan national et sur le plan supranational, en stimulant la recherche liée aux standards, méthodes et outils de médiation ainsi qu'en renforçant la formation à la médiation et ses référentiels.

Au fil des ans, l'IMAQ a collaboré avec le ministère de la Justice du Québec dans la poursuite de son objectif d'améliorer l'accessibilité à la justice et la qualité de celle-ci. En 2002, le ministère de la Justice s'est associé à la campagne « *Servez votre cause, exigez la clause*» que nous avions initiée et qui visait à promouvoir la médiation civile et commerciale ainsi que l'utilisation d'une clause de médiation dans les contrats civils et commerciaux. Plus récemment, nous nous sommes investis dans le projet des *Centres de justice de proximité* pour lesquels nous sommes un partenaire, en plus de siéger sur son *Comité national des partenaires provinciaux.*

Nous collaborons aussi avec d'autres ministères québécois, dont le ministère des Affaires municipales, Régions et Occupation du territoire et le ministère des Transports,

[4] Les détails et le contenu de ce programme sont disponibles en ligne à http://www.usherbrooke.ca/programmes/fac/droit/2e-cycle/maitrises/reglement-differends/.

sur des projets reliés à la médiation. Par ailleurs, nous avons des échanges réguliers avec les organismes publics et tribunaux administratifs québécois afin de développer une expertise en médiation institutionnelle et appuyer leurs efforts d'amélioration continue des pratiques de médiation, de facilitation et de conciliation qui y sont mises en œuvre.

L'IMAQ a également une longue tradition de collaboration et d'action conjointe avec plusieurs organismes et ordres professionnels intéressés par la justice participative. Entre autres, au cours des quatre dernières années, nous participons aux tables rondes sur la justice participative qui sont sous l'égide du Barreau de Montréal. Nous avons aussi créé un comité de regroupement qui permet à une dizaine d'organismes québécois qui oeuvrent dans la prévention et le règlement des différends d'échanger de manière régulière sur des sujets d'intérêt dans ce domaine et de coordonner leurs efforts de promotion et de développement professionnel.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION_____ 6

I. LA RECONNAISSANCE DES MODES DE PRD PRIVÉS :
UNE RÉFORME À LA MESURE DES BESOINS DES CITOYENS_____ 8

A. Une justice conforme aux mouvances mondiales_____ 8

B. Une vision progressiste du droit et de la justice_____ 11

C. Une impulsion législative pour une meilleure pratique judiciaire_ 14

II. ASPECTS PRATIQUES ET PROCÉDURAUX :
UNE JUSTICE CIVILE RENOUVELÉE_____ 16

A. La considération obligatoire des modes de PRD_____ 17

B. Le titre I du livre I : Les principes de la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement_____ 21

C. Le livre VII : Les modes privés de prévention et règlement des différends _____ 23

III. PROFESSIONNELS EN PRD : LA RICHESSE
DE LA MULTIDISCIPLINARITÉ_____ 30

A. Une profession essentiellement interdisciplinaire_____ 30

B. La protection du public_____ 33

CONCLUSION_____ 36

RÉSUMÉ

L'IMAQ présente dans le cadre de cette commission parlementaire un mémoire abordant trois sujets touchés par l'avant-projet de loi instituant le nouveau *Code de procédure civile*.

Une première partie se rapporte au principe de justice et l'évolution de ses conceptions en lien avec les besoins des citoyens et leur rapport au droit et aux institutions juridiques. Également, la reconnaissance des modes de PRD extrajudiciaires est analysée en lien avec les tendances mondiales en matière de justice. L'IMAQ conclut que les dispositions proposées dans l'avant-projet de loi constituent une impulsion législative susceptible de créer un changement de culture juridique et un nouveau rapport à la justice participative et, en ce sens, l'avant-projet de loi répond aux besoins des justiciables.

Un second point aborde de façon plus spécifique les dispositions se rapportant aux PRD extrajudiciaires dans l'avant-projet de loi. En outre, l'IMAQ commente le choix législatif de ne rendre obligatoire que la considération d'un mode de PRD et non l'exercice de celui-ci. Également, les dispositions concernant le cadre général de la procédure civile, la médiation et l'arbitrage font l'objet de quelques remarques et précisions.

Une troisième section porte sur la pratique des professionnels qui exercent dans le champ des modes de PRD. L'IMAQ fait valoir l'interdisciplinarité intrinsèque à cette discipline et la situation dans les autres provinces par rapport à la gestion de l'offre et l'attestation des qualifications professionnelles des candidats. Dans une perspective de protection du public, l'IMAQ formule des recommandations concernant la multidisciplinarité des praticiens et la supervision des informations données au public.

INTRODUCTION

Depuis plus d'une décennie, la communauté juridique au Québec et les instances politiques l'encadrant conjuguent leurs efforts en vue d'améliorer l'accès à la justice, de simplifier les règles de procédure et de réduire les délais qui y sont inhérents.

C'est dans cette voie que le ministère de la Justice a amorcé une première réforme en 2002 sous le thème « une nouvelle culture judiciaire », laquelle présentait de nouvelles règles relatives à la proportionnalité des coûts, délais et procédures entreprises, révélant du même coup un défi de taille : celui de modifier en profondeur les mentalités des intervenants judiciaires.

Près de dix ans plus tard, le bilan qui en est fait par les différents acteurs du monde judiciaire et non judiciaire révèle que la question de l'accessibilité à la justice est un défi toujours omniprésent et auquel des centaines de citoyens québécois doivent faire face quotidiennement. En 2008, l'ancien doyen et auteur Me Hubert Reid concluait, à partir des données de la Direction générale des services de justice du ministère de la Justice, que depuis 1977, le nombre de justiciables qui portent leurs litiges devant les tribunaux civils a chuté de 55 % alors que, durant ces trente mêmes années, la population du Québec a augmenté de 19,6 %[5]. Cette désaffectation des tribunaux par les justiciables n'a pourtant pas contribué à réduire l'engorgement des tribunaux et le délai moyen des procès n'a cessé depuis de s'allonger en raison de la complexité et de l'envergure des dossiers qui cheminent jusqu'à ce stade. En somme, plusieurs observateurs soulignent la

[5] Me Hubert Reid partage ses observations et ses recherches dans son RAPPORT D'ÉVALUATION DE LA LOI PORTANT SUR LA RÉFORME DU *CODE DE PROCÉDURE CIVILE* présenté en janvier 2008, disponible en ligne à http://www.wilsonlafleur.com/wilsonlafleur/wl-images/cat/Memoire.pdf.

nécessité de mettre en place une réforme plus incisive et efficace afin de répondre aux attentes des citoyens et s'ajuster aux conceptions de la justice de ceux-ci.

L'avant-projet de loi proposé en septembre dernier s'inscrit dans ce sillage et constitue une innovation juridique au-delà de son aspect judiciaire. En ce sens, il reflète la plus pure tradition législative québécoise développée à partir des années 1970 par laquelle nous nous démarquons comme une société avant-gardiste, ouverte, à l'écoute des besoins de ses citoyens et socialement proactive.

Dans le présent mémoire, l'IMAQ expose sa position sur les orientations et choix législatifs proposés par le ministère de la Justice et conjugue sa voix à la sienne à plusieurs égards. Cet exercice de réflexion portera sur les impacts et apports autant pratiques que théoriques de l'avant-projet de loi et souligne la distinction et la qualité de notre législation qui font du Québec un acteur reconnu pour son approche en matière de justice.

I. LA RECONNAISSANCE DES MODES DE PRD PRIVÉS : UNE RÉFORME À LA MESURE DES BESOINS DES CITOYENS

L'avant-projet de loi, dans son ensemble, apparaît comme un travail innovateur, réfléchi et soucieux de répondre aux attentes des justiciables. Il propose une intégration réaliste des différents outils juridictionnels et élargit leur champ d'action pour se conformer aux nouvelles réalités du rapport des citoyens au droit et à la justice.

A. Une justice conforme aux mouvances mondiales

Bien que l'avant-projet de loi continue dans la voie de l'innovation et encadre avec pertinence le virage vers cette nouvelle culture judiciaire déjà amorcé en 2002, l'on doit souligner que la situation au Québec reflète celle de nombreuses juridictions ailleurs dans le monde.

L'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile et l'exercice des droits civils dans un esprit de coopération ne sont pas une préoccupation qu'au Québec. La simplification conceptuelle et pratique de la justice civile s'est aussi accompagnée dans plusieurs pays d'un rôle plus accru de la justice participative et plus particulièrement des modes de prévention et règlement des différends extrajudiciaires.

En 2008, le Parlement européen adoptait la directive 2008/52/CE[6], laquelle énonce que chaque pays de l'Union européenne devra mettre en place une législation en matière de médiation civile et commerciale afin de garantir un meilleur accès à la justice. Selon lui[7], la médiation apporte des solutions extrajudiciaires plus économiques et rapides en plus

[6] Directive du 21 mai 2008 portant sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, Journal officiel de l'Union européenne, disponible en ligne à : http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:FR:PDF.

[7] Voir plus spécifiquement les articles 5 à 7 de la directive.

de préserver de façon plus durable les relations entre les parties impliquées dans un différend ou un litige. Cette directive souligne que les États pourront établir des législations-cadres qui permettront l'accès aux modes de résolution des conflits tant judiciaires qu'extrajudiciaires et bien qu'elle vise spécifiquement les litiges transfrontaliers, elle souligne que les États pourront l'étendre à la résolution des conflits civils internes. À cet égard, le Parlement européen a récemment émis une résolution où il réitère cet encouragement aux autorités nationales en soulignant que les modes de résolutions des conflits ont jusqu'à ce jour porté fruit et qu'il est du devoir des États membres d'en faire la promotion[8].

Depuis, plusieurs pays de l'Union européenne ont adopté des législations ou modifié leurs codes de procédure civile pour intégrer les modes de PRD judiciaires et extrajudiciaires au processus de justice civile. Ainsi, pour ne donner que ces exemples, la Suisse a modifié son *Code de procédure civile* afin de permettre le remplacement de la conciliation judiciaire obligatoire des litiges civils par la médiation extrajudiciaire lorsque toutes les parties y consentent[9]. En Belgique, les médiations tant judiciaires que volontaires sont exercées par des médiateurs agréés par la Commission fédérale de médiation. Le *Code judiciaire* prévoit que tous les litiges civils y sont admissibles et que le juge, en tout état de cause, peut suggérer la médiation ou l'ordonner avec l'accord des parties[10]. La Bulgarie, l'Italie et la Roumanie ont également modifié leurs législations afin d'intégrer à même les règles de procédures judiciaires le fonctionnement des règlements extrajudiciaires des conflits. Cette tendance marquée vers les modes de PRD privés en matière de justice civile a d'ailleurs dépassé le vieux continent, car l'Australie a adopté en 2011 une législation fort inspirante, le *Civil Dispute Resolution Act*, prévoyant

---

8 Résolution du Parlement européen du 13 septembre 2011 sur la mise en œuvre de la directive relative à la médiation dans les États membres, ses effets sur la médiation et son adoption par les tribunaux, en ligne à : http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0361&language=FR.

9 Voir articles 213 C.p.c. et suivants, en ligne à http://www.admin.ch/ch/f/as/2010/1739.pdf.

10 Voir articles 1724 à 1737, en ligne à http://www.droitbelge.be/codes.asp#jud.

que les parties, avant de pouvoir instituer leur recours, doivent entreprendre des démarches sincères de règlement extrajudiciaire et consigner le tout dans une déclaration écrite dont la production est obligatoire[11].

Ce tour d'horizon de la réalité judiciaire des différentes législations dans les autres pays permet de saisir la nature et l'ampleur du phénomène de justice participative. Ce concept et son interaction avec la culture juridique sont des questions qui ont longuement été étudiées par certains universitaires[12], mais que l'on peut résumer en une vision de la justice qui possède le potentiel de réduire les contraintes (coûts, délais, formalisme) et de rejoindre les attentes contemporaines des justiciables pour répondre au défi de l'accès à la justice.

Certains observateurs ont évoqué la pertinence et l'importance pour le gouvernement québécois d'affirmer son leadership à travers la justice participative. L'ouverture d'esprit qui caractérise la culture juridique québécoise et l'expertise qu'elle acquiert graduellement en cette matière sont des vecteurs de rayonnement pour le Québec sur la scène internationale. La coordination proposée des initiatives avec les outils institutionnels disponibles permet de créer un dynamisme qui saura inspirer l'influence et le partage de l'expertise québécoise auprès des autres traditions juridiques[13].

Dès 2003, la Commission du droit du Canada s'était penchée sur la question d'accès à la justice dans un rapport intitulé *La transformation des rapports humains par la justice participative*[14] où elle concluait notamment que les initiatives participatives comportent

---

11 *Civil Dispute Resolution Act*, en ligne à http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/num_act/cdra2011296/.

12 Voir le récent ouvrage de Jean-François Roberge, *La justice participative - Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.

13 Louis Marquis, « Dynamisme, justice participative et droit québécois » (2007) 1 *Revue de prévention et de règlement des différends* 1-11.

14 Disponible en ligne à http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection/JL2-22-2003F.pdf.

de nombreux avantages et que ces processus conviennent à tous les types de conflits. Plus spécifiquement, elle recommandait « que les gouvernements continuent de fournir activement des processus participatifs de résolution des conflits dans leurs institutions, dans leurs litiges avec les citoyens et dans la prestation des services de règlement des conflits, notamment dans l'appareil judiciaire et les tribunaux administratifs »[15].

En somme, non seulement les initiatives du gouvernement québécois s'inscrivent parfaitement dans les recommandations de la Commission du droit du Canada et des observateurs locaux en plus de suivre les grandes tendances mondiales en matière de justice, mais elles témoignent aussi d'une société québécoise faisant preuve d'un grand leadership.

B. Une vision progressiste du droit et de la justice

Les différents mécanismes proposés dans l'avant-projet de loi en matière de PRD suivent également l'évolution qui marque les conceptions du droit et de la justice. L'approche du ministère de la Justice, le vocabulaire utilisé pour circonscrire l'existence, l'essence et l'utilité des modes de PRD ainsi que l'emplacement des dispositions revêtent à cet égard une importance fondamentale. Les choix législatifs exercés en ce sens contribuent à créer un contexte propice à la saine expansion des modes de PRD.

Le fait d'avoir consacré le premier titre du *Code de procédure civile* aux modes de PRD extrajudiciaires est judicieux. Nommer à ce stade le rôle essentiel des modes de PRD comme un moyen légitime d'assurer que les citoyens québécois obtiennent justice et la pertinence de ces approches dans le continuum de la justice civile constitue à notre sens un geste empreint d'une réelle volonté de permettre ce changement de culture juridique nécessaire à un Québec qui veut se donner un environnement propice à des

[15] *Ibid*., p. 235.

relations plus harmonieuses pour ses citoyens et qui insuffle une efficience dans la gestion des conflits.

Également, ce positionnement des modes de PRD dans les premiers articles du *Code de procédure civile* témoigne d'une véritable intention d'intégrer la justice participative dans le giron de la procédure judiciaire. En effet, dans la tradition civiliste, les premiers articles d'une importante codification participent à l'interprétation de l'ensemble du texte législatif. Ce rôle est également endossé par la disposition préliminaire et y nommer la participation des citoyens dans la prévention et le règlement de leurs différends souligne l'importance de la justice participative[16]. Ces ajouts dans l'avant-projet de loi permettront de doter le *Code de procédure civile* de l'architecture conceptuelle nécessaire pour incarner la charge symbolique que doit porter un tel code en suggérant une plus grande place aux principes fondamentaux de la justice et en leur donnant une véritable portée normative[17].

Le titre premier évacue aussi l'idée reçue qu'un code de procédure civile ne doit référer qu'au déroulement d'un litige devant les tribunaux. En ce sens, l'avant-projet de loi propose une justice civile considérée avec une vue d'ensemble et non seulement le mode d'emploi du droit en matière de justice. La procédure civile, avant de constituer le guide du cheminement judiciaire des litiges, est aussi le reflet de toute la justice civile et à ce chapitre, inclut l'ensemble des démarches et du cadre dans lequel doit évoluer le justiciable pour faire valoir ses droits. Ce concept de justice et le paradigme juridique ont incontestablement évolué au fil des décennies. L'universitaire Roderick A. Macdonald, dans un rapport portant sur l'accessibilité de la justice datant de 1991,

---

16 Véhiculer la promotion des modes de PRD en exergue d'une loi est par ailleurs une des initiatives proposées par l'universitaire Louis Marquis pour consolider le dynamisme québécois en matière de justice participative. *Supra*, note 13.

17 Le doyen Daniel Jutras soutient que le *Code de procédure civile* dans sa forme actuelle manque de cohérence pour avoir une force symbolique dans l'ordre juridique québécois. Daniel Jutras, « Culture et droit processuel : le cas du Québec » (2009) 54 *R.D. McGill* 273, 289 et 290.

concluait déjà que le droit est en quelque sorte pluriel et que ses sources dépassent la norme juridique[18]. Les recherches en philosophie juridique se sont d'ailleurs grandement intéressées à la conception de la justice comme émanant du consensus et de la délibération[19]. Considérant que plus de 90 % des causes inscrites se règlent avant qu'elles ne procèdent devant les tribunaux[20], on pourrait difficilement affirmer que les praticiens du droit ne sont pas sensibles à cette question et qu'ils ne participent pas à définir, élargir et élaborer ce qu'est la justice. Ils savent faire valoir à leurs clients les autres considérations permettant de conclure à la raisonnabilité d'une entente : pensons à la relation future, les possibilités de collaboration, les avantages autres que pécuniaires ou tout simplement le bien-être que peut apporter un règlement. Sans le savoir, les avocats pratiquent quotidiennement cette justice renouvelée, celle qui considère le droit comme un tout, autant économique qu'humain, qui appartient à d'autres sens ou objectifs que la normativité qu'il porte.

En définitive, la conception de justice civile véhiculée dans la disposition préliminaire et le titre I du premier livre de l'avant-projet de loi permettra l'atteinte de plusieurs objectifs variés : offrir aux citoyens un portrait réaliste de ce que représente la justice, l'intégration plus formelle des modes de PRD privés à l'appareil judiciaire et la mobilisation des citoyens qui sont invités à réfléchir à leurs conflits, à considérer, à appliquer et à participer à un mode extrajudiciaire de règlement des différends.

