

EYB2015REP1628

Repères, Janvier 2015

Catherine DAGENAI^{*}

Chronique – Clause escalatoire de résolution de différends : négociation, médiation, expert, conditions préalables obligatoires aux procédures arbitrales ou judiciaires ?

Indexation

Obligations ; contrat ; effets entre les parties ; force obligatoire ; **Procédure civile** ; arbitrage ; administration de la preuve et audition ; procédures spéciales ; expertise

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

I– NÉGOCIATION OU MÉDIATION OBLIGATOIRE

A. Les tribunaux judiciaires face aux clauses escalatoires

B. Les tribunaux arbitraux face aux clauses escalatoires

II– PROCÉDURE D'EXPERTISE

III– ASPECTS PRATIQUES QUANT À LA RÉDACTION D'UNE CLAUSE ESCALATOIRE

CONCLUSION

L'auteure analyse les clauses escalatoires de résolution de différends, soit les clauses qui prévoient que les parties tenteront préalablement de régler à l'amiable les différends avant d'entreprendre des procédures arbitrales ou judiciaires. Elle s'attarde aux débats préliminaires que peuvent susciter de telles clauses, ainsi qu'à la façon dont les arbitres et les tribunaux risquent de traiter du caractère obligatoire et exécutoire des étapes préalables. Finalement, l'auteure donne certaines recommandations quant à la rédaction de telles clauses.

INTRODUCTION

La clause « escalatoire » de résolution de différends¹ prévoit différentes étapes pour tenter de régler des différends. En général, elle prévoit que les parties tentent dans un premier temps de régler à l'amiable les différends, par la négociation ou la médiation, ou les deux, avant de recourir à d'autres étapes telles parfois le recours à l'expert pour enfin aboutir au processus arbitral ou judiciaire.

* M^c Catherine Dagenais, avocate chez Dentons, concentre sa pratique en droit civil et commercial de même qu'en modes alternatifs de règlement des différends.

1. En anglais, ces clauses escalatoires sont souvent appelées « multi-tiered clauses » ou « step clauses » ou « escalation clauses ».

Bien qu'ayant un objectif fort louable de tenter de régler des différends rapidement et à moindre coût par des mécanismes de résolution de différends avant que des procédures arbitrales ou judiciaires ne soient entreprises, ces clauses soulèvent cependant plusieurs incertitudes qui n'ont toujours pas fait l'objet au Québec d'une direction claire de la part des tribunaux. Une importante question pouvant être soulevée est la suivante : la clause escalatoire de résolution de différends inclut-elle des étapes préalables obligatoires qui pourraient avoir pour effet de créer d'entrée de jeu des débats préliminaires et ainsi retarder le recours aux procédures arbitrales ou judiciaires ?

I- NÉGOCIATION OU MÉDIATION OBLIGATOIRE

Plusieurs contrats contiennent une clause selon laquelle les parties devront tenter de régler leur différend à l'amiable avant de pouvoir soumettre celui-ci à l'arbitrage ou devant les tribunaux judiciaires. La question se pose à savoir si ces clauses de négociation ou de médiation, ou les deux, sont obligatoires et si le défaut des parties de se soumettre à la négociation ou à la médiation avant de procéder à l'arbitrage ou aux procédures judiciaires peut entraîner la suspension des procédures jusqu'à ce que les parties procèdent à la négociation ou à la médiation.

A. Les tribunaux judiciaires face aux clauses escalatoires

Les décisions récentes des tribunaux face aux clauses escalatoires ne déterminent pas clairement comment ces derniers traiteront du caractère obligatoire ou non des étapes préalables.

Dans *Corporation Inno-Centre du Québec c. Média Opti Rythmix*², les articles de la convention à interpréter étaient les suivants :

15.1 Les parties conviennent que tout désaccord ou différend relatif à la présente convention ou découlant de son interprétation ou de son application sera soumis à une médiation à la suite d'un avis écrit donné par une partie à l'autre partie. À cet effet, les parties désigneront conjointement un médiateur et elles s'engagent à participer à au moins une rencontre de médiation en y déléguant une personne en autorité de décision ; si les parties ne peuvent s'entendre sur le choix d'un médiateur dans les quinze (15) jours de la réception de l'avis par son destinataire ou si aucune entente écrite n'intervient dans les trente (30) jours suivant la nomination du médiateur, ce différend sera tranché de façon définitive par voie d'arbitrage et à l'exclusion des tribunaux, selon les lois du Québec, à la suite d'un avis écrit donné par une partie à l'autre partie.

15.2 L'arbitrage se déroulera sous l'égide d'un arbitre seul et sera conduit conformément aux règles de droit et aux dispositions des articles [940](#) et suivants du *Code de procédure civile* du Québec, en vigueur au moment de ce différend. Si les parties ne peuvent s'entendre sur le choix d'un arbitre dans les quinze (15) jours de la réception de l'avis par son destinataire, l'arbitre sera nommé par un juge de la cour supérieure à la demande de l'une des parties. La sentence arbitrale sera finale, exécutoire et sans appel et liera les parties.