---

18 Roderick A. Macdonald, *Jalons pour une plus grande accessibilité à la justice*, Rapport-synthèse du groupe de travail sur l'accessibilité à la justice, Québec, ministère de la Justice, 1991, 112 p.

19 Pensons à John Rawls *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987, 666 p. ou Jürgen Habermas, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, 494 p.

20 Données fournies par le ministère de la Justice du Canada dans son *Analyse de l'expérience fédérale relative à l'utilisation de la médiation et d'autres processus de règlement des différends*, 2009.

C. Une impulsion législative pour une meilleure pratique judiciaire

L'initiative du ministère de la Justice constitue un puissant levier de changement de culture et contribuera à transformer les conceptions et les pratiques de celles et de ceux qui en sont les acteurs. La seule utilisation du vocable « différend » plutôt que litige ou l'acronyme « MARC » (modes alternatifs ou appropriés de résolution de conflit) révèle une nouvelle amplitude pour la justice civile. Désormais, les modes de PRD ne sont plus considérés comme alternatifs ou conceptuellement une solution de rechange à l'appareil judiciaire. L'avant-projet de loi dessine un tout cohérent et sous-entend que toute forme de différend pouvant mener à un conflit entre dans la portée de la justice civile.

Non seulement ce changement embrasse une vision plus large que ce qui se rapporte au droit, mais l'introduction de cette conception de prévention marque aussi le désir du ministère de la Justice de donner une place prédominante aux modes de PRD extrajudiciaires en amont du processus judiciaire. Cette démarche se distingue de celles entreprises dans d'autres législations qui se contentent de remplacer des modes judiciaires de règlement par des modes extrajudiciaires ou par des étapes et un cadre très précis revêtant un caractère obligatoire[21]. Le choix législatif du Québec inscrit les modes de PRD privés de façon préalable, parallèle ou complémentaire à tout le processus judiciaire, sans pour autant les cantonner à une démarche stricte. Il s'agit là d'un véritable processus participatif, adaptable aux situations et aux personnes qui doivent l'utiliser.

Le ministère de la Justice a choisi de formuler une intention législative sous forme d'incitation générale qui se traduit par l'énonciation de diverses obligations dont le véhicule n'est pas prédéterminé. Cette impulsion législative constitue le meilleur moyen

[21] Pensons à la situation en Ontario, en Saskatchewan ou en Colombie-Britannique où la médiation extrajudiciaire est structurée de façon très précise dans la loi et par ailleurs obligatoire.

d'atteindre une satisfaction des personnes qui feront appel aux modes de PRD ainsi que des ententes qui seront viables et qui correspondront davantage à leurs besoins.

Il appartiendra au ministère de la Justice, aux citoyens et aux professionnels qui les accompagnent, aux spécialistes des PRD et aux organisations spécialisées dans la résolution des différends et dans la justice d'utiliser les méthodes et approches actuelles selon les circonstances, et d'améliorer constamment les méthodes, outils et pratiques qui permettent d'atteindre les objectifs souhaités. De même, ce choix législatif empreint de flexibilité évite une cristallisation des différents modes de PRD en permettant une évolution et une adaptation des processus dans le temps et selon les contextes.

Aussi, les fonctions et les rôles des avocats jusqu'ici en gestation ou dans leurs premiers balbutiements en matière de PRD seront uniformisés en ce que leurs devoirs dans un conflit sont clarifiés et une démarche précise d'information et de considération des modes de PRD devra faire partie du cheminement normal des mandats qui leur sont confiés. Cette pratique judiciaire bonifiée permettra la consolidation des habiletés professionnelles dans la plupart des cas déjà acquises ou du moins développées au fil de la pratique quotidienne afin de favoriser l'émergence d'une nouvelle pratique du droit et de la profession[22].

En résumé, l'avant-projet de loi répond aux besoins actuels de justice et sera un vecteur de changement pour une meilleure accessibilité à la justice, une plus grande mobilisation des justiciables pour la prise en charge de leurs différends et une transformation de la pratique professionnelle et judiciaire de tous les intervenants en matière de justice.

[22] La professeure Julie Macfarlane a écrit un livre à ce sujet nommé *The New Lawyer*, Vancouver, UBC Press, 2008, 308 p.

II. ASPECTS PRATIQUES ET PROCÉDURAUX : UNE JUSTICE CIVILE RENOUVELÉE

Dans la section précédente, nous avons formulé un appui de principe sur l'essence même de l'avant-projet de loi instituant le nouveau *Code de procédure civile* ainsi que ses orientations fondamentales. L'IMAQ souhaite aussi commenter certains aspects spécifiques le concernant.

Selon le rapport de la Commission du droit du Canada *La transformation des rapports humains par la justice participative*[23], tout processus de justice participative devrait comprendre les principes directeurs suivants :

- une intervention précoce
- l'accessibilité
- le caractère volontaire
- une préparation soignée
- des occasions de dialogue direct
- la défense et le soutien
- la confidentialité
- l'équité
- la pertinence et le réalisme des résultats
- la souplesse et l'adaptabilité
- l'efficacité
- l'effet systémique

Comme nous l'avons exprimé précédemment, nous sommes convaincus que l'avant-projet de loi dans son état actuel permettra une plus grande accessibilité aux modes de PRD, une intervention précoce dans la gestion des différends, et que nous assisterons à un effet systémique. L'avant-projet de loi se veut toutefois plus spécifique à l'égard de plusieurs éléments jalonnant l'intégration des modes de PRD privés à la procédure civile et trois éléments interpellent plus directement l'expertise de l'IMAQ : la considération obligatoire des modes de PRD ainsi que les caractéristiques des modes de PRD édictées au titre I du livre I et celles énoncées au livre VII de l'avant-projet de loi.

[23] Voir la section « recommandations », en ligne à http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection/JL2-22-2003F.pdf.

A. La considération obligatoire des modes de PRD

Orientation incontournable de l'avant-projet de loi, le choix législatif d'assujettir la demande en justice à la considération d'un mode de PRD est une stratégie permettant l'atteinte du plus grand nombre de principes directeurs applicables aux processus de justice participative et se distingue notamment des mesures législatives mises en place en Ontario, en Saskatchewan et en Colombie-Britannique. De fait, ces trois provinces ont instauré depuis plusieurs années des processus de médiation obligatoire à même leurs codes de procédure civile, ce qui constitue d'une part une obligation beaucoup plus contraignante que la simple considération d'un mode de PRD, mais d'autre part, un choix plus restreint puisque ces processus ne visent que la médiation.

Ces programmes ont réussi à atteindre certains objectifs. En Ontario, les délais de règlement des dossiers ont substantiellement été réduits suite à la mise en place de cette procédure. De même, le taux de satisfaction des parties qui en ont fait l'essai indique dans une très forte proportion un accueil favorable à la médiation obligatoire[24]. En Saskatchewan, les travaux des professeures Julie Macfarlane et Michaela Keet dessinent un programme bien implanté et évoluant de façon somme toute satisfaisante[25].

Nous observons cependant que le caractère volontaire du processus – un principe directeur nommé par la Commission du droit du Canada – n'est pas respecté selon cette approche. Or, le caractère volontaire de tout mode de PRD est un principe fondamental, une condition *sine qua non*. Tous les auteurs de doctrine à ce sujet sont sans

---

[24] Voir le rapport intitulé *Evaluation of the Ontario Mandatory Mediation Program (Rule 24.1) Final Report – The first 23 Months*, Robert Hann & Associates Limited, 2001.

[25] « Civil Justice Reform and Mandatory Civil Mediation in Saskatchewan : Lessons From a Maturing Program », (2004-2005) 42 *Alberta Law Review* 677.

équivoque[26] et imposer la tenue d'une médiation est un procédé à première vue antinomique. Bien que les modes de PRD soient pratiqués de façon informelle en abondance et qu'ils répondent adéquatement aux besoins de justice des citoyens, il ne s'agit pas non plus d'une panacée et ce ne sont pas toutes les situations qui s'y prêtent; il faut être disposé et engagé pour que des résultats tangibles et durables émergent.

La notion de médiation obligatoire ne fait d'ailleurs pas partie de la tradition législative au Québec. Du moins, il s'agissait de la position adoptée par le législateur en 1997 après l'étude et le rejet partiel du projet de loi instituant la médiation préalable obligatoire en matière familiale[27]. Le ministère de la Justice avait en effet jugé que la séance d'information obligatoire était un canal suffisant pour diffuser et populariser la médiation en ce domaine.

L'IMAQ soutient que ces principes s'appliquent de la même façon aux conflits civils et commerciaux : énoncer l'obligation de considérer les modes de PRD, comme il est prévu à l'article 1 de l'avant-projet de loi, est une impulsion législative suffisante pour atteindre les objectifs d'amélioration de l'accès à la justice. Le processus proposé dans l'avant-projet de loi permet ainsi de respecter les caractéristiques « précoce », « volontaire » et « systémique », mais réussit aussi à préserver celles de « souplesse et adaptabilité » en ne proposant pas un programme qui se limiterait uniquement à la médiation. Les parties à un conflit pourront ainsi pousser leur autodétermination jusqu'à choisir le mode de PRD le mieux adapté à leur situation et ce, sans manquer au respect de leurs obligations procédurales.

---

[26] Selon les auteurs québécois comme Hélène de Kovachich et al., *Guide pratique de la médiation*, Scarborough, Carswell, 1997 ou Nabil Antaki *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, et américains comme Christopher W. Moore, *The Mediation Process, Practical Stategies for Resolving Conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 2e éd., 2003.

[27] Le ministère de la Justice s'en était remis aux arguments du Barreau du Québec et ses suggestions, dont le mémoire est disponible en ligne à www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/1997/199701-pl-65.pdf.

Notre position en faveur de la considération obligatoire des modes de PRD plutôt que leur application obligatoire se base également sur divers faits. L'étude menée par le ministère de la Justice du Canada dans son *Analyse de l'expérience fédérale relative à l'utilisation de la médiation et d'autres processus de règlement des différends* démontre qu'avant la médiation, c'est un autre mode de PRD qui est le plus utilisé, soit la négociation assistée[28]. De même, les taux de règlement des dossiers en médiation obligatoire ne sont pas nécessairement améliorés par ces processus dans les provinces où ils s'appliquent. Le seul impact positif mesuré dans ces systèmes se traduit par un délai de règlement des dossiers dont la médiane est réduite de plusieurs mois en comparaison avec le délai médian de l'obtention d'un jugement[29].

Or, cet effet pourrait tout autant se mesurer par une action législative moins contraignante. Ainsi, l'application au Québec d'un cadre moins restrictif, mais davantage axé sur les meilleurs moyens d'accéder à un règlement, permettra d'instituer un véritable système de justice participative dont le cadre rejoindra le principe directeur d'« efficacité ».

Néanmoins, l'instauration d'un certain degré d'obligations relativement aux modes de PRD privés est nécessaire pour la manifestation de changements concrets. Des interviews menés par le ministère de la Justice du Canada auprès des avocats de la Nouvelle-Écosse démontrent que ceux-ci sont beaucoup moins portés à suggérer à leurs clients des modes de PRD comme la médiation tout simplement parce qu'ils y sont moins exposés[30]. L'aspect obligatoire de la considération d'un mode de PRD privé avant

---

28 *Analyse de l'expérience fédérale relative à l'utilisation de la médiation et d'autres processus de règlement des différends,* 2009, p. 26. Le rapport dévoile que sur tous les dossiers admissibles à la médiation obligatoire dans l'échantillon, à peine 30 % de ceux-ci ont atteint ce stade, le reste ayant été réglé au préalable par voie de négociation.

29 *Ibid*., p. 24-25.

30 *Ibid.,* p. 67.

de s'adresser aux tribunaux permettra de pallier cette observation par l'instauration d'un réflexe, un changement de culture qui se manifestera ensuite par une autonomisation accrue de la collectivité juridique. Ce mouvement gagnera également les justiciables et tous les autres intervenants dans un conflit qui devront se renseigner au sujet de leurs obligations procédurales.

Ce changement de culture a d'ailleurs été observé ailleurs au Canada ; il s'agit d'un constat important de l'évaluation du programme de médiation obligatoire de la Saskatchewan et les professeures Julie Macfarlane et Michaela Keet, dans leurs observations, indiquent que le point de vue de la communauté juridique a considérablement changé[31]. Les avocats sont en effet aujourd'hui beaucoup plus soucieux d'améliorer le programme de médiation obligatoire que de l'abolir. Même son de cloche du côté du ministère de la Justice du Canada dont les avocats ont remarqué depuis cinq ans des changements d'attitude envers les modes de PRD autant personnels qu'institutionnels[32]. Bien que ces analyses soient surtout liées aux programmes de médiation obligatoire, il demeure que c'est l'intention législative derrière ceux-ci qui permet les changements observés. Ainsi, ces exemples sont transposables à la situation envisagée au Québec et assortir la considération des modes de PRD d'une obligation procédurale constituera un levier permettant le changement de point de vue de toute la société et la transformation de la culture judiciaire et juridique.

En définitive, nous sommes d'avis que la considération obligatoire des modes de PRD apparaît comme un élément essentiel pour la mise en œuvre adéquate des principes et objectifs édictés dans l'avant-projet de loi. Cependant, l'IMAQ souligne qu'aucun mécanisme n'est édicté pour en assurer le respect. Nous suggérons de compléter l'obligation procédurale énoncée à l'article premier par un encadrement plus précis

31 *Supra*, note 25.

32 *Supra*, note 28, p. 70.

permettant une meilleure systématisation et vérification de cet exercice de considération. De façon plus précise, il serait envisageable de mieux qualifier l'obligation de considération en l'assujettissant, par exemple, aux dispositions relatives à la forme et aux éléments des actes de procédure[33]. Cette mesure serait similaire aux règles applicables en Australie qui prévoient que les parties doivent accompagner leur demande en justice d'un « Genuine Steps Statement » relatant les étapes entreprises pour la considération ou l'application d'un mode de règlement des différends[34].

B. Le titre I du livre I : Les principes de la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends

Dans la première section de ce mémoire, nous avons souligné la pertinence et l'utilité des dispositions énoncées dans les premiers articles de l'avant-projet de loi. Sans pour autant mitiger notre appui général aux dispositions liées aux modes de PRD à l'intérieur de l'avant-projet de loi, nos commentaires précédents peuvent néanmoins s'assortir de suggestions constructives plus précises et techniques sur la formulation de certaines dispositions de ce titre. Ces remarques permettraient à l'avant-projet de loi d'encore mieux refléter les réalités des professionnels en PRD et de s'accorder aux pratiques du milieu.

D'abord, l'article 2 A.P.L. édicte, à son dernier alinéa, le principe de proportionnalité applicable par ailleurs à l'ensemble de la procédure civile. Il reprend des principes déjà codifiés à l'actuel article 4.2 *C.p.c.* sans totalement tenir compte de la spécificité inhérente aux différents modes de PRD. La notion de proportionnalité doit être entrevue différemment pour tenir compte de la motivation et de certains avantages qui pousseraient les parties à entreprendre un processus qui dépasse le cadre de leur différend, ne respectant pas nécessairement la proportionnalité de leur litige en soi. Les

[33] Ces articles se trouvent au chapitre V du livre V de l'avant-projet de loi.
[34] *Supra*, note 11, article 4.

circonstances particulières et les différents enjeux devraient conséquemment être ajoutés au dernier alinéa de l'article 2 A.P.L., qui se lirait comme suit :

> Elles doivent, de même que les tiers auxquels elles font appel, veiller à ce que les démarches qu'elles entreprennent demeurent proportionnelles quant à leur coût et au temps exigé, à la nature et à la complexité de leurs différends *ainsi qu'aux enjeux et aux circonstances particulières reliés à ces différends*.

Ensuite, l'article 4 A.P.L. emploie un vocabulaire se distinguant du reste de la loi lorsqu'il énonce un engagement de la part des parties et du tiers qui les assiste de préserver la confidentialité de ce qui est dit, écrit ou fait dans le cours du processus. L'utilisation du verbe « engager » affaiblit à notre sens la notion de confidentialité sur laquelle se fonde cette disposition. Il serait plus constant et conforme d'énoncer ce principe de la même façon et dans les mêmes termes qu'ailleurs dans la loi. De cette façon, les décisions judiciaires et les enseignements doctrinaux se rapportant à ce sujet pourront s'appliquer sans qu'une ambigüité soit soulevée. De plus, la dernière partie de l'article proposé énonce que la confidentialité ne s'appliquerait pas « à leur propre recours aux tribunaux ». Il y a un risque que ce dernier énoncé soit assimilé à une autorisation de pouvoir utiliser les informations échangées lors des séances de médiation aux fins de procédures que les parties pourraient intenter subséquemment à la fin du processus de PRD. À notre avis, cela est contraire à la reconnaissance universelle, ainsi qu'à la jurisprudence actuelle des tribunaux québécois, que le contenu des échanges dans le cadre d'une médiation ne peut et ne doit être communiqué à l'extérieur de celle-ci, ou même utilisé dans le cadre de procédures judiciaires.

Étant donné nos commentaires ci-haut énoncés et à l'instar des articles 159 et 379 de l'avant-projet de loi, son article 4 pourrait donc se lire ainsi :

> 4. *Tout ce qui est dit, écrit ou fait dans le cadre d'un mode privé de prévention ou de règlement des différends est confidentiel*, sous réserve des ententes sur le sujet ou des dispositions particulières de la loi.

Ceci clôt les changements techniques que nous souhaitions proposer pour ce titre de la loi. Ces nuances peuvent paraître subtiles, mais elles auront un impact déterminant dans la compréhension et l'application de cette section de l'avant-projet de loi.

C. Le livre VII : Les modes privés de prévention et de règlement des différends

Le regroupement dans un seul livre des règles de fonctionnement des modes de PRD, tel que le suggère l'avant-projet de loi, permet une meilleure conceptualisation ou compréhension de ceux-ci et de leur rôle avant ou parallèlement à toute procédure judiciaire. L'IMAQ chapeaute l'exercice de la médiation et de l'arbitrage par ses membres. En conséquence, ces deux sujets seront abordés.

En ce qui concerne les articles se rapportant au processus de médiation, la définition du rôle du médiateur et du déroulement de la médiation dans une consignation exhaustive des principes fondamentaux de la médiation a pour effet d'encadrer la pratique de la médiation afin de la rendre plus uniforme et mieux connue par tous les intervenants judiciaires comme non judiciaires. Selon les principes directeurs énoncés précédemment, toutes les caractéristiques d'un processus participatif adapté sont rassemblées dans l'avant-projet de loi: dialogue direct, soutien, défense, préparation, confidentialité, équité, réalisme, etc. Cette section de l'avant-projet de loi est également conforme aux pratiques en vigueur consignées dans les différents codes de pratique et d'éthique habituellement reconnus[35] en plus de respecter les différents codes de

[35] Par exemple, le Guide pratique de la médiation civile et commerciale publié par le Barreau, en ligne à www.barreau.qc.ca/pdf/mediation/civile.../guide-de-pratique.pdf, le Code de déontologie de l'IMAQ, en ligne à http://www.imaq.org/nos-membres/code-d%E2%80%99ethique-des-mediateurs-et-des-arbitres/ et le Code d'éthique des médiateurs, en ligne à http://www.iamq.org/Code%20ethique%20des%20mediateurs(19%20avril%202007).pdf ou celui de l'ADRIC, en ligne à http://www.adrcanada.ca/resources/documents/Codedethiquedemediateurs2011avril15_000.pdf.

déontologie des ordres professionnels auxquels appartient un grand nombre de médiateurs.

Bref, le contenu et l'organisation des articles portant sur le médiateur et son rôle dans la médiation le font apparaître comme un professionnel, complètement démarqué de son horizon professionnel d'origine. Il faut d'ailleurs préciser que le mot « professionnel » dans ce mémoire désigne le sens général et usuel de ce mot[36] et ne fait pas référence aux professions régies par un ordre professionnel. Ainsi, le médiateur est à juste titre considéré comme un expert du processus par opposition à un expert du contenu[37], lequel se trouve à être davantage incarné par les parties.

De même, l'orientation donnée à l'avant-projet de loi vers une pratique axée sur les besoins et les intérêts des parties répond au besoin des justiciables de s'approprier la conception de justice et correspond au potentiel d'intervention des modes de PRD[38]. En effet, permettre une recherche de solutions dans le respect des règles fondamentales du droit, mais qui se transpose plus concrètement dans la réalité des parties est avant tout ce qui permet le règlement rapide, complet et durable des différends entre les parties. Les conflits se trouvent traduits, par le dialogue et le partage d'information, en enjeux communs qu'elles devront résoudre ensemble.

---

36 Le petit Robert définit une profession comme « une occupation déterminée dont on peut tirer ses moyens d'existence » ou « un métier qui a un certain prestige social ou intellectuel ».

37 Ce qui correspond dans les modèles de médiation à l'exercice d'une médiation facilitante. Voir à ce sujet John Peter Weldon, « Le médiateur et sa médiation : y a-t-il un lien entre le style de communication du médiateur et le modèle de médiation qu'il privilégie ? » dans *Développement récents en médiation*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 1-21.

38 La médiation peut être entrevue comme un outil de transformation ou qui permet de combler des besoins auxquels le mode formel ne répond plus. À ce sujet, voir Louise Lalonde, « Médiation et droit : opposition, intégration ou transformation ? Le continuum dans la pratique civile et commerciale de la médiation » dans *Développement récents en médiation*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p.75-89.

De façon plus spécifique, la nécessité pour les médiateurs de souscrire à une assurance responsabilité et l'assujettissement à des règles déontologiques pour invoquer le privilège de non contraignabilité est une mesure qui sera bénéfique pour le public. Elle garantira en effet un plus grand bassin de spécialistes qualifiés en médiation qui seront dès lors incités à se tourner vers des organismes accrédités par le ministre de la Justice pour leur formation et protection professionnelles. À ce chapitre, la question de la qualification des professionnels en PRD et de leur formation est un sujet incontournable pour l'IMAQ et nous consacrerons la prochaine section à ce sujet.

À l'instar de l'exercice de la section précédente, des commentaires plus techniques peuvent être suggérés relativement à certaines dispositions du livre VII de l'avant-projet de loi, sans réduire la portée des éléments dont nous avons souligné la pertinence. Dans un premier temps, le législateur devrait clarifier sa pensée sur l'utilisation du terme « négociation » à l'article 607 A.P.L. puisqu'en raison de son emplacement, une certaine confusion se crée quant à son application aux autres modes de PRD. Le terme « négociation » fait-il référence au seul mode privé de PRD nommé « négociation », tel que mentionné à l'article 1 A.P.L., ou également aux autres modes privés de PRD tels la médiation ou l'arbitrage ? Ou s'applique-t-il aussi à la médiation et à l'arbitrage ?

Par ailleurs, l'article 607 A.P.L. présente une attente qui pourrait s'avérer irréaliste envers les parties puisqu'il est délicat d'édicter un engagement de proposition de solutions à leur endroit. En pratique, il est préférable que les spécialistes des modes de PRD laissent les parties en arriver par leur propre réflexion aux solutions qui leur apparaissent les plus favorables pour elles et qui correspondent davantage à leurs besoins et intérêts. Les experts résument cet état de fait par l'expression

« autodétermination des parties »[39]. En médiation, le principe de l'autodétermination est un des cinq éléments fondamentaux qui caractérisent ce processus de PRD.

Enfin, faire obligation aux parties de « s'entendre » sur l'information qu'elles doivent échanger fait à notre sens double emploi avec l'obligation de bonne foi dont est déjà empreint notre droit civil. En conséquence, nous suggérons que l'article 607 A.P.L. se lise de la façon suivante :

> *607. Les parties qui conviennent d'un mode de PRD qui a recours à la négociation doivent veiller à circonscrire adéquatement leur différend, à identifier leurs besoins et leurs intérêts respectifs et l'information qu'elles doivent échanger pour leur permettre de prévenir ou de résoudre leur différend.*

Dans un deuxième temps, la formulation des articles 608 et 609 A.P.L. semble introduire une distinction entre les tiers qui assistent ou aident les parties d'une part et les médiateurs et les arbitres d'autre part. De plus, le texte de l'article 609 A.P.L. semble aussi inclure les personnes qui accompagnent ou conseillent les parties lors d'un processus de PRD. Des ambigüités quant aux professionnels des PRD ou autres personnes qui sont visées par ces deux articles pourraient être soulevées, et il y aurait lieu de préciser leur portée.

Finalement, l'énonciation du rôle traditionnel et des responsabilités du médiateur dans l'avant-projet de loi devrait être soigneusement étudiée pour ne pas l'élargir indûment. Plus particulièrement à l'article 618 A.P.L., nous croyons que le médiateur ne saurait garantir la compréhension par les parties des conséquences d'une entente issue d'un processus de médiation. À notre sens, ce rôle découle davantage d'explications ou

---

[39] Dans le monde anglo-saxon, on utilise le terme « empowerment ». L'article 3.1.1 du Code d'éthique des médiateurs de l'IMAQ prévoit spécifiquement que le « *[…] médiateur doit conduire une médiation sur la base de l'autodétermination des parties. Les parties sont dans un processus de décision volontaire, chacune d'elles faisant des choix libres et éclairés notamment quant (…) [à] l'élaboration des solutions.* »

d'opinions d'experts ou de conseillers. Le Code d'éthique des médiateurs de l'IMAQ prévoit nommément que le médiateur ne doit en aucun cas donner des « avis d'expert professionnel »[40] et que « lorsque cela est approprié, il informe les parties de l'importance de consulter un autre professionnel pour les aider à faire des choix informés »[41]. Cette conception est également compatible avec différents codes d'éthique applicables aux médiateurs[42]. L'esprit du dernier alinéa de cette disposition pourrait néanmoins être conservé dans cette nouvelle formulation :

> 618. *Le médiateur veille à ce que les termes de l'entente soient compris par les parties et au besoin, les avise de la nécessité de consulter un autre professionnel relativement à leurs droits et obligations.*

En ce qui a trait aux dispositions encadrant l'arbitrage, leur contenu reproduit une partie de l'actuel *Code de procédure civile* dans un regroupement conceptuel plus adéquat. Néanmoins, un changement notable est cette volonté de rendre l'arbitrage plus accessible par une simplification et un assouplissement de ses règles. Un avantage déterminant de l'arbitrage – et ce qui le distingue du processus judiciaire – est justement cette efficacité et la souplesse avec laquelle est conduit son processus. Différentes instances sur les plans national et international ont manifesté ce désir que l'arbitrage puisse redevenir un mode de règlement des litiges juste, efficace, rapide et économique. L'International Bar Association a adopté des règles pour l'arbitrage international permettant « une procédure efficace, économique et équitable »[43]. Plus localement, l'Association du Barreau Canadien présentait récemment dans le cadre de

---

40 Article 2.1 du Code d'éthique des médiateurs de l'IMAQ.

41 Article 3.1.3 du Code d'éthique des médiateurs de l'IMAQ. Les articles de la section 3.10 de ce Code d'éthique précisent et détaillent la nature de cette obligation pour toutes circonstances applicables au travail d'un médiateur.

42 À titre d'exemple, l'article 3.4 du Code d'éthique des médiateurs de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada prévoit que « Le médiateur doit aussi aviser les parties de la nécessité de consulter un autre professionnel lorsque le besoin s'en fait sentir, afin de les aider à prendre une décision en toute connaissance de cause ».

43 Voir les règles sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, en ligne à http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

ses conférences un modèle de « convention pour le règlement des différends par la voie d'un arbitrage juste, efficace, rapide et économique»[44]. L'IMAQ recommande même à ses membres d'intégrer par référence dans les contrats les règles simplifiées d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada[45] permettant aux parties d'atteindre ces objectifs louables.

Les dispositions de l'avant-projet de loi auront pour effet de faciliter cet assouplissement et l'atteinte du potentiel de l'arbitrage. Ces changements permettront également d'éviter que la procédure d'arbitrage connaisse une complexification et mène à une trop grande judiciarisation.

Un autre changement important dans l'avant-projet de loi au sujet de l'arbitrage interpelle plus particulièrement l'IMAQ et il s'agit de l'élargissement du mandat de l'arbitre pour y inclure la conciliation, lorsque requis ou approprié. Nous avons évoqué l'importance de conserver les caractéristiques faisant de l'arbitrage un mode de PRD efficace et économique, mais il faut veiller à ne pas créer de confusion des genres ou d'incompatibilité pratique. Le libellé de l'article 626 A.P.L. présente certaines ambiguïtés en ce que le mandat de conciliation de l'arbitre semble davantage lié à la volonté de l'arbitre qu'à celle des parties. Or, cet article de l'avant-projet de loi doit avant tout se lire en harmonie avec les principes fondamentaux des modes de PRD qui proscrivent l'ingérence du tiers intervenant; conséquemment, le mandat de l'arbitre devrait au préalable être soumis à la volonté des parties. Autrement dit, l'arbitre doit donc envisager l'élargissement de son mandat à celui de conciliateur que si les parties en ont choisi ainsi en fonction de leurs besoins.

---

[44] Préparé par Me Olivier F. Kott, associé principal, Norton Rose OR s.e.n.c.r.l., s.r.l., avec la collaboration de plusieurs membres de la Section Construction et la Section Prévention et règlement des différends de l'Association du Barreau Canadien, Division du Québec, octobre 2011.

[45] http://www.adrcanada.ca/francais/documents/arb-rules-FR.pdf.

Également, l'IMAQ a eu le bénéfice de prendre connaissance du mémoire présenté auprès de cette commission par le professeur Frédéric Bachand de l'Université McGill et d'autres spécialistes et praticiens de l'arbitrage. Nous appuyons certains commentaires qui y sont faits :

- D'abord, l'ajout d'un motif d'annulation et de refus d'homologation fondé sur la déconsidération de l'administration de la justice [46] serait effectivement susceptible de créer une incompatibilité avec les règles d'arbitrage international et le soutien du Québec en cette matière dans la mesure où elle ajouterait une condition aux motifs énumérés dans la Convention de New-York[47]. De même, le contrôle judiciaire que cette disposition induit est en contradiction avec l'atteinte du potentiel de l'arbitrage ainsi qu'avec le contrôle de la conformité du résultat avec le seul ordre public substantiel.
- Il serait aussi souhaitable que l'actuel article 940.3 *C.p.c.* soit repris dans sa forme actuelle. L'article 631 A.P.L. semble ne pas donner autant de portée que l'article 940.3 *C.p.c*. malgré sa rédaction similaire en ce sens que la limitation de l'intervention judiciaire est assujettie à la convention d'arbitrage plutôt qu'aux exceptions prévues dans la loi.
- Nous approuvons l'idée que le délai pour rendre sentence prévu à l'article 638 A.P.L. soit assorti d'un mécanisme de prorogation lorsque ce délai s'avère impossible à respecter.
- La nécessité d'un consentement des parties pour la reddition d'une sentence complémentaire ou d'interprétation nous paraît difficile à mettre en œuvre et sans grande portée sur le plan du développement et de la simplification des mécanismes d'arbitrage[48].

[46] Article 652 de l'avant-projet de loi.
[47] Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 330 R.T.N.U. 3.
[48] Article 641, al. 2 de l'avant-projet de loi.

En somme, sous réserve des quelques suggestions proposées, les orientations du livre VII de l'avant-projet de loi auront pour effet un encadrement souple, mais adapté des modes de PRD privés dans l'appareil judiciaire. Sans restreindre les justiciables à recourir à un type d'intervenant déterminé, l'avant-projet de loi édicte des règles de fonctionnement et des privilèges qui permettront à la fois aux parties et aux candidats qualifiés d'en bénéficier.

III. PROFESSIONNELS EN PRD : LA RICHESSE DE LA MULTIDISCIPLINARITÉ

L'avant-projet de loi propose la mise en œuvre de processus qui exigeront nécessairement un plus grand nombre de spécialistes des modes de PRD. À ce chapitre, l'avant-projet de loi ne traite pas, sauf sous certains aspects particuliers, des qualifications professionnelles des tiers qui pourront être appelés à intervenir dans les conflits tout comme de la façon dont la qualité des interventions sera assurée.

A. Une profession essentiellement interdisciplinaire

Les professions de médiateur, d'arbitre ou de tout intervenant en PRD ne font pas l'objet d'une règlementation régie par l'Office des professions. Autrement dit, il ne s'agit pas d'un titre réservé ou protégé, de sorte que toute personne peut y accéder sans égard à sa formation professionnelle d'origine. De fait, l'IMAQ compte parmi ses rangs des membres appartenant à 17 ordres professionnels différents[49] en plus de plusieurs membres dont les professions sont non réglementées[50].

[49] Par exemple, des ingénieurs, évaluateurs agréés, architectes ou psychologues.

[50] Par exemple, des professionnels de la gestion ou de la communication. Comme il a déjà été indiqué précédemment, ces personnes seront aussi désignées sous l'appellation générale de « professionnels ».

Cette situation présente de nombreux avantages ne serait-ce que par le nombre et la variété de spécialistes disponibles pour les parties ainsi que le coût relié à leurs services. Sur le plan pratique, les parties peuvent vouloir s'adresser à un tiers qui aura les qualifications pour comprendre les aspects techniques et pratiques de leur conflit. Le champ d'action des modes de PRD, comme le suggère l'avant-projet de loi à juste titre, est beaucoup plus large que le domaine juridique puisqu'il s'adresse à des situations qui bien souvent débordent à plusieurs égards du cadre de la loi. Entre d'autres termes, le domaine de la prévention et du règlement des différends existe en soi, que ce soit à l'extérieur ou à l'intérieur du forum judiciaire et relève par essence de plusieurs disciplines.

À ce sujet, le Barreau de Montréal, dans son Rapport final de la table ronde sur la compétence en matière de justice participative[51], concluait qu'un des défis en matière de justice participative demeurait l'interdisciplinarité et proposait à titre de solutions possibles à court terme d'« acquérir des connaissances provenant d'autres disciplines » et de « s'ouvrir au pluralisme des normes issues d'autres disciplines »[52].

C'est aussi l'orientation choisie par les trois provinces ayant mis en place des programmes de médiation obligatoire. En Ontario, les comités locaux de médiation sont chargés de la reconnaissance et de la surveillance des médiateurs selon des critères établis par le ministère de la Justice ontarien[53]. Selon le barème d'évaluation, la grande partie de l'examen des candidatures se fait sur la base de la formation et de l'expérience en médiation. À titre indicatif, les formations initiales ou connexes ne peuvent compter que pour un maximum de 5 % et les points alloués pour les connaissances juridiques ne

---

51 Disponible en ligne à http://www.barreaudemontreal.qc.ca/loads/Publications/Rapport%20TR_CompetenceEnMatiereDeJusticeParticipative.pdf.

52 *Ibid*., p. 12.

53 http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/courts/manmed/guidelines.asp.

dépassent pas 30 %. Cela dit, tous les candidats doivent avoir une connaissance des règles de procédures civiles, des procès et du système judiciaire. En Colombie-Britannique, le Dispute Resolution Office travaille de pair avec une organisation non gouvernementale, le Mediate BC Society, pour établir et maintenir un bassin de médiateurs qualifiés. Ceux-ci sont aussi sélectionnés sur la base de leurs aptitudes en médiation et par ailleurs, le Mediate BC Society précise dans ses lignes directrices que son point de vue sur la médiation en est un pluraliste[54]. Dans plusieurs autres provinces où la médiation ne demeure que volontaire, le ministère de la Justice a aussi mis en place des systèmes de qualification multidisciplinaire[55]. C'est notamment le cas de l'Alberta qui a instauré un système où les parties, de façon volontaire, peuvent recourir aux services d'un médiateur privé ou sélectionner parmi la liste établie par le Service de médiation judiciaire géré par le ministère de la Justice albertain[56]. Cette liste, modifiable à des dates précises, s'adresse à toutes les formations professionnelles pour autant que les compétences des candidats rencontrent les standards établis en matière de médiation et que ces derniers soient familiers avec le système judiciaire et le travail avec des parties représentées par avocat.