Dans cette affaire, le juge renvoie les parties à l'arbitrage et semble décider que le processus de médiation n'a pas besoin d'être enclenché et complété avant qu'une partie puisse recourir à un arbitrage.

Cependant, l'honorable juge Robert Mongeon en venait à la conclusion contraire dans l'affaire *Ceriko Asselin Lombardi inc. c. Société immobilière du Québec*³, jugeant que les procédures judiciaires entre

². 2012 QCCQ 8980, [EYB 2012-213173](#).

³. 2013 QCCS 3624, [EYB 2013-225092](#).

les parties devaient être suspendues afin de forcer les parties à se conformer à une clause de médiation obligatoire, clause qui émanait d'une obligation tant contractuelle que réglementaire.

La Cour devait interpréter la clause suivante :

[10] Le contrat liant les parties prévoit en effet ce qui suit :

51. NÉGOCIATION EN CAS DE DIFFÉREND

Le Gestionnaire de projet et l'Entrepreneur doivent tenter de régler à l'amiable toute difficulté pouvant survenir au regard du contrat selon les étapes et les modalités suivantes :

a) en faisant appel à un cadre représentant le Gestionnaire de projet et à un dirigeant de l'Entrepreneur dans le but de résoudre tout ou partie des questions faisant l'objet de ce différend, et ce, dans un délai de soixante (60) jours suivant la réception de l'avis de différend de l'Entrepreneur, les parties peuvent convenir de prolonger cette période.

b) Si les négociations ne permettent pas de résoudre complètement le différend, le Gestionnaire de projet ou l'Entrepreneur peut, par l'envoi d'un avis écrit à l'autre partie dans un délai de dix (10) jours suivant la fin de l'étape précédente, exiger la médiation sur les questions non résolues. La médiation doit être complétée dans un délai de soixante (60) jours suivant la réception de l'avis à moins que les parties conviennent de prolonger cette période.

En l'absence d'un avis de médiation dans le délai prévu au paragraphe b) ci-dessus, le processus de négociation est alors terminé.

(soulignements ajoutés)

[11] Quant au Règlement, celui-ci prévoit ce qui suit :

50. L'organisme public et l'entrepreneur doivent tenter de régler à l'amiable toute difficulté pouvant survenir au regard d'un contrat selon les étapes et les modalités suivantes :

1^o en faisant appel à un gestionnaire représentant l'organisme public et à un dirigeant de l'entrepreneur dans le but de résoudre tout ou partie des questions faisant l'objet de ce différend, et ce, dans un délai de 60 jours suivant la réception de l'avis de différend de l'entrepreneur ; les parties peuvent convenir de prolonger cette période ;

2^o si les négociations ne permettent pas de résoudre complètement le différend, l'organisme public ou l'entrepreneur peut, par l'envoi d'un avis à l'autre partie dans un délai de 10 jours suivant la fin de l'étape précédente, exiger la médiation sur les questions non résolues, laquelle doit être complétée dans un délai de 60 jours suivant la réception de l'avis de médiation ; les parties peuvent convenir de prolonger cette période.

En l'absence d'un avis de médiation dans le délai prévu au paragraphe 2 du premier alinéa, le processus de négociation est alors terminé.

(soulignements ajoutés)

La Cour s'exprime ainsi :

[46] Le contrat et le Règlement prévoient qu'un processus de règlement des différends doit être enclenché et poursuivi avant qu'une partie puisse interpeller l'autre en justice. Il s'agit d'une obligation préjudicielle qui, si elle n'a pas été menée à bien selon les dispositions contractuelles ou réglementaires applicables, doit être mise en place.

[47] Ce n'est pas pour rien que ces dispositions sont insérées dans les contrats de construction et dans les contrats publics. La médiation peut éviter de très longs et très coûteux litiges et un tel processus d'une durée maximum de 60 jours peut mettre fin au présent dossier qui, lui, prendra des années à se compléter, à un coût de plusieurs dizaines de milliers de dollars pour chacune des parties. Les principes de proportionnalité, couplés aux pouvoirs inhérents du Tribunal font en sorte que de telles dispositions contractuelles ou réglementaires se doivent d'être observées et les conditions de leur mise en application interprétées largement plutôt que restrictivement.

Dans *Alarium inc. c. De La Rue International Ltd.*⁴, une clause escalatoire avait été jugée suffisamment précise et structurée. Elle exigeait que les parties tentent de régler leur différend par la négociation et, à défaut, par la médiation « *in accordance with the Centre for Effective Dispute Resolution Limited's Model Mediation Procedure* », une organisation basée à Londres. Ainsi, la Cour a décidé d'accorder la requête pour suspension de l'instance et de renvoyer le litige en médiation.

La Cour s'exprime ainsi :

[8] La clause 11 g) du contrat P-1) (du 1^{er} janvier 2008 au 31 décembre 2008) et la clause 21 du contrat P-2 (à compter du 1^{er} janvier 2009) prévoient un mécanisme de règlement de conflits. Celles-ci énoncent que les parties doivent, d'abord, tenter de régler tout litige à l'amiable par voie de négociation et qu'à défaut d'en venir à un règlement, elles doivent se soumettre à un processus de médiation à Londres, selon la procédure du Centre for Effective Dispute Resolution limited.