De ce rapide survol, il semble indéniable que les qualifications des intervenants en PRD ont une ascendance sur l'appartenance professionnelle des candidats et ce, dans toutes les législations ayant choisi d'intégrer les modes de PRD extrajudiciaires à la procédure civile. Au Québec, en matière familiale, le ministère de la Justice a plutôt limité la pratique de la médiation aux membres de cinq ordres professionnels[57]. En matière civile, l'interdisciplinarité est une modalité déjà bien ancrée dans la pratique existante et

54 http://www.mediatebc.com/PDFs/1-25-Civil-Roster-Admission/Assessment-of-Courses-in-Mediation-and-Conflict-Re.aspx.

55 C'est notamment le cas de l'Alberta, du Manitoba et de Terre-Neuve.

56 En ligne à http://www.albertacourts.ab.ca/CourtofQueensBench/CivilMediation/tabid/74/Default.aspx.

57 Le Barreau, la Chambre des notaires, l'Ordre des psychologues, Ordre des travailleurs sociaux et des thérapeutes conjugaux et familiaux du Québec et l'Ordre des conseillers et conseillères en orientation.

revoir ce principe ou limiter l'accès à la médiation à des ordres professionnels serait un obstacle sur le plan pragmatique. En somme, les médiateurs issus de plusieurs disciplines, organisées en ordre professionnel ou non, permettent un apport différent, mais très pertinent en toutes circonstances, que le contexte soit de nature judiciaire ou autre.

B. La protection du public

Il va sans dire que tous les intervenants en matière de justice doivent assurer des services de qualité et il incombe aux diverses autorités législatives d'envisager les meilleurs moyens pour permettre la protection du public. Principalement, c'est le ministère de la Justice qui joue ce rôle et les différents ordres professionnels. Sur le plan privé, des organismes comme l'IMAQ et d'autres organisations ailleurs au pays veillent à la protection du public par le biais d'un système d'accréditation permettant d'établir des standards de qualification et des critères d'évaluation pour ses professionnels en PRD.

L'approche du ministère de la Justice proposée dans l'avant-projet de loi permet la pratique des modes de PRD par tout spécialiste sans égard à sa profession, ce qui ne réfère pas nécessairement à un ordre professionnel. En effet, l'avant-projet de loi se veut beaucoup plus souple, à l'image des initiatives qu'il propose. Ainsi, les parties qui, en considérant un mode de PRD, choisissent la médiation ne sont pas obligées de recourir à un médiateur accrédité en matière civile. L'accréditation est un élément pertinent au regard de la contraignabilité du médiateur seulement et doit faire l'objet d'une reconnaissance par le ministère de la Justice[58].

Cette supervision par le ministère de la Justice des organismes dispensant des formations et des accréditations permet une plus grande multidisciplinarité parmi les

[58] Article 611 de l'avant-projet de loi.

professionnels des PRD et répond à l'étendue et la variété des besoins des justiciables. Ne pas limiter cette reconnaissance aux ordres professionnels s'avère un choix judicieux, car nombre de professionnels chevronnés en PRD n'exercent pas une profession réglementée par l'Office des professions du Québec. Ceux-ci sont accrédités par des organismes à buts non lucratifs et multidisciplinaires comme l'IMAQ et présentent les mêmes qualifications professionnelles que leurs homologues. En effet, l'IMAQ a établi des règles d'accréditation de haut niveau comparables à celles des ordres professionnels actuellement reconnus. L'organisation met régulièrement à jour ses listes de médiateurs et offre au public un service de référence par région, catégorie de membres, secteur d'activité, profession et langue. Plusieurs comités de travail œuvrent à des activités de promotion des PRD, mais deux sont plus spécifiquement chargés de l'examen des demandes d'accréditation et de la gestion des plaintes. De la formation et des activités de perfectionnement sont aussi régulièrement offertes aux membres et non-membres.

Au Canada, toutes les provinces qui font la promotion des modes de PRD extrajudiciaires dans l'appareil judiciaire, comme nous l'avons vu, établissent des listes de médiateurs centralisées et sans appartenance professionnelle particulière hormis celle liée à la médiation elle-même. Ces dernières sont gérées soit par une organisation relevant du ministère de la Justice[59], d'une entité créée par le ministère de la Justice, mais dont les membres, nommés par celui-ci, ne sont pas des employés de l'État[60], ou d'une organisation privée reconnue par le ministère de la Justice[61].

Peu importe le véhicule choisi, l'on devra s'assurer de pouvoir fournir de façon efficace au public un bassin d'intervenants en PRD hautement qualifiés. L'IMAQ propose que

[59] Comme c'est le cas en Alberta et au Manitoba (projet pilote).

[60] Comme c'est le cas en Ontario, voir l'article 24.1.07 et suivants du *Code de procédure civile* ontarien, en ligne à http://www.e-laws.gov.on.ca/html/regs/english/elaws_regs_900194_e.htm#s24p1p01.

[61] Comme c'est actuellement le cas en Colombie-Britannique.

cela passe par l'établissement de critères d'accréditation édictés par le ministère de la Justice ou une organisation désignée à cette fin. Également, reconnaître les accréditations émises par des organismes privés dédiés aux modes de PRD tels que l'IMAQ permettra de fournir au public une offre de service multidisciplinaire et étendue qui sera assortie des protections dont celui-ci a besoin. Advenant le cas où ces propositions seraient mises en œuvre, il serait également pertinent d'assortir l'entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile* d'un moratoire pour permettre l'organisation adéquate de ce nouveau service à la population.

La protection du public passe aussi à notre sens par un volet éducatif permettant aux justiciables de comprendre l'importance, le sens et la valeur d'une accréditation en matière de PRD. Il s'agit en effet d'une protection puisque les médiateurs accrédités détiennent pour la plupart une assurance responsabilité pour leurs activités professionnelles[62]. De même, l'uniformité et la qualité des services rendus par les médiateurs sont notamment tributaires de l'obtention d'une attestation professionnelle spécifique à la médiation[63].

En résumé, la position de l'IMAQ sur les orientations à adopter à l'égard des professionnels en PRD est conforme à la réalité actuelle des professionnels en PRD et vise des objectifs d'excellence et d'uniformité. La richesse de la multidisciplinarité en PRD saura caractériser la culture juridique québécoise comme un ensemble complet et un instrument de justice inclusive et participative.

---

62 L'IMAQ suggère à ses membres de souscrire à l'assurance responsabilité professionnelle offerte par l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada., inc. Cette modalité pourrait éventuellement devenir obligatoire si la mise en œuvre du présent projet de loi le requiert.

63 L'étude menée par le ministère de la Justice de l'Ontario à propos de son programme de médiation obligatoire démontre d'ailleurs que les médiations menées par des médiateurs sur la liste établie se distinguaient dans le taux de règlement des dossiers s'étant réglés en partie. Cela révèle les habiletés supérieures nécessaires aux dossiers plus délicats ou complexes. *Supra,* note 24, p. 80 et suivantes.

CONCLUSION

Le ministère de la Justice a déployé dans son avant-projet de loi des stratégies simples, mais efficaces en vue d'améliorer l'accès à la justice et de mieux conceptualiser la procédure civile au Québec. Cet effort démontre l'ouverture d'esprit qui caractérise la culture juridique québécoise et sa curiosité envers les autres milieux juridiques avoisinants.

L'IMAQ tenait à participer à ce mouvement par son analyse et ses commentaires de l'avant-projet de loi et à cet égard, exprime un appui global envers les principes innovateurs proposés. Cela dit, nous avons formulé et soumettons quelques recommandations qui peuvent se résumer ainsi :

1- *Encadrer concrètement l'obligation de considération des modes de PRD par les parties à un conflit avant de s'adresser aux tribunaux afin de réussir à ancrer et maintenir les changements proposés;*

2- *Clarifier les règles concernant l'arbitrage afin d'éviter qu'un arbitre élargisse son mandat à celui de conciliateur sans s'informer de la volonté des parties;*

3- *Établir des critères uniformes pour l'accréditation des différents intervenants en PRD;*

4- *Reconnaître formellement la multidisciplinarité en PRD et reconnaître les accréditations accordées par des organismes privés dédiés aux modes de PRD, tel que l'IMAQ;*

Le Québec, déjà un acteur reconnu en matière de justice participative, deviendra avec cette coordination entre les modes de PRD extrajudiciaires et le cheminement judiciaire des conflits un leader de premier ordre dans l'adhésion pleine et entière de toute la société pour une justice civile renouvelée.

ANNEXE A

Liste des appartenances professionnelles des membres de l'IMAQ exerçant une profession réglementée par l'Office des professions du Québec

Ordre des administrateurs agréés du Québec

Ordre des agronomes du Québec

Ordre des architectes du Québec

Barreau du Québec

Ordre des comptables agréés du Québec

Ordre des comptables généraux accrédités du Québec

Ordre des chimistes du Québec

Ordre des conseillers en ressources humaines agréés du Québec

Ordre des évaluateurs agréés du Québec

Ordre des infirmières et infirmiers du Québec

Ordre des ingénieurs du Québec

Collège des médecins du Québec

Chambre des notaires du Québec

Ordre des psychologues du Québec

Ordre des technologues professionnels du Québec

Ordre des travailleurs sociaux et des thérapeutes conjugaux et familiaux du Québec

Loi-type de la CNUDCI
(Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international)
1985 avec amendements en 2006
http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999_Ebook.pdf

Table des matières

Pages

Résolutions adoptées par l'Assemblée générale iv
Résolution 40/72 (11 décembre 1985) . . . . . *iv*
Résolution 61/33 (4 décembre 2006) . . . . . *v*

Première partie

LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL 1

Chapitre premier. Dispositions générales 1

Article 1er. Champ d'application 1
Article 2. Définitions et règles d'interprétation. 2
Article 2 A. Origine internationale et principes généraux 3
Article 3. Réception de communications écrites 3
Article 4. Renonciation au droit de faire objection 3
Article 5. Domaine de l'intervention des tribunaux 4
Article 6. Tribunal ou autre autorité chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage. 4

Chapitre II. Convention d'arbitrage 4

Article 7. *Option I.* Définition et forme de la convention d'arbitrage 4
Option II. Définition de la convention d'arbitrage 5
Article 8. Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal 5
Article 9. Convention d'arbitrage et mesures provisoires prises par un tribunal 6

Chapitre III. Composition du tribunal arbitral 6

Article 10. Nombre d'arbitres 6
Article 11. Nomination de l'arbitre ou des arbitres 6
Article 12. Motifs de récusation 7
Article 13. Procédure de récusation 7
Article 14. Carence ou incapacité d'un arbitre 8
Article 15. Nomination d'un arbitre remplaçant 8

Pages

Chapitre IV. Compétence du tribunal arbitral 9

Article 16. Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence 9

Chapitre IV A. Mesures provisoires et ordonnances préliminaires 9

Section 1. Mesures provisoires 9
Article 17. Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires 9
Article 17 A. Conditions d'octroi des mesures provisoires 10
Section 2. Ordonnances préliminaires 10
Article 17 B. Requêtes aux fi ns d'ordonnances préliminaires et conditions d'octroi des ordonnances préliminaires 10
Article 17 C. Régime spécifique applicable aux ordonnances préliminaires 11
Section 3. Dispositions applicables aux mesures provisoires et aux ordonnances préliminaires . . . 12
Article 17 D. Modification, suspension, rétractation 12
Article 17 E. Constitution d'une garantie 12
Article 17 F. Information 12
Article 17 G. Frais et dommages 12
Section 4. Reconnaissance et exécution des mesures provisoires 13
Article 17 H. Reconnaissance et exécution 13
Article 17 I. Motifs du refus de la reconnaissance ou de l'exécution 13
Section 5. Mesures provisoires ordonnées par un tribunal 14
Article 17 J. Mesures provisoires ordonnées par un tribunal 14

Chapitre V. Conduite de la procédure arbitrale 14

Article 18. Égalité de traitement des parties 14
Article 19. Détermination des règles de procédure 14
Article 20. Lieu de l'arbitrage 15
Article 21. Début de la procédure arbitrale 15
Article 22. Langue 15
Article 23. Conclusions en demande et en défense 15
Article 24 Procédure orale et procédure écrite 16
Article 25. Défaut d'une partie 16
Article 26. Expert nommé par le tribunal arbitral 16
Article 27. Assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves 17
Chapitre VI. Prononcé de la sentence et clôture de la procédure 17
Article 28. Règles applicables au fond du différend 17
Article 29. Prise de décisions par plusieurs arbitres 18

Pages

Article 30. Règlement par accord des parties 18
Article 31. Forme et contenu de la sentence 18
Article 32. Clôture de la procédure 19
Article 33. Rectification et interprétation de la sentence et sentence additionnelle. 19

Chapitre VII. Recours contre la sentence 20

Article 34. La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale 20

Chapitre VIII. Reconnaissance et exécution des sentences 21

Article 35. Reconnaissance et exécution 21
Article 36. Motifs du refus de la reconnaissance ou de l'exécution 22

Deuxième partie

NOTE EXPLICATIVE DU SECRÉTARIAT DE LA CNUDCI RELATIVE À LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL DE 1985 TELLE QU'AMENDÉE EN 2006 24

A. Historique de la Loi type 25
1. Inadaptation des lois nationales 25
2. Disparités entre les lois nationales 26
B. Principales caractéristiques de la Loi type 26
1. Régime procédural spécial pour l'arbitrage commercial international 26
2. Convention d'arbitrage 29
3. Composition du tribunal arbitral 31
4. Compétence du tribunal arbitral 31
5. Conduite de la procédure arbitrale 32
6. Prononcé de la sentence et clôture de la procédure 35
7. Recours contre la sentence 36
8. Reconnaissance et exécution des sentences 38

Troisième partie

RECOMMANDATION RELATIVE À L'INTERPRÉTATION DU PARAGRAPHE 2 DE L'ARTICLE II ET DU PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE VII DE LA CONVENTION POUR LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES ÉTRANGÈRES, CONCLUE À NEW YORK LE 10 JUIN 1958, ADOPTÉE PAR LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL LE 7 JUILLET 2006 À SA TRENTE-NEUVIÈME SESSION 40

Résolutions adoptées par l'Assemblée générale

40/72. Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'arbitrage commercial international

L'Assemblée générale,

Considérant l'intérêt que présente l'arbitrage en tant que mode de règlement des différends survenant dans les relations commerciales internationales,

Convaincue que l'établissement d'une loi type sur l'arbitrage rencontrant l'assentiment d'États dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents contribue au développement de relations économiques internationales harmonieuses,

Notant que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a adopté à sa dix-huitième session la Loi type sur l'arbitrage commercial international[1], après en avoir dûment délibéré et avoir longuement consulté des institutions d'arbitrage et divers spécialistes de l'arbitrage commercial international,

Convaincue que ladite Loi type, conjointement avec la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[2] et le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international[3], dont l'application a été recommandée par l'Assemblée générale dans la résolution 31/98 du 15 décembre 1976, contribue notablement à la création d'un cadre juridique unifi é pour le règlement juste et efficace des différends survenant dans les relations commerciales internationales,

1. *Prie* le Secrétaire général de communiquer le texte de la Loi type sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, conjointement avec les travaux préparatoires de la dix-huitième session de la Commission, aux gouvernements et aux institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés, tels que les chambres de commerce;

2. *Recommande* que tous les États prennent dûment en considération la Loi type sur l'arbitrage commercial international en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures arbitrales et des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international.

112e séance plénière
11 décembre 1985

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I.
[2] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739, p. 39.
[3] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.77.V.6.

v

[*sur le rapport de la Sixième Commission (A/61/453)*]

61/33. Articles révisés de la Loi type sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, et recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958

L'Assemblée générale,

Reconnaissant la valeur de l'arbitrage comme méthode de règlement des différends survenant dans le cadre des relations commerciales internationales, *Rappelant* sa résolution 40/72 du 11 décembre 1985 concernant la Loi type sur l'arbitrage commercial international[1],

Reconnaissant qu'il faut que les dispositions de la Loi type relatives à la forme de la convention d'arbitrage et aux mesures provisoires correspondent aux pratiques actuelles du commerce international et aux méthodes modernes de conclusion des contrats,

Estimant que des articles révisés de la Loi type sur la forme de la convention d'arbitrage et les mesures provisoires correspondant à ces pratiques actuelles amélioreront de manière significative le fonctionnement de la Loi type,

Notant que l'élaboration d'articles révisés de la Loi type sur la forme de la convention d'arbitrage et les mesures provisoires a fait l'objet des délibérations voulues et de larges consultations avec les gouvernements et les milieux intéressés et contribuera sensiblement à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé propice au règlement efficace et équitable des différends commerciaux internationaux,

Estimant que, dans le cadre de la modernisation des articles de la Loi type, la promotion d'une interprétation et d'une application uniformes de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958[2], est particulièrement opportune,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir formulé et adopté les articles révisés de sa Loi type sur l'arbitrage commercial international relatifs à la forme de la convention d'arbitrage et aux mesures provisoires, dont le texte est reproduit à l'annexe I du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-neuvième session[3], et recommande à tous les États d'envisager d'adopter les articles révisés de la Loi type, ou la Loi type révisée sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, lorsqu'ils adopteront ou réviseront leurs lois, étant entendu qu'il est souhaitable d'uniformiser le droit de l'arbitrage et de tenir compte des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international;

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I.
[2] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.

2. *Remercie également* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir formulé et adopté la recommandation reproduite à l'annexe II du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-neuvième session[3] concernant l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958[2];

3. *Prie* le Secrétaire général de ne ménager aucun effort pour que les articles révisés de la Loi type et la recommandation soient portés à la connaissance et mis à la disposition du plus grand nombre.

64e séance plénière
4 décembre 2006

---

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17).

Première partie

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

(Documents A/40/17, annexe I,
et A/61/17, annexe I)

(telle qu'adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985, et amendée par elle le 7 juillet 2006)

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Champ d'application[1]

1) La présente Loi s'applique à l'arbitrage commercial[2] international; elle ne porte atteinte à aucun accord multilatéral ou bilatéral en vigueur pour le présent État.

2) Les dispositions de la présente Loi, à l'exception des articles 8, 9, 17 H, 17 I, 17 J, 35 et 36, ne s'appliquent que si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent État.

(L'article 1-2 a été amendé par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006)

3) Un arbitrage est international si:
a) Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou

---

[1] Les titres des articles sont destinés uniquement à faciliter la lecture du texte et ne doivent pas être utilisés à des fi ns d'interprétation.

[2] Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes: toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; transactions bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement:

i) Le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention;

ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit;

c) Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays.

4) Aux fi ns du paragraphe 3 du présent article,

a) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention d'arbitrage;

b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

5) La présente Loi ne porte atteinte à aucune autre loi du présent État en vertu de laquelle certains différends ne peuvent être soumis à l'arbitrage ou ne peuvent l'être qu'en application de dispositions autres que celles de la présente Loi.

Article 2. Définitions et règles d'interprétation

Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "arbitrage" désigne tout arbitrage que l'organisation en soit ou non confiée à une institution permanente d'arbitrage;

b) L'expression "tribunal arbitral" désigne un arbitre unique ou un groupe d'arbitres;

c) Le terme "tribunal" désigne un organisme ou organe du système judiciaire d'un État;

d) Lorsqu'une disposition de la présente Loi, à l'exception de l'article 28, laisse aux parties la liberté de décider d'une certaine question, cette liberté emporte le droit pour les parties d'autoriser un tiers, y compris une institution, à décider de cette question;

e) Lorsqu'une disposition de la présente Loi se réfère au fait que les parties sont convenues ou peuvent convenir d'une question, ou se réfère de toute autre manière à une convention des parties, une telle convention englobe tout règlement d'arbitrage qui y est mentionné;

f) Lorsqu'une disposition de la présente Loi, autre que celles de l'alinéa *a* de l'article 25 et du paragraphe 2 *a* de l'article 32, se réfère à une demande, cette disposition s'applique également à une demande reconventionnelle et lorsqu'elle se réfère à des conclusions en défense, elle s'applique également à des conclusions en défense sur une demande reconventionnelle.

Article 2 A. Origine internationale et principes généraux

(tel qu'adopté par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006)

1) Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.

2) Les questions concernant les matières régies par la présente Loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire.

Article 3. Réception de communications écrites

1) Sauf convention contraire des parties,

a) Toute communication écrite est réputée avoir été reçue si elle a été remise soit à la personne du destinataire, soit à son établissement, à sa résidence habituelle ou à son adresse postale; si aucun de ces lieux n'a pu être trouvé après une enquête raisonnable, une communication écrite est réputée avoir été reçue si elle a été envoyée au dernier établissement, à la dernière résidence habituelle ou à la dernière adresse postale connus du destinataire par lettre recommandée ou tout autre moyen attestant la tentative de remise;

b) La communication est réputée avoir été reçue le jour d'une telle remise.

2) Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux communications échangées dans le cadre de procédures judiciaires.

Article 4. Renonciation au droit de faire objection

Est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection toute partie qui, bien qu'elle sache que l'une des dispositions de la présente Loi auxquelles les parties peuvent déroger, ou toute condition énoncée dans la convention d'arbitrage, n'a pas été respectée, poursuit néanmoins l'arbitrage sans formuler d'objection promptement ou, s'il est prévu un délai à cet effet, dans ledit délai.

Article 5. Domaine de l'intervention des tribunaux

Pour toutes les questions régies par la présente Loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit.

Article 6. Tribunal ou autre autorité chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage

Les fonctions mentionnées aux articles 11-3, 11-4, 13-3, 14, 16-3 et 34-2 sont confiées... [Chaque État adoptant la Loi type précise le tribunal, les tribunaux ou, lorsqu'elle y est mentionnée, une autre autorité compétents pour s'acquitter de ces fonctions.]

CHAPITRE II. CONVENTION D'ARBITRAGE

Option I

Article 7. Définition et forme de la convention d'arbitrage

(tel qu'adopté par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006)

1) Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2) La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite.

3) Une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si son contenu est consigné sous une forme quelconque, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens.

4) Une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement; le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données; le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie.

5) En outre, une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si elle est consignée dans un échange de conclusions en demande et en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

6) La référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

Option II

Article 7. Définition de la convention d'arbitrage

(tel qu'adopté par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006)

Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel.

Article 8. Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal

1) Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

2) Lorsque le tribunal est saisi d'une action visée au paragraphe 1 du présent article, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que le tribunal ait statué.

Article 9. Convention d'arbitrage et mesures provisoires prises par un tribunal

La demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage.

CHAPITRE III. COMPOSITION DU TRIBUNAL ARBITRAL

Article 10. Nombre d'arbitres

1) Les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres.

2) Faute d'une telle convention, il est nommé trois arbitres.

Article 11. Nomination de l'arbitre ou des arbitres

1) Nul ne peut, en raison de sa nationalité, être empêché d'exercer des fonctions d'arbitre, sauf convention contraire des parties.

2) Les parties sont libres de convenir de la procédure de nomination de l'arbitre ou des arbitres, sans préjudice des dispositions des paragraphes 4 et 5 du présent article.

3) Faute d'une telle convention,

a) En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux arbitres ainsi nommés choisissent le troisième arbitre; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie, ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le tribunal, ou autre autorité visé à l'article 6;

b) En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé, sur la demande d'une partie, par le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6.

4) Lorsque, durant une procédure de nomination convenue par les parties,

a) Une partie n'agit pas conformément à ladite procédure; ou

b) Les parties, ou deux arbitres, ne peuvent parvenir à un accord conformément à ladite procédure; ou

c) Un tiers, y compris une institution, ne s'acquitte pas d'une fonction qui lui est conférée dans ladite procédure, l'une ou l'autre partie peut prier le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 de prendre la mesure voulue, à moins que la convention relative à la procédure de nomination ne stipule d'autres moyens d'assurer cette nomination.

5) La décision sur une question confiée au tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 conformément aux paragraphes 3 ou 4 du présent article n'est pas susceptible de recours. Lorsqu'il nomme un arbitre, le tribunal tient compte de toutes les qualifications requises de l'arbitre par convention des parties et de toutes considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et, lorsqu'il nomme un arbitre unique ou un troisième arbitre, il tient également compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties.

Article 12. Motifs de récusation

1) Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. À partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans tarder de telles circonstances aux parties, à moins qu'il ne l'ait déjà fait.

2) Un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, ou si celui-ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties.
Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination.

Article 13. Procédure de récusation

1) Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, les parties sont libres de convenir de la procédure de récusation de l'arbitre.

2) Faute d'un tel accord, la partie qui a l'intention de récuser un arbitre expose par écrit les motifs de la récusation au tribunal arbitral, dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle elle a eu connaissance de la constitution du tribunal arbitral ou de la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées à l'article 12-2. Si l'arbitre récusé ne se déporte pas ou que l'autre partie n'accepte pas la récusation, le tribunal arbitral se prononce sur la récusation.

3) Si la récusation ne peut être obtenue selon la procédure convenue par les parties ou en application du paragraphe 2 du présent article, la partie récusante peut, dans un délai de trente jours après avoir eu communication de la décision rejetant la récusation, prier le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 de prendre sur la récusation une décision qui ne sera pas susceptible de recours; dans l'attente de cette décision, le tribunal arbitral, y compris l'arbitre récusé, peut poursuivre la procédure arbitrale et rendre une sentence.

Article 14. Carence ou incapacité d'un arbitre

1) Lorsqu'un arbitre se trouve dans l'impossibilité de droit ou de fait de remplir sa mission ou, pour d'autres raisons, ne s'acquitte pas de ses fonctions dans un délai raisonnable, son mandat prend fin s'il se déporte ou si les parties conviennent d'y mettre fin. Au cas où il subsiste un désaccord quant à l'un quelconque de ces motifs, l'une ou l'autre partie peut prier le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 de prendre une décision, qui ne sera pas susceptible de recours, sur la cessation du mandat.

2) Le fait que, en application du présent article ou de l'article 13-2, un arbitre se déporte ou qu'une partie accepte que le mandat d'un arbitre prenne fin n'implique pas reconnaissance des motifs mentionnés à l'article 12-2 ou dans le présent article.

Article 15. Nomination d'un arbitre remplaçant

Lorsqu'il est mis fin au mandat d'un arbitre conformément à l'article 13 ou 14, ou lorsque celui-ci se déporte pour toute autre raison, ou lorsque son mandat est révoqué par accord des parties ou dans tout autre cas où il est mis fin à son mandat, un arbitre remplaçant est nommé conformément aux règles qui étaient applicables à la nomination de l'arbitre remplacé.

CHAPITRE IV. COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

Article 16. Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence

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

2) L'exception d'incompétence du tribunal arbitral peut être soulevée au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense. Le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L'exception prise de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs du tribunal arbitral est soulevée dès que la question alléguée comme excédant ses pouvoirs est soulevée pendant la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est dû à une cause valable.

3) Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception visée au paragraphe 2 du présent article soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Si le tribunal arbitral détermine, à titre de question préalable, qu'il est compétent, l'une ou l'autre partie peut, dans un délai de trente jours après avoir été avisée de cette décision, demander au tribunal visé à l'article 6 de rendre une décision sur ce point, laquelle ne sera pas susceptible de recours; en attendant qu'il soit statué sur cette demande, le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence.

CHAPITRE IV A. MESURES PROVISOIRES ET ORDONNANCES PRÉLIMINAIRES

(tel qu'adopté par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006)

Section 1. Mesures provisoires

Article 17. Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires

1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner des mesures provisoires.

2) Une mesure provisoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le différend, le tribunal arbitral ordonne à une partie:

a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le différend ait été tranché;

b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, un préjudice immédiat ou imminent ou une atteinte au processus arbitral lui-même;

c) De fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure; ou

d) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du différend.

Article 17 A. Conditions d'octroi des mesures provisoires

1) La partie demandant une mesure provisoire en vertu des alinéas *a*, *b* et *c* du paragraphe 2 de l'article 17 convainc le tribunal arbitral:

a) Qu'un préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle la mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et

b) Qu'elle a des chances raisonnables d'obtenir gain de cause sur le fond du différend. La décision à cet égard ne porte pas atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.

2) En ce qui concerne une demande de mesure provisoire en vertu de l'alinéa *d* du paragraphe 2 de l'article 17, les conditions énoncées aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 du présent article ne s'appliquent que dans la mesure jugée appropriée par le tribunal arbitral.

Section 2. Ordonnances préliminaires

Article 17 B. Requêtes aux fi ns d'ordonnances préliminaires et conditions d'octroi des ordonnances préliminaires

1) Sauf convention contraire des parties, une partie peut présenter, sans le notifier à aucune autre partie, une demande de mesure provisoire ainsi qu'une requête aux fi ns d'ordonnance préliminaire enjoignant à une partie de ne pas compromettre la mesure provisoire demandée.

2) Le tribunal arbitral peut prononcer une ordonnance préliminaire à condition qu'il considère que la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure.

3) Les conditions défi nies à l'article 17 A s'appliquent à toute ordonnance préliminaire, pourvu que le préjudice à évaluer en vertu de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 17 A soit le préjudice qui sera probablement causé selon que l'ordonnance est prononcée ou non.

Article 17 C. Régime spécifique applicable aux ordonnances préliminaires

1) Immédiatement après s'être prononcé sur une requête aux fi ns d'ordonnance préliminaire, le tribunal arbitral notifie à toutes les parties la demande de mesure provisoire, la requête aux fi ns d'ordonnance préliminaire, l'ordonnance préliminaire éventuellement prononcée et toutes autres communications y afférentes, entre une partie quelconque et le tribunal arbitral, y compris en indiquant le contenu de toute communication orale.

2) Concomitamment, le tribunal arbitral donne à toute partie contre laquelle une ordonnance préliminaire est dirigée la possibilité de faire valoir ses droits dès que possible.

3) Le tribunal arbitral se prononce rapidement sur toute contestation de l'ordonnance préliminaire.

4) Une ordonnance préliminaire expire après vingt jours à compter de la date à laquelle elle a été prononcée par le tribunal arbitral. Toutefois, ce dernier peut prononcer une mesure provisoire qui adopte ou modifie l'ordonnance préliminaire, après que la partie contre laquelle cette ordonnance est dirigée a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de faire valoir ses droits.

5) Une ordonnance préliminaire s'impose aux parties, mais n'est pas susceptible d'exécution par un tribunal. Cette ordonnance préliminaire ne constitue pas une sentence.

Section 3. Dispositions applicables aux mesures provisoires et aux ordonnances préliminaires

Article 17 D. Modification, suspension, rétractation

Le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou rétracter une mesure provisoire ou une ordonnance préliminaire qu'il a prononcée, à la demande de l'une des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles et à condition de le notifier préalablement aux parties, de sa propre initiative.

Article 17 E. Constitution d'une garantie

1) Le tribunal arbitral peut exiger que la partie qui demande une mesure provisoire constitue une garantie appropriée en rapport avec la mesure.

2) Le tribunal arbitral exige que la partie qui requiert une ordonnance préliminaire constitue une garantie en rapport avec l'ordonnance, sauf s'il le juge inapproprié ou inutile.

Article 17 F. Information

1) Le tribunal arbitral peut exiger d'une partie quelconque qu'elle communique sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles la mesure a été demandée ou accordée.

2) La partie qui requiert une ordonnance préliminaire informe le tribunal arbitral de toutes les circonstances que ce dernier est susceptible de juger pertinentes pour sa décision de prononcer ou de maintenir l'ordonnance, et cette obligation s'applique jusqu'à ce que la partie contre laquelle l'ordonnance a été requise ait eu la possibilité de faire valoir ses droits. Par la suite, le paragraphe 1 du présent article s'applique.

Article 17 G. Frais et dommages

La partie qui demande une mesure provisoire ou qui requiert une ordonnance préliminaire est responsable de tous les frais et de tous les dommages causés par la mesure ou l'ordonnance à une partie quelconque, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure ou l'ordonnance n'aurait pas dû être prononcée. Le tribunal arbitral peut accorder réparation pour ces frais et dommages à tout moment pendant la procédure.

Section 4. Reconnaissance et exécution des mesures provisoires

Article 17 H. Reconnaissance et exécution

1) Une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme ayant force obligatoire et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est exécutée sur demande adressée au tribunal compétent, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions de l'article 17 I.

2) La partie qui demande ou a obtenu la reconnaissance ou l'exécution d'une mesure provisoire informe sans retard le tribunal de toute rétractation, suspension ou modification de cette mesure.

3) Le tribunal de l'État où est demandée la reconnaissance ou l'exécution peut, s'il le juge bon, ordonner au demandeur de constituer une garantie appropriée si le tribunal arbitral ne s'est pas déjà prononcé concernant la garantie ou lorsqu'une telle décision est nécessaire pour protéger les droits de tiers.

Article 17 I. Motifs du refus de la reconnaissance ou de l'exécution[3]

1) La reconnaissance ou l'exécution d'une mesure provisoire ne peut être refusée que:

a) À la demande de la partie contre laquelle cette mesure est invoquée, si le tribunal a la conviction:

i) Que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a i, ii, iii ou iv; ou

ii) Que la décision du tribunal arbitral concernant la constitution d'une garantie en rapport avec la mesure provisoire qu'il a prononcée n'a pas été respectée; ou

iii) Que la mesure provisoire a été rétractée ou suspendue par le tribunal arbitral ou, lorsqu'il y est habilité, annulée ou suspendue par le tribunal de l'État dans lequel a lieu l'arbitrage ou conformément à la loi duquel cette mesure a été accordée; ou

b) Si le tribunal constate:

i) Que la mesure provisoire est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés, à moins qu'il ne décide de reformuler cette mesure autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fi ns de la faire exécuter sans en modifier le fond; ou

[3] Les conditions énoncées dans l'article 17 I visent à limiter le nombre de cas où le tribunal peut refuser l'exécution d'une mesure provisoire. L'harmonisation recherchée par les dispositions types ne serait pas compromise si un État décidait de retenir un nombre inférieur de motifs de refus.

ii) Que l'un quelconque des motifs exposés à l'article 36-1 *b* i ou ii s'applique à la reconnaissance et à l'exécution de la mesure provisoire.

2) Toute décision prise par le tribunal pour l'un quelconque des motifs exposés au paragraphe 1 du présent article n'a d'effet qu'aux fi ns de la demande de reconnaissance et d'exécution de la mesure provisoire. Le tribunal auprès duquel la reconnaissance ou l'exécution est demandée n'examine pas, lorsqu'il prend sa décision, la mesure provisoire quant au fond.

Section 5. Mesures provisoires ordonnées par un tribunal

Article 17 J. Mesures provisoires ordonnées par un tribunal

Un tribunal dispose, pour prononcer une mesure provisoire en relation avec une procédure d'arbitrage, qu'elle ait ou non son lieu sur le territoire du présent État, du même pouvoir que celui dont il dispose en relation avec une procédure judiciaire. Il exerce ce pouvoir conformément à ses propres procédures en tenant compte des particularités d'un arbitrage international.

CHAPITRE V. CONDUITE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE

Article 18. Égalité de traitement des parties

Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits.

Article 19. Détermination des règles de procédure

1) Sous réserve des dispositions de la présente Loi, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral.

2) Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut, sous réserve des dispositions de la présente Loi, procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Les pouvoirs conférés au tribunal arbitral comprennent celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite.

Article 20. Lieu de l'arbitrage

1) Les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral, compte tenu des circonstances de l'affaire, y compris les convenances des parties.

2) Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral peut, sauf convention contraire des parties, se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour l'organisation de consultations entre ses membres, l'audition des témoins, des experts ou des parties, ou pour l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces.

Article 21. Début de la procédure arbitrale

Sauf convention contraire des parties, la procédure arbitrale concernant un différend déterminé débute à la date à laquelle la demande de soumission de ce différend à l'arbitrage est reçue par le défendeur.

Article 22. Langue

1) Les parties sont libres de convenir de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure arbitrale. Faute d'un tel accord, le tribunal arbitral décide de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure. Cet accord ou cette décision, à moins qu'il n'en soit convenu ou décidé autrement, s'appliquent à toute déclaration écrite d'une partie, à toute procédure orale et à toute sentence, décision ou autre communication du tribunal arbitral.