[9] Le libellé de clause est clair. Le mécanisme de règlement de conflits est obligatoire (l'emploi du verbe « *shall* », non facultatif) et aucun recours ne peut être entrepris devant les tribunaux avant la fin d'un processus de médiation :

ii) In the event of any dispute between the parties in connection with this Agreement, the parties shall use all reasonable efforts to settle such dispute amicably by negotiation. If the parties are unable to settle such dispute by negotiation within 21 days, they shall attempt to settle it by mediation in accordance with the Centre for Effective Dispute Resolution Limited's Model Mediation Procedure. [...]

III) The mediation shall take place in London and the language of the mediation shall be English [...].

Il sera intéressant de voir comment les tribunaux judiciaires trancheront cette question qui ne semble pas faire l'objet d'un consensus tant au Québec que dans différentes juridictions à travers le monde⁵.

Les tribunaux judiciaires pourraient être tentés de voir dans certaines clauses qui sont suffisamment précises, détaillées et structurées une obligation plus contraignante de négocier ou d'aller en médiation. Par exemple, une clause de médiation qui émanerait d'une obligation réglementaire ou qui indiquerait que la médiation se fait suivant les règles d'un établissement pourrait revêtir un caractère préalable obligatoire. Aussi, le fait de mentionner précisément que le respect des étapes préalables est strictement

⁴ 2013 QCCS 505, [EYB 2013-218124](#).

nécessaire pourrait inciter le tribunal à donner effet à l'intention des parties.

Cependant, si l'obligation contractuelle pour les parties de participer à une négociation ou médiation est exprimée de façon plus souple et moins contraignante, il faudra voir si de telles clauses seront traitées comme étant des étapes préliminaires obligatoires par les tribunaux. Par ailleurs, si une partie a énoncé son refus de participer à une telle négociation ou médiation, est-ce qu'un tribunal renverrait néanmoins les parties en négociation ou en médiation ou jugerait plutôt le défaut d'une partie de respecter sans motif valable une clause de négociation ou médiation comme un indice de l'absence de bonne foi d'une partie (art. [1375](#) C.c.Q.) ?

Il faudra donc voir comment les tribunaux définiront les balises entourant ces clauses de négociation ou de médiation préalables à d'autres étapes, d'autant plus que la médiation et les autres modes de règlements s'inscrivent au coeur même de la réforme du *Code de procédure civile*, et pourraient être utilisés par les tribunaux judiciaires comme outil pour renforcer le principe de proportionnalité.

B. Les tribunaux arbitraux face aux clauses escalatoires

En ce qui concerne une clause escalatoire dont la dernière étape est la clause d'arbitrage, les décisions ne semblent pas en traiter expressément, mais le même raisonnement et le même questionnement que ce qui a été énoncé eu égard aux tribunaux judiciaires s'appliqueraient vraisemblablement.

Cependant, une autre question se soulève, question qui peut enclencher d'autres débats préliminaires. Ainsi, revient-il au tribunal arbitral ou au tribunal judiciaire de déterminer si les parties ont respecté les étapes préalables ?

Si un tribunal judiciaire est saisi en premier du différend par exemple par une requête en renvoi à l'arbitrage, avant que le tribunal arbitral ait été constitué, le tribunal judiciaire devrait normalement assurer le respect de la convention d'arbitrage en appliquant les principes élaborés par la Cour suprême en matière de compétence-compétence (art. [943](#) C.p.c.). En effet, la Cour suprême a décidé que toute question de validité ou d'applicabilité d'une clause d'arbitrage relève de l'instance arbitrale et doit normalement lui être déférée, à moins que la nullité ou l'inapplicabilité de la clause dépende d'une question pure de droit ou ne nécessite qu'un examen superficiel de la procédure et de la preuve documentaire, auquel cas la Cour supérieure serait compétente⁶.

Ainsi, en vertu du principe compétence-compétence, quand une clause escalatoire contient une clause d'arbitrage, après que le tribunal judiciaire aurait conclu qu'il est en présence d'une convention d'arbitrage, il relèverait en principe au tribunal arbitral (à moins qu'il ne s'agisse d'une question pure de droit ou ne nécessitant qu'un examen superficiel de la procédure et de la preuve documentaire) de

[5](#). Voir des articles récents sur la question :

- par exemple en droit anglais, voir <http://hsfnotes.com/adr/2014/07/21/uk-high-court-finds-that-agreement-to-engage-in-time-limited-friendly-discussions-is-enforceable>
- en droit suisse, voir <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/10/01/swiss-supreme-court-analyses-enforceability-of-pre-arbitral-procedure-in-multi-tiered-dispute-resolution-clauses-a-friendly-miranda-warning/>
- en droit français, voir <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/09/30/multi-tiered-dispute-resolution-clauses-a-friendly-miranda-warning/>.

[6](#). *Rogers Sans Fil Inc. c. Muroff*, [2007] 2 R.C.S. 921, [EYB 2007-121974](#), au par. 11 ; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, [EYB 2007-121973](#), aux