2) Le tribunal arbitral peut ordonner que toute pièce soit accompagnée d'une traduction dans la langue ou les langues convenues par les parties ou choisies par le tribunal arbitral.

Article 23. Conclusions en demande et en défense

1) Dans le délai convenu par les parties ou fixé par le tribunal arbitral, le demandeur énonce les faits au soutien de sa demande, les points litigieux et l'objet de la demande et le défendeur énonce ses défenses à propos de ces questions, à moins que les parties ne soient autrement convenues des indications devant figurer dans les conclusions. Les parties peuvent accompagner leurs conclusions de toutes pièces qu'elles jugeront pertinentes ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'elles produiront.

2) Sauf convention contraire des parties, l'une ou l'autre partie peut modifier ou compléter sa demande ou ses défenses, au cours de la procédure arbitrale, à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser un tel amendement en raison du retard avec lequel il est formulé.

Article 24. Procédure orale et procédure écrite

1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral décide si la procédure doit comporter des phases orales pour la production de preuves ou pour l'exposé oral des arguments, ou si elle se déroulera sur pièces.
Cependant, à moins que les parties ne soient convenues qu'il n'y aura pas de procédure orale, le tribunal arbitral organise une telle procédure à un stade approprié de la procédure arbitrale, si une partie lui en fait la demande.

2) Les parties recevront suffisamment longtemps à l'avance notification de toutes audiences et de toutes réunions du tribunal arbitral tenues aux fi ns de l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces.

3) Toutes les conclusions, pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées à l'autre partie. Tout rapport d'expert ou document présenté en tant que preuve sur lequel le tribunal pourrait s'appuyer pour statuer doit également être communiqué aux parties.

Article 25. Défaut d'une partie

Sauf convention contraire des parties, si, sans invoquer d'empêchement légitime,

a) Le demandeur ne présente pas sa demande conformément à l'article 23-1, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale;

b) Le défendeur ne présente pas ses défenses conformément à l'article 23-1, le tribunal arbitral poursuit la procédure arbitrale sans considérer ce défaut en soi comme une acceptation des allégations du demandeur;

c) L'une des parties omet de comparaître à l'audience ou de produire des documents, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure et statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose.

Article 26. Expert nommé par le tribunal arbitral

1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral,

a) Peut nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport sur les points précis qu'il déterminera;

b) Peut demander à une partie de fournir à l'expert tous renseignements appropriés ou de lui soumettre ou de lui rendre accessibles, aux fins d'examen, toutes pièces ou toutes marchandises ou autres biens pertinents.

2) Sauf convention contraire des parties, si une partie en fait la demande ou si le tribunal arbitral le juge nécessaire, l'expert, après présentation de son rapport écrit ou oral, participe à une audience à laquelle les parties peuvent l'interroger et faire venir en qualité de témoins des experts qui déposent sur les questions litigieuses.

Article 27. Assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves

Le tribunal arbitral, ou une partie avec l'approbation du tribunal arbitral, peut demander à un tribunal compétent du présent État une assistance pour l'obtention de preuves. Le tribunal peut satisfaire à cette demande, dans les limites de sa compétence et conformément aux règles relatives à l'obtention de preuves.

CHAPITRE VI. PRONONCÉ DE LA SENTENCE ET CLÔTURE DE LA PROCÉDURE

Article 28. Règles applicables au fond du différend

1) Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend.
Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un État donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet État et non ses règles de conflit de lois.

2) À défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.

3) Le tribunal arbitral statue *ex aequo et bono* ou en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé.

4) Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction.

Article 29. Prise de décisions par plusieurs arbitres

Dans une procédure arbitrale comportant plus d'un arbitre, toute décision du tribunal arbitral est, sauf convention contraire des parties, prise à la majorité de tous ses membres. Toutefois, les questions de procédure peuvent être tranchées par un arbitre président, si ce dernier y est autorisé par les parties ou par tous les membres du tribunal arbitral.

Article 30. Règlement par accord des parties

1) Si, durant la procédure arbitrale, les parties s'entendent pour régler le différend, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale et, si les parties lui en font la demande et s'il n'y voit pas d'objection, constate le fait par une sentence arbitrale rendue par accord des parties.

2) La sentence d'accord des parties est rendue conformément aux dispositions de l'article 31 et mentionne le fait qu'il s'agit d'une sentence. Une telle sentence a le même statut et le même effet que toute autre sentence prononcée sur le fond de l'affaire.

Article 31. Forme et contenu de la sentence

1) La sentence est rendue par écrit et signée par l'arbitre ou les arbitres.
Dans la procédure arbitrale comprenant plusieurs arbitres, les signatures de la majorité des membres du tribunal arbitral suffi sent, pourvu que soit mentionnée la raison de l'omission des autres.

2) La sentence est motivée, sauf si les parties sont convenues que tel ne doit pas être le cas ou s'il s'agit d'une sentence rendue par accord des parties conformément à l'article 30.

3) La sentence mentionne la date à laquelle elle est rendue, ainsi que le lieu de l'arbitrage déterminé conformément à l'article 20-1. La sentence est réputée avoir été rendue audit lieu.

4) Après le prononcé de la sentence, une copie signée par l'arbitre ou les arbitres conformément au paragraphe 1 du présent article en est remise à chacune des parties.

Article 32. Clôture de la procédure

1) La procédure arbitrale est close par le prononcé de la sentence définitive ou par une ordonnance de clôture rendue par le tribunal arbitral conformément au paragraphe 2 du présent article.

2) Le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure arbitrale lorsque:

a) Le demandeur retire sa demande, à moins que le défendeur y fasse objection et que le tribunal arbitral reconnaisse qu'il a légitimement intérêt à ce que le différend soit définitivement réglé;

b) Les parties conviennent de clore la procédure;

c) Le tribunal arbitral constate que la poursuite de la procédure est, pour toute autre raison, devenue superflue ou impossible.

3) Le mandat du tribunal arbitral prend fin avec la clôture de la procédure arbitrale, sous réserve des dispositions de l'article 33 et du paragraphe 4 de l'article 34.

Article 33. Rectification et interprétation de la sentence et sentence additionnelle

1) Dans les trente jours qui suivent la réception de la sentence, à moins que les parties ne soient convenues d'un autre délai,

a) Une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature;

b) Si les parties en sont convenues, une partie peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de donner une interprétation d'un point ou passage précis de la sentence.
Si le tribunal arbitral considère que la demande est justifiée, il fait la rectification ou donne l'interprétation dans les trente jours qui suivent la réception de la demande. L'interprétation fait partie intégrante de la sentence.

2) Le tribunal arbitral peut, de son propre chef, rectifier toute erreur du type visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du présent article dans les trente jours qui suivent la date de la sentence.

3) Sauf convention contraire des parties, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral, dans les trente jours qui suivent la réception de la sentence, de rendre une sentence additionnelle sur des chefs de demande exposés au cours de la procédure arbitrale mais omis dans la sentence. S'il juge la demande justifiée, le tribunal arbitral complète sa sentence dans les soixante jours.

4) Le tribunal arbitral peut prolonger, si besoin est, le délai dont il dispose pour rectifier, interpréter ou compléter la sentence en vertu du paragraphe 1 ou 3 du présent article.

5) Les dispositions de l'article 31 s'appliquent à la rectification ou l'interprétation de la sentence ou à la sentence additionnelle.

CHAPITRE VII. RECOURS CONTRE LA SENTENCE

Article 34. La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale

1) Le recours formé devant un tribunal contre une sentence arbitrale ne peut prendre la forme que d'une demande d'annulation conformément aux paragraphes 2 et 3 du présent article.

2) La sentence arbitrale ne peut être annulée par le tribunal visé à l'article 6 que si:

a) La partie en faisant la demande apporte la preuve:

i) Qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du présent État; ou

ii) Qu'elle n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou

iii) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée; ou

iv) Que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente Loi à laquelle les parties ne peuvent déroger, ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la présente Loi; ou

b) Le tribunal constate:

i) Que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent État; ou

ii) Que la sentence est contraire à l'ordre public du présent État.

3) Une demande d'annulation ne peut être présentée après l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la partie présentant cette demande a reçu communication de la sentence ou, si une demande a été faite en vertu de l'article 33, à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral a pris une décision sur cette demande.

4) Lorsqu'il est prié d'annuler une sentence, le tribunal peut, le cas échéant et à la demande d'une partie, suspendre la procédure d'annulation pendant une période dont il fixe la durée afin de donner au tribunal arbitral la possibilité de reprendre la procédure arbitrale ou de prendre toute autre mesure que ce dernier juge susceptible d'éliminer les motifs d'annulation.

CHAPITRE VIII. RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES SENTENCES

Article 35. Reconnaissance et exécution

1) La sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire et, sur requête adressée par écrit au tribunal compétent, est exécutée sous réserve des dispositions du présent article et de l'article 36.

2) La partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original ou une copie. Si ladite sentence n'est pas rédigée dans une langue officielle du présent État, le tribunal peut demander à la partie d'en produire une traduction dans cette langue[4].

(L'article 35-2 a été amendé par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006)

Article 36. Motifs du refus de la reconnaissance ou de l'exécution

1) La reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, ne peut être refusée que:

a) Sur la demande de la partie contre laquelle elle est invoquée, si ladite partie présente au tribunal compétent auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution la preuve:

i) Qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou

ii) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou

iii) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions soumises à l'arbitrage pourra être reconnue et exécutée; ou

iv) Que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut d'une telle convention, à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou

v) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties, ou a été annulée ou suspendue par un tribunal du pays dans lequel, ou en vertu de la loi duquel elle a été rendue; ou

---

[4]Les conditions mentionnées dans ce paragraphe visent à énoncer les normes les plus strictes. Il ne serait donc pas contraire à l'harmonisation recherchée par la Loi type qu'un État conserve une procédure moins rigoureuse.

b) Si le tribunal constate que:

i) L'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent État; ou que

ii) La reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public du présent État.

2) Si une demande d'annulation ou de suspension d'une sentence a été présentée à un tribunal visé au paragraphe 1 *a* v du présent article, le tribunal auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution peut, s'il le juge approprié, surseoir à statuer et peut aussi, à la requête de la partie demandant la reconnaissance ou l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables.

Deuxième partie

Note explicative du secrétariat de la CNUDCI relative à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 telle qu'amendée en 2006[1]

1. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (la "Loi type") a été adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) le 21 juin 1985, à l'issue de sa dix-huitième session. L'Assemblée générale, dans sa résolution 40/72 du 11 décembre 1985, a recommandé "que tous les États prennent dûment en considération la Loi type sur l'arbitrage commercial international en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures arbitrales et des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international". La Commission a amendé la Loi type le 7 juillet 2006, à sa trente-neuvième session (voir ci-après les paragraphes 4, 19, 20, 27, 29 et 53). Dans sa résolution 61/33 du 4 décembre 2006, l'Assemblée générale a recommandé "à tous les États d'envisager d'adopter les articles révisés de la Loi type, ou la Loi type révisée sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, lorsqu'ils adopteront ou réviseront leurs lois (...)".

2. La Loi type constitue une base solide pour l'harmonisation et l'amélioration voulues des législations nationales. Elle couvre toutes les étapes du processus arbitral, depuis la convention d'arbitrage jusqu'à la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, et traduit un consensus mondial sur les principes et les points importants de la pratique de l'arbitrage international. Elle est acceptable pour les États de toutes les régions et pour les différents systèmes juridiques ou économiques du monde entier. Depuis son adoption par la CNUDCI, elle s'est imposée comme la référence législative internationale pour un droit de l'arbitrage moderne et a servi de base à la législation arbitrale d'un grand nombre de pays.

3. La forme d'une loi type a été choisie comme instrument d'harmonisation et de modernisation en raison de la souplesse qu'elle offre aux États pour l'élaboration de nouvelles législations sur l'arbitrage. Nonobstant cette flexibilité, et afin qu'un degré d'harmonisation satisfaisant ait plus de chances d'être atteint, les États sont encouragés à apporter le moins de changements possibles à la Loi type lorsqu'ils l'incorporent à leur système juridique. Les efforts pour s'écarter le moins possible du texte de la CNUDCI devraient également rendre l'harmonisation plus visible et, partant, renforcer la confiance des parties étrangères, qui sont les principaux utilisateurs de l'arbitrage international, dans la fiabilité du droit de l'arbitrage de l'État adoptant.

---

[1] La présente note a été rédigée par le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à des fi ns d'information exclusivement; elle ne constitue pas un commentaire officiel de la Loi type. Une note établie par le secrétariat sur une version antérieure du texte de la Loi type avait été publiée sous la cote A/CN.9/264 (document reproduit dans l'Annuaire de la CNUDCI, vol. XVI – 1985) (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.4).

4. La version révisée de la Loi type adoptée en 2006 comprend un article 2 A, qui est destiné à faciliter l'interprétation du texte en faisant appel à des principes internationalement acceptés et qui vise à promouvoir une compréhension uniforme de la Loi. D'autres modifications substantielles apportées à cette dernière ont rapport à la forme de la convention d'arbitrage et aux mesures provisoires. Dans sa version initiale de 1985, l'article 7 sur la forme de la convention d'arbitrage s'inspirait du libellé du paragraphe 2 de l'article II de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (ci-après "la Convention de New York"). Il a été révisé afin de tenir compte de l'évolution de la pratique du commerce international et des progrès technologiques. On a par ailleurs jugé nécessaire de modifier en profondeur l'article 17 sur les mesures provisoires, face au recours de plus en plus fréquent à ces mesures dans la pratique de l'arbitrage commercial international. L'article révisé prévoit également un régime d'exécution pour les mesures provisoires car l'efficacité de l'arbitrage dépend souvent de la possibilité de faire exécuter celles-ci. Les nouvelles dispositions sont contenues dans un nouveau chapitre de la Loi type consacré aux mesures provisoires et aux ordonnances préliminaires (chapitre IV A).

A. Historique de la Loi type

5. La Loi type a été élaborée pour remédier aux grandes disparités entre les législations nationales sur l'arbitrage. La nécessité d'une amélioration et d'une harmonisation est apparue lorsqu'on a constaté que, bien souvent, les lois nationales étaient particulièrement inadaptées aux arbitrages internationaux.

1. Inadaptation des lois nationales

6. Les législations nationales obsolètes comportent souvent des dispositions qui assimilent la procédure arbitrale à la procédure judiciaire et des dispositions fragmentaires qui ne traitent pas toutes les questions de droit matériel pertinentes. Même la plupart des lois qui paraissent à jour et complètes ont été conçues essentiellement, sinon exclusivement, dans l'optique d'un arbitrage national. Cette approche est compréhensible, puisque aujourd'hui encore l'essentiel des litiges régis par le droit de l'arbitrage est de caractère strictement interne; il en résulte malheureusement que des concepts traditionnels locaux sont imposés pour des affaires internationales et que les besoins de la pratique moderne ne sont généralement pas satisfaisants.

7. Les attentes des parties telles que celles-ci les ont exprimées en optant pour un règlement d'arbitrage ou en concluant une convention d'arbitrage "particulière" peuvent être déçues, surtout du fait de dispositions impératives prévues dans la loi applicable. Des restrictions inattendues et indésirables imposées par les lois nationales peuvent empêcher les parties par exemple de soumettre des différends futurs à l'arbitrage, de choisir librement l'arbitrage ou de subordonner la conduite de l'arbitrage à des règles de procédure convenues sans que les tribunaux étatiques interviennent plus qu'il n'est indispensable. Les attentes des parties risquent aussi d'être déçues du fait de dispositions supplétives qui peuvent leur imposer des conditions indésirables si elles n'ont pas eu la vigilance de prévoir des dispositions contraires lors de la rédaction de leur convention d'arbitrage. Même l'absence de disposition législative peut créer des difficultés en laissant tout simplement sans réponse certaines des nombreuses questions de procédure qui se posent dans un arbitrage et ne sont pas toujours réglées par la convention d'arbitrage. La Loi type est destinée à réduire le risque de telles déceptions, difficultés ou surprises.

2. Disparités entre les lois nationales

8. Les problèmes qui découlent de l'inadéquation des lois sur l'arbitrage ou de l'absence de législation spécifique dans ce domaine sont aggravés par les importantes disparités entre les lois nationales. Ces divergences suscitent fréquemment des préoccupations en cas d'arbitrage international, où l'une des parties au moins, et bien souvent les deux, sont aux prises avec des dispositions et des procédures étrangères dont elles n'ont pas l'habitude. Dans ces circonstances, il est généralement coûteux, difficile voire impossible d'obtenir des indications précises et complètes sur la loi applicable à l'arbitrage.

9. Les incertitudes sur la législation interne — avec le risque de déception qu'elles comportement inévitablement — peuvent compromettre le fonctionnement du processus arbitral, mais aussi avoir un impact sur le choix du lieu de l'arbitrage. Elles font qu'une partie pourra hésiter à accepter, ou tout simplement refuser, un lieu qui par ailleurs conviendrait pour des raisons pratiques. En revanche, les parties disposent d'un plus grand choix de lieux d'arbitrage acceptables et le bon déroulement de la procédure d'arbitrage se trouve facilité lorsque les États adoptent la Loi type, qui est facilement reconnaissable, répond aux besoins particuliers de l'arbitrage commercial international et constitue un standard international fondé sur des solutions acceptables pour les parties issues de systèmes juridiques différents.

B. Principales caractéristiques de la Loi type

1. Régime procédural spécial pour l'arbitrage commercial international

10. Les principes et les solutions adoptés dans la Loi type visent à réduire ou à éliminer les préoccupations et difficultés mentionnées plus haut. Pour remédier à l'inadéquation des lois nationales et aux disparités entre elles, la Loi type présente un régime juridique spécial adapté à l'arbitrage commercial international sans porter atteinte à aucun traité en vigueur en la matière dans l'État adoptant. Bien que la Loi type ait été élaborée dans l'optique de l'arbitrage commercial international, elle propose un ensemble de règles fondamentales qui ne sont pas, en elles-mêmes, inadaptées à d'autres types d'arbitrage. Les États peuvent donc envisager d'étendre leur législation incorporant la Loi type aux litiges nationaux, comme l'ont déjà fait un certain nombre d'États adoptants.

a) *Champ d'application matériel et territorial*

11. L'article premier défi nit le champ d'application de la Loi type par référence à la notion d'"arbitrage commercial international". Selon la Loi type, un arbitrage est international si "les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents" (art. premier, par. 3). La grande majorité des situations généralement considérées comme internationales satisfont à ce critère. En outre, le paragraphe 3 de cet article élargit la notion d'internationalité de sorte que la Loi type s'applique aussi lorsque le lieu de l'arbitrage, le lieu de l'exécution du contrat ou le lieu avec lequel l'objet du différend a un lien se trouvent en dehors de l'État où les parties ont leur établissement ou lorsque les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays. L'article premier reconnaît donc largement la liberté des parties de soumettre un litige au régime juridique établi par la Loi type.

12. La Loi type ne donne pas une définition stricte du terme "commercial". La note qui accompagne le paragraphe 1 de l'article premier préconise une interprétation "au sens large" et présente une liste illustrative et non exhaustive de relations pouvant être décrites comme ayant un caractère commercial qu'elles soient "contractuelle[s] ou non contractuelle[s]". Elle vise à déjouer toute difficulté technique qui pourrait survenir par exemple lorsqu'il s'agit de déterminer quelles opérations devraient être régies par des règles déterminées de "droit commercial" pouvant exister dans certains systèmes juridiques.

13. L'article premier défi nit aussi le champ d'application du point de vue territorial. Son paragraphe 2 dispose que la Loi type, telle qu'incorporée dans la législation d'un État, ne s'applique que si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire dudit État. Toutefois, il prévoit également d'importantes exceptions à ce principe. En effet, certains articles s'appliquent que le lieu de l'arbitrage soit situé dans l'État adoptant ou non (voire, le cas échéant, avant que ce lieu soit déterminé). Il s'agit de l'article 8, paragraphe 1, et de l'article 9, qui traitent de la reconnaissance des conventions d'arbitrage et notamment de leur compatibilité avec les mesures provisoires prises par un juge étatique, de l'article 17 J sur les mesures provisoires ordonnées par un tribunal étatique, des articles 17 H et 17 I sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires prononcées par un tribunal arbitral, et des articles 35 et 36 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales.

14. Le critère territorial qui régit la plupart des dispositions de la Loi type, a été adopté par sécurité et compte tenu des faits ci-après. Dans la plupart des systèmes juridiques, le lieu de l'arbitrage est le critère exclusif pour déterminer l'applicabilité de la loi nationale et, lorsque cette dernière autorise les parties à choisir les règles de procédure d'un État autre que celui où a lieu l'arbitrage, l'expérience montre qu'elles se prévalent rarement de cette possibilité. Incidemment, l'incorporation de la Loi type réduit la nécessité, pour les parties, de choisir une législation "étrangère" puisque la Loi leur laisse une grande latitude pour déterminer les règles de la procédure arbitrale. Le critère territorial non seulement désigne la loi régissant la procédure arbitrale mais présente également une importance pratique considérable pour les articles 11, 13, 14, 16, 27 et 34, qui confient aux tribunaux de l'État du lieu de l'arbitrage des fonctions de contrôle et d'assistance dans le cadre de l'arbitrage. Il convient de noter que le critère territorial qui dépend juridiquement du choix du lieu de l'arbitrage par les parties n'empêche pas le tribunal arbitral de se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour conduire la procédure, comme le prévoit le paragraphe 2 de l'article 20.

b) *Délimitation de l'assistance et du contrôle des tribunaux étatiques*

15. Les révisions récentes des lois sur l'arbitrage, traduisent le souci de limiter et de définir clairement l'intervention des tribunaux étatiques dans l'arbitrage commercial international. Ce souci se justifie par le fait que les parties à une convention d'arbitrage ont décidé de leur plein gré d'exclure la compétence de ces tribunaux et préfèrent la rapidité et le caractère définitif du processus arbitral.

16. Dans cet esprit, la Loi type prévoit l'intervention des tribunaux étatiques dans deux catégories de cas. D'une part, l'intervention est envisagée pour les questions de nomination et de récusation d'un arbitre, de cessation de son mandat (art. 11, 13 et 14), de compétence du tribunal arbitral (art. 16) et d'annulation de la sentence arbitrale (art. 34). Ces cas sont énumérés à l'article 6 comme étant ceux où, pour des raisons de centralisation, de spécialisation et d'efficacité, les fonctions prévues devraient être confiées à un tribunal étatique spécialement désigné ou éventuellement, s'agissant des articles 11, 13 et 14, à une autre autorité (une institution arbitrale ou une chambre de commerce par exemple). D'autre part, les tribunaux étatiques peuvent être amenés à intervenir pour faciliter l'obtention de preuves (art. 27), pour reconnaître la convention d'arbitrage, y compris sa compatibilité avec les mesures provisoires qu'ils ordonnent (art. 8 et 9), pour ordonner des mesures provisoires (art. 17 J) et pour reconnaître et faire exécuter des mesures provisoires (art. 17 H et 17 I) et des sentences arbitrales (art. 35 et 36).

17. En dehors de ces deux catégories de cas, "les tribunaux ne peuvent intervenir" dans aucune des questions régies par la présente loi. De cette manière, l'article 5 garantit que tous les cas possibles d'intervention des tribunaux étatiques soient énumérés dans la législation incorporant la Loi type, exception faite des questions qui ne sont pas régies par elle (par exemple la jonction des procédures arbitrales, les relations contractuelles entre les arbitres et les parties ou les institutions arbitrales, ou la détermination des frais et des honoraires, y compris les cautions). Il est essentiel de protéger le processus arbitral face aux interventions imprévisibles ou perturbatrices des tribunaux étatiques pour les parties qui choisissent l'arbitrage (en particulier les parties étrangères).

2. Convention d'arbitrage

18. Le chapitre II de la Loi type a trait à la convention d'arbitrage, en particulier à sa reconnaissance par les tribunaux étatiques.

a) ***Définition et forme de la convention d'arbitrage***

19. Dans sa version initiale de 1985, l'article 7 sur la définition et la forme de la convention d'arbitrage suivait de près le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York, lequel exige que la convention d'arbitrage soit sous forme écrite. Si les parties ont décidé d'avoir recours à l'arbitrage mais que leur convention d'arbitrage ne respecte pas cette exigence de forme, l'une ou l'autre sera fondée à contester la compétence du tribunal arbitral. Les praticiens ont fait observer que dans un certain nombre de situations, il était difficile, voire impossible, de rédiger un document écrit. Dans ces cas, lorsque la volonté des parties d'avoir recours à l'arbitrage était incontestable, la validité de la convention d'arbitrage devrait être reconnue. C'est pourquoi la Commission a modifié l'article 7 en 2006 pour mieux tenir compte des pratiques en matière de contrats internationaux. Ce faisant, elle a adopté deux options qui reflètent deux manières différentes de traiter la question de la définition et de la forme de la convention d'arbitrage. La première option suit la structure détaillée du texte initial de 1985. Elle confirme la validité et l'effet de l'engagement pris par écrit par les parties de soumettre à l'arbitrage un différend existant ("compromis") ou futur ("clause compromissoire"). Elle suit la Convention de New York, en ce qu'elle exige que la convention d'arbitrage soit sous forme écrite mais considère, comme équivalant à l'"écrit" traditionnel, le fait que le "contenu" de la convention soit "consigné sous une forme quelconque". La convention d'arbitrage peut être conclue sous n'importe quelle forme (y compris orale) pour autant que son contenu soit consigné. Cette nouvelle règle est importante car elle n'exige plus ni signature ni échange de messages de la part des parties. Elle modernise le langage relatif à l'utilisation du commerce électronique en s'inspirant de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996 et de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux de 2005. Elle s'applique à l'"échange de conclusions en demande et en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre" et prévoit aussi que "la référence dans un contrat à tout document" (des conditions générales par exemple) "contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat". Elle indique donc clairement que l'on peut toujours avoir recours au droit des contrats applicable afin de déterminer le degré de consentement nécessaire pour qu'une partie soit liée par une convention d'arbitrage qui aurait été conclue "par référence". La deuxième option défi nit la convention d'arbitrage de façon à ne poser aucune exigence de forme. La Commission n'a exprimé aucune préférence pour l'une ou l'autre option, les États adoptants pouvant faire leur choix en fonction de leurs besoins particuliers et du contexte juridique dans lequel la Loi type est incorporée, notamment de leur droit général des contrats. Les deux options visent à préserver la force obligatoire des conventions d'arbitrage telle que prévue dans la Convention de New York.

20. À cet égard, la Commission a aussi adopté, à sa trente-neuvième session en 2006, une "Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958" (A/61/17, annexe 2)[2]. Dans sa résolution 61/33 du 4 décembre 2006, l'Assemblée générale a noté que "dans le cadre de la modernisation des articles de la Loi type, la promotion d'une interprétation et d'une application uniformes de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958, est particulièrement opportune". La recommandation a été rédigée compte tenu de l'utilisation de plus en plus étendue du commerce électronique ainsi que des lois internes et de la jurisprudence, plus favorables que la Convention de New York à l'égard de l'exigence de forme régissant les conventions d'arbitrage, les procédures d'arbitrage et l'exécution des sentences arbitrales. La recommandation encourage les États à appliquer le paragraphe 2 de l'article II de la Convention en "reconnaissant que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs". Elle les incite en outre à adopter l'article 7 révisé de la Loi type, dont les deux options prévoient un régime plus favorable pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales que celui de la Convention de New York. Conformément au principe de la "loi la plus favorable" posé au paragraphe 1 de l'article VII de cette Convention, la recommandation précise que "toute partie intéressée" devrait être autorisée à "se prévaloir des droits qu'elle pourrait avoir, en vertu de la législation ou des traités du pays où une convention d'arbitrage est invoquée, de demander que soit reconnue la validité de cette convention".

b) *Convention d'arbitrage et tribunaux étatiques*

21. Les articles 8 et 9 portent sur deux aspects importants des relations complexes entre la convention d'arbitrage et le recours aux tribunaux étatiques. Le paragraphe 1 de l'article 8 de la Loi type, calqué sur le paragraphe 3 de l'article II de la Convention de New York, oblige le tribunal étatique à renvoyer les parties à l'arbitrage s'il est saisi d'un différend sur une question visée par une convention d'arbitrage, à moins qu'il ne constate que la convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée. Le renvoi doit être demandé par l'une des parties, au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend. Cette disposition, quand elle est adoptée par un État incorporant la Loi type, ne s'impose par sa nature qu'aux tribunaux de cet État. Toutefois, puisque la portée de l'article 8 n'est pas limitée aux conventions prévoyant que l'arbitrage se déroulera dans l'État adoptant, il favorise la reconnaissance et l'application universelles des conventions d'arbitrage commercial international.

[2] Reproduite ci-après dans la troisième partie.

22. L'article 9 énonce le principe selon lequel les mesures provisoires ou conservatoires susceptibles d'être prononcées par les tribunaux étatiques en application de leurs règles de procédure (par exemple les saisies conservatoires) sont compatibles avec une convention d'arbitrage. Cette disposition s'adresse en définitive aux tribunaux de n'importe quel État, dans la mesure où elle établit la compatibilité entre les mesures provisoires qu'un juge est susceptible de prendre et une convention d'arbitrage, quel que soit le lieu de l'arbitrage. Une demande de mesures provisoires adressée à un tribunal étatique ne peut être invoquée, en vertu de la Loi type, pour renoncer à la convention d'arbitrage ni en contester l'existence ou l'effet.

3. Composition du tribunal arbitral

23. Le chapitre III contient un certain nombre de dispositions détaillées se rapportant à la nomination, à la récusation, à la fin du mandat et au remplacement des arbitres. Ce chapitre illustre la démarche générale suivie dans la Loi type pour éliminer les difficultés découlant de lois ou de règles inappropriées ou lacunaires. Premièrement, la Loi type reconnaît aux parties la liberté de déterminer, par référence à un règlement d'arbitrage existant ou dans le cadre d'une convention ad hoc, la procédure à appliquer, sous réserve des exigences fondamentales d'équité et de justice. Deuxièmement, lorsque les parties n'ont pas exercé leur faculté de fixer les règles de la procédure ou ont omis de traiter une question particulière, la Loi type permet, en fournissant un ensemble de règles supplétives, d'engager la procédure d'arbitrage et de la poursuivre effectivement jusqu'à ce que le différend soit réglé.

24. Si durant une procédure — arrêtée d'un commun accord par les parties ou fondée sur les règles supplétives de la Loi type — des difficultés surgissent pour la nomination, la récusation ou la fin du mandat d'un arbitre, les articles 11, 13 et 14 prévoient l'assistance des tribunaux étatiques ou d'autres autorités compétentes désignées par l'État adoptant. Compte tenu de l'urgence des questions se rapportant à la composition du tribunal arbitral ou à sa capacité à fonctionner, et pour réduire le risque et les effets d'éventuelles manœuvres dilatoires, les délais prévus sont courts et les décisions rendues par les tribunaux étatiques, ou d'autres autorités, sur ces questions ne sont pas susceptibles de recours.

4. Compétence du tribunal arbitral

a) ***Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence***

25. Le paragraphe 1 de l'article 16 adopte deux principes importants (qui ne sont pas encore généralement reconnus): celui de la "compétence-compétence" et celui de la séparabilité ou de l'autonomie de la clause compromissoire. Le principe de la compétence-compétence désigne le droit du tribunal arbitral de statuer en toute indépendance sur la question de sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage, sans qu'il soit nécessaire de saisir une juridiction étatique. Le principe de la séparabilité signifie, quant à lui, qu'une clause compromissoire est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. Il s'ensuit que la constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire. Les dispositions détaillées du paragraphe 2 exigent que toute contestation relative à la compétence des arbitres soit formulée le plus tôt possible.

26. La compétence dévolue au tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence (à savoir sur le fondement, la teneur et l'étendue de sa mission et de ses pouvoirs) est bien entendu soumise au contrôle du juge étatique. Lorsque le tribunal arbitral détermine, à titre de question préalable, qu'il est compétent, le paragraphe 3 de l'article 16 prévoit la possibilité d'un contrôle immédiat du juge étatique pour éviter toute perte de temps et d'argent. Cependant, trois règles procédurales sont également posées pour réduire le risque de manœuvres dilatoires et pour en limiter les effets: le délai de saisine du juge étatique est court (trente jours), la décision de ce dernier est insusceptible de recours et le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence en attendant que le juge se prononce. Lorsque le tribunal arbitral décide de statuer sur sa compétence dans sa sentence sur le fond, un contrôle du juge étatique est possible lors de la procédure d'annulation de la sentence prévue à l'article 34 ou lors de la procédure de reconnaissance et d'exécution de la sentence dans le cadre de l'article 36.

b) *Pouvoir d'ordonner des mesures provisoires et des ordonnances préliminaires*

27. Le chapitre IV A sur les mesures provisoires et les ordonnances préliminaires a été adopté par la Commission en 2006. Il remplace l'article 17 de la version initiale de 1985. La section 1 donne une définition générique des mesures provisoires et énonce les conditions de leur octroi. La révision de la Loi type a permis d'introduire une nouveauté importante: la section 4 a instauré en effet un régime de reconnaissance et d'exécution des mesures provisoires inspiré, selon les besoins, du régime de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales prévu aux articles 35 et 36 de la Loi.

28. La section 2 du chapitre IV A traite des requêtes aux fi ns d'ordonnances préliminaires ainsi que des conditions d'octroi de ces ordonnances. Une ordonnance préliminaire constitue un moyen de préserver le statu quo en attendant que le tribunal arbitral prononce une mesure provisoire l'adoptant ou la modifiant. Le paragraphe 1 de l'article 17 B dispose qu'"une partie peut présenter, sans le notifier à aucune autre partie, une demande de mesure provisoire ainsi qu'une requête aux fi ns d'ordonnance préliminaire enjoignant à une partie de ne pas compromettre la mesure provisoire demandée". Le paragraphe 2 de cet article autorise un tribunal arbitral à prononcer une ordonnance préliminaire "à condition qu'il considère que la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure". L'article 17 C énonce un certain nombre de règles soigneusement rédigées pour protéger la partie visée par l'ordonnance préliminaire: il prévoit notamment que la requête aux fi ns d'ordonnance préliminaire et l'ordonnance préliminaire éventuellement prononcée doivent être rapidement notifiées et que la possibilité doit être donnée à cette partie de faire valoir ses droits "dès que possible". En tout état de cause, une ordonnance préliminaire a une durée maximum de vingt jours et, bien que s'imposant aux parties, elle n'est pas susceptible d'exécution par une juridiction étatique et ne constitue pas une sentence. Le terme "ordonnance préliminaire" est employé pour bien insister sur le caractère limité de cette mesure.

29. La section 3 énonce des règles applicables à la fois aux mesures provisoires et aux ordonnances préliminaires.

30. La section 5 est constituée par l'article 17 J relatif aux mesures provisoires ordonnées par les tribunaux étatiques à l'appui de l'arbitrage. Cet article prévoit qu'"un tribunal dispose, pour prononcer une mesure provisoire en relation avec une procédure d'arbitrage, qu'elle ait ou non son lieu sur le territoire du présent État, du même pouvoir que celui dont il dispose en relation avec une procédure judiciaire". Il a été ajouté en 2006 pour établir clairement que l'existence d'une convention d'arbitrage est sans incidence sur le pouvoir de la juridiction étatique compétente de prononcer des mesures provisoires et que la partie à cette convention est libre de saisir la juridiction d'une demande de mesures provisoires.

5. Conduite de la procédure arbitrale

31. Le chapitre V défi nit le cadre juridique visant à assurer une conduite équitable et efficace de la procédure d'arbitrage. L'article 18, qui pose une règle fondamentale d'équité procédurale, et l'article 19 sur les droits et pouvoirs de déterminer les règles de procédure expriment des principes clefs pour la Loi type.

a) ***Droits procéduraux fondamentaux d'une partie***

32. L'article 18 consacre deux principes, à savoir que les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et se voir donner toute possibilité de faire valoir leurs droits. Plusieurs dispositions illustrent ces principes. Ainsi, le paragraphe 1 de l'article 24 dispose que, à moins que les parties ne soient convenues qu'il n'y aura pas de procédure orale pour la production de preuves ou pour l'exposé oral des arguments, le tribunal arbitral organise une telle procédure à un stade approprié de l'instance arbitrale, si une partie lui en fait la demande. On notera que ce paragraphe traite uniquement du droit général à une procédure orale (par opposition à une procédure sur pièces) et non des aspects procéduraux, comme la durée, le nombre ou la date des audiences.

33. Une autre illustration de ces principes concerne le cas où le tribunal arbitral nomme un expert. Le paragraphe 2 de l'article 26 exige que l'expert, après avoir présenté son rapport écrit ou oral, participe à une audience à laquelle les parties peuvent l'interroger et faire venir en qualité de témoins des experts qui déposent sur les questions litigieuses, si cette audience est demandée par une partie ou jugée nécessaire par le tribunal arbitral. Une autre disposition visant à garantir l'équité, l'objectivité et l'impartialité est énoncée au paragraphe 3 de l'article 24, qui dispose que toutes les conclusions, pièces et informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées à l'autre partie et que tout rapport d'expert ou document présenté en tant que preuve sur lequel le tribunal pourrait s'appuyer pour statuer doit également être communiqué aux parties. Afin que les parties soient en mesure d'assister à toutes les audiences et à toutes les réunions que le tribunal arbitral tiendrait aux fi ns d'inspection, celles-ci doivent leur être notifiées suffisamment longtemps à l'avance (article 24, paragraphe 2).

b) *Détermination des règles de procédure*

34. L'article 19 laisse aux parties la liberté de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral, sous réserve de quelques dispositions procédurales impératives, et autorise ce dernier, à défaut d'accord entre les parties, à procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Les pouvoirs conférés au tribunal comprennent celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite.

35. L'autonomie procédurale dont disposent les parties revêt une importance particulière dans les arbitrages internationaux car elle leur permet de choisir ou d'adapter les règles en fonction de leurs souhaits et de leurs besoins particuliers, sans être limitées par les concepts internes traditionnels et parfois incompatibles et, partant, sans s'exposer au risque susmentionné de déception ou de surprise (voir plus haut par. 7 et 9). Le pouvoir d'appréciation supplémentaire conféré au tribunal arbitral est tout aussi important, en ce qu'il permet à celui-ci d'adapter la conduite de l'instance aux caractéristiques particulières de l'espèce sans se heurter aux contraintes pouvant découler du droit interne traditionnel, notamment des règles internes de preuve. Ce pouvoir permet en outre au tribunal de prendre l'initiative pour régler les questions de procédure qui ne seraient pas tranchées dans la convention d'arbitrage ou dans la Loi type.

36. Outre les dispositions générales prévues à l'article 19, d'autres dispositions de la Loi type reconnaissent l'autonomie des parties et, en l'absence de convention entre elles, autorisent le tribunal arbitral à trancher certaines questions. L'article 20 relatif au lieu de l'arbitrage et l'article 22 sur la langue à utiliser dans la procédure arbitrale en sont deux exemples qui revêtent une importance pratique particulière dans les arbitrages internationaux.

c) *Défaut d'une partie*

37. Le tribunal arbitral peut poursuivre l'instance en l'absence d'une partie, à condition que celle-ci en soit dûment informée. Cette règle vaut en particulier lorsque le défendeur ne présente pas ses défenses (article 25, alinéa *b*). Le tribunal arbitral peut également poursuivre la procédure si l'une des parties omet de comparaître à l'audience ou de produire des documents sans invoquer d'empêchement légitime (article 25, alinéa *c*). En revanche, si le demandeur ne présente pas sa demande, le tribunal est dans l'obligation de mettre fin à la procédure (article 25, alinéa *a*).

38. Les dispositions autorisant le tribunal arbitral à poursuivre sa tâche même en l'absence de participation de l'une des parties sont extrêmement importantes sur le plan pratique. Comme le montre l'expérience, il n'est pas rare que l'une des parties soit peu soucieuse de coopérer et de faire diligence. Ces dispositions confèrent donc à l'arbitrage commercial international l'efficacité nécessaire, dans les limites des exigences fondamentales d'équité procédurale.

6. Prononcé de la sentence et clôture de la procédure

a) *Règles applicables au fond du différend*

39. L'article 28 traite de la détermination des règles de droit qui régissent le fond du différend. Aux termes du paragraphe 1, le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit que les parties ont choisies. Cette disposition est importante à deux égards. D'une part, elle donne aux parties la liberté de choisir le droit matériel applicable, ce qui est appréciable lorsque la loi nationale ne reconnaît pas clairement ou pleinement cette liberté. D'autre part, en utilisant l'expression "règles de droit" plutôt que "loi", la Loi type offre aux parties une plus vaste gamme d'options pour désigner les règles applicables au fond du différend. Les parties peuvent par exemple convenir d'appliquer des règles de droit qui ont été élaborées par une instance internationale mais qui n'ont encore été incorporées dans aucun système juridique national. Elles pourraient aussi opter directement pour un instrument, tel que la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, en tant que corps de règles matérielles régissant l'arbitrage, sans avoir à désigner la loi nationale d'un État partie à ladite Convention. En revanche, les pouvoirs du tribunal arbitral sont plus traditionnels. Lorsque les parties n'ont pas indiqué la loi applicable, celui-ci applique la loi (nationale) désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.

40. Le paragraphe 3 de l'article 28 reconnaît aux parties la possibilité d'autoriser le tribunal arbitral à statuer *ex aequo et bono* ou en qualité d'amiable compositeur. Ce type d'arbitrage (qui permet au tribunal arbitral de trancher le litige en appliquant des principes qu'il estime être justes sans à avoir à se référer à un corps de règles particulier) n'est pas actuellement connu ou utilisé dans tous les systèmes juridiques. La Loi type n'a pas vocation à édicter des règles dans ce domaine. Elle attire simplement l'attention des parties sur le fait que la convention d'arbitrage doit être claire sur ce point et que ce pouvoir doit être conféré expressément. Le paragraphe 4 indique clairement, toutefois, que dans tous les cas où le litige a trait à un contrat (y compris dans le cas d'un arbitrage *ex aequo et bono*), le tribunal arbitral doit statuer conformément aux stipulations du contrat et tenir compte des usages du commerce applicable à la transaction.

b) *Prononcé de la sentence et d'autres décisions*

41. Dans ses articles concernant le prononcé de la sentence (art. 29 à 31), la Loi type traite en particulier du cas où le tribunal arbitral est composé de plusieurs arbitres. Toute sentence ou autre décision est alors prise à la majorité des arbitres, sauf pour les questions de procédure qui peuvent être tranchées par un arbitre président. Le principe de la majorité s'applique aussi à la signature de la sentence, pour autant que l'absence d'une signature soit motivée.

42. Le paragraphe 3 de l'article 31 dispose que la sentence mentionne le lieu de l'arbitrage et est "réputée" avoir été rendue audit lieu. Cette disposition vise à souligner que le prononcé définitif de la sentence constitue un acte juridique, qui en pratique ne correspond pas nécessairement à une unité de temps ni de lieu. Pour la même raison que l'instance arbitrale n'a pas à se dérouler à l'endroit désigné comme étant, juridiquement, le "lieu de l'arbitrage", le prononcé de la sentence peut être le fruit de délibérations tenues en des lieux divers, par téléphone ou par correspondance. La signature de la sentence n'exige pas non plus la présence physique des arbitres dans le même lieu.

43. La sentence doit être rendue par écrit et mentionner à quelle date elle l'a été. Elle doit aussi être motivée, sauf si les parties en sont convenues autrement ou s'il s'agit d'une sentence rendue par "accord des parties", (c'est-à-dire qu'elle reprend les termes d'un règlement amiable conclu entre les parties). On ajoutera que la Loi type n'exige ni n'interdit les "opinions dissidentes".

7. Recours contre la sentence

44. Les disparités entre lois nationales concernant les types de recours dont les parties peuvent se prévaloir contre une sentence arbitrale constituent une difficulté majeure dans l'harmonisation de la législation sur l'arbitrage international. Certaines lois obsolètes sur l'arbitrage, qui établissent des régimes parallèles pour les sentences et les décisions judiciaires, prévoient divers types de recours, des délais variables (et souvent longs) pour les exercer et des listes détaillées de motifs susceptibles d'être invoqués. Cette situation (qui préoccupe vivement les parties à l'arbitrage commercial international) se trouve considérablement améliorée par la Loi type, qui prévoit des motifs uniformes (et des délais clairs) de recours contre une sentence arbitrale.

a) *Demande d'annulation comme recours exclusif*

45. La première amélioration apportée par la Loi type vient de ce qu'elle n'autorise qu'un type de recours, excluant ainsi tout autre recours pouvant être prévu dans les règles de procédure de l'État considéré. Le paragraphe 1 de l'article 34 dispose que la demande d'annulation est le seul recours possible, demande qui doit être formée dans un délai de trois mois à compter de la réception de la communication de la sentence (paragraphe 3). S'il régit les voies de "recours" (autrement dit les moyens dont dispose une partie pour "attaquer" activement la sentence), l'article 34 n'interdit pas à une partie de demander au juge étatique de contrôler la sentence lorsqu'elle est défenderesse dans une procédure d'exécution (art. 35 et 36). Bien que l'article 34 se limite à la saisine d'un juge étatique (c'est-à-dire un organe du système judiciaire d'un État), rien n'empêche en revanche un recours devant un tribunal arbitral de deuxième degré si les parties sont convenues d'une telle possibilité (comme cela est courant dans le commerce de certains produits).

b) *Motifs d'annulation*

46. Autre amélioration, la Loi type contient une liste exhaustive de motifs d'annulation d'une sentence. Cette liste fait essentiellement pendant à celle qui figure au paragraphe 1 de l'article 36, elle-même reprise de l'article V de la Convention de New York. Les motifs prévus au paragraphe 2 de l'article 34 sont divisés en deux catégories. On trouve, d'une part, les motifs devant être prouvés par une partie, à savoir l'incapacité de conclure une convention d'arbitrage; l'invalidité de la convention; le défaut de notification de la désignation d'un arbitre ou de la procédure d'arbitrage ou l'impossibilité pour une partie de faire valoir ses droits; le fait que la sentence porte sur des questions non soumises à l'arbitrage; le fait que la constitution du tribunal arbitral ou la conduite de la procédure arbitrale sont non conformes à la convention effectivement conclue entre les parties ou, en l'absence d'une telle convention, à la Loi type. Le paragraphe 2 prévoit, d'autre part, des motifs d'annulation pouvant être envisagés par le tribunal étatique de sa propre initiative, à savoir l'inarbitrabilité de l'objet du différend et la contrariété à l'ordre public, (qui doivent être considérés comme des manquements graves aux notions fondamentales d'équité procédurale).

47. Le parallélisme entre les motifs d'annulation d'une sentence dans la Loi type et les motifs de refus de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence prévus à l'article V de la Convention de New York rappelle l'approche adoptée dans la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961). Selon l'article IX de cette dernière, la décision d'un tribunal étatique étranger d'annuler une sentence pour un motif autre que ceux énumérés à l'article V de la Convention de New York ne constitue pas une cause de refus d'exécution. La Loi type va un peu plus loin dans cette direction en limitant directement les causes d'annulation.

48. Bien que les motifs d'annulation prévus au paragraphe 2 de l'article 34 soient quasiment identiques aux motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution prévus au paragraphe 1 de l'article 36, il convient de noter une différence pratique. Une demande d'annulation fondée sur le paragraphe 2 de l'article 34 ne peut être présentée que devant une juridiction de l'État où la sentence a été rendue, alors qu'une demande d'*exequatur* peut l'être devant une juridiction de n'importe quel État. Aussi les motifs relatifs à l'ordre public et à l'inarbitrabilité peuvent-ils varier quant au fond en fonction de la loi appliquée par le juge étatique (dans l'État d'annulation ou l'État d'exécution).

8. Reconnaissance et exécution des sentences

49. Le huitième et dernier chapitre de la Loi type concerne la reconnaissance et l'exécution des sentences. Ses dispositions reflètent l'importante décision de principe d'appliquer les mêmes règles à toutes les sentences arbitrales, qu'elles aient été rendues dans le pays d'exécution ou à l'étranger, et de calquer ces règles sur les dispositions de la Convention de New York.

a) ***Vers un traitement uniforme de toutes les sentences indépendamment du pays d'origine***

50. En traitant les sentences rendues dans le cadre de l'arbitrage commercial international de manière uniforme quel que soit le pays où elles ont été rendues, la Loi type substitue à la distinction traditionnelle entre sentences "étrangères" et sentences "internes" une distinction entre sentences "internationales" et sentences "non internationales". Cette nouvelle distinction est fondée sur des raisons de fond et non sur des critères territoriaux, qui sont inadéquats vu l'importance limitée du lieu de l'arbitrage dans les affaires internationales. Ce lieu est en effet souvent choisi par les parties pour des motifs de commodité et le différend n'aura parfois qu'un vague lien, voire n'en aura aucun, avec l'État où l'arbitrage a lieu juridiquement. Par conséquent, la reconnaissance et l'exécution des sentences "internationales", qu'elles soient "étrangères" ou "internes", devraient être régies par les mêmes dispositions.

51. En calquant les règles de reconnaissance et d'exécution sur les dispositions correspondantes de la Convention de New York, la Loi type complète, sans entrer en conflit avec lui, le régime de reconnaissance et d'exécution créé par cette fructueuse convention.

b) ***Conditions procédurales de la reconnaissance et de l'exécution***

52. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 35, toute sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire et est exécutée sous réserve des dispositions figurant au paragraphe 2 de ce même article et à l'article 36 (qui énonce les motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution). Compte tenu de l'importance limitée du lieu de l'arbitrage dans les affaires internationales (ainsi qu'on l'a vu plus haut) et de la volonté de surmonter les "contraintes" territoriales, la réciprocité ne figure pas parmi les conditions de la reconnaissance et de l'exécution.

53. La Loi type n'indique pas en détail les procédures à suivre en matière de reconnaissance et d'exécution, le soin de les définir étant laissé à la législation et aux pratiques nationales en matière de procédure. Elle énonce seulement certaines conditions pour obtenir l'exécution au paragraphe 2 de son article 35. Ce paragraphe a été modifié en 2006 pour assouplir les conditions de forme et prendre en compte la modification de l'article 7. Il n'exige plus la présentation d'une copie de la convention d'arbitrage.

c) *Motifs du refus de la reconnaissance ou de l'exécution* 54.

Bien que les motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution prévus dans la Loi type soient identiques à ceux qui sont énumérés à l'article V de la Convention de New York, ils ne valent pas seulement pour les sentences étrangères et s'appliquent à toutes les sentences rendues sous l'empire de la législation incorporant la Loi type. De manière générale, il a été jugé souhaitable, par souci d'harmonie, d'adopter la même approche et la même formulation que cette importante convention. Toutefois, le premier motif sur la liste figurant dans la Convention de New York (à savoir que la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées si "les parties à la convention [d'arbitrage] étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité") a été modifié car on a estimé qu'il contenait une règle de conflit incomplète et susceptible d'induire en erreur.

Pour tout renseignement complémentaire sur la Loi type, s'adresser au:

Secrétariat de la CNUDCI
Centre international de Vienne
Boîte postale 500
1400 Vienne
(Autriche)
Téléphone: (+43-1) 26060-4060
Télécopieur: (+43-1) 26060-5813
Internet: www.uncitral.org
Courrier électronique: uncitral@uncitral.org

Troisième partie

Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958, adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 7 juillet 2006 à sa trente-neuvième session

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Rappelant la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1966, qui a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ayant pour objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, notamment en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international,

Consciente du fait que les différents systèmes juridiques, sociaux et économiques du monde, ainsi que différents niveaux de développement sont représentés en son sein,

Rappelant les résolutions successives de l'Assemblée générale qui réaffirment que la Commission, en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner les activités juridiques dans ce domaine,

Convaincue que la large adoption de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958[1], a été un progrès notable dans la promotion de l'état de droit, en particulier dans le domaine du commerce international,

Rappelant que la Conférence de plénipotentiaires qui a rédigé et ouvert à la signature la Convention a adopté une résolution indiquant, notamment, qu'elle "considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé",

---

[1] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.

Gardant à l'esprit les différences d'interprétation des exigences de forme énoncées dans la Convention qui sont dues en partie à des différences de formulation entre les cinq textes de la Convention faisant également foi,

Tenant compte du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention, qui vise notamment à permettre l'exécution dans la plus large mesure des sentences arbitrales étrangères, particulièrement en reconnaissant à toute partie intéressée le droit de se prévaloir de la législation ou des traités du pays où la sentence est invoquée, même lorsque le régime offert par cette législation ou ces traités est plus favorable que celui de la Convention,

Considérant l'utilisation étendue du commerce électronique,

Tenant compte d'instruments juridiques internationaux comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[2] de 1985, telle que modifiée ultérieurement, en particulier en ce qui concerne son article 7[3], la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[4], la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[5] et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[6],

Tenant compte également des lois internes, ainsi que de la jurisprudence, plus favorables que la Convention à l'égard de l'exigence de forme régissant les conventions d'arbitrage, les procédures d'arbitrage et l'exécution des sentences arbitrales,

Considérant qu'il faut tenir compte, pour l'interprétation de la Convention, de la nécessité de promouvoir la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales,

1. *Recommande* qu'on applique le paragraphe 2 de l'article II de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958, en reconnaissant que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs;

2. *Recommande également* que le paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958, soit appliqué pour permettre à toute partie intéressée de se prévaloir des droits qu'elle pourrait avoir, en vertu de la législation ou des traités du pays où une convention d'arbitrage est invoquée, de demander que soit reconnue la validité de cette convention.

---

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I, et publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.18.

[3] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), annexe I.

[4] Ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I, et publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4, qui contient également l'article 5 *bis* adopté en 1998 et le Guide pour l'incorporation dans le droit interne.

[5] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), annexe II, et publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8, qui contient également le Guide pour l'incorporation dans le droit interne.

[6] Résolution 60/21 de l'Assemblée générale, annexe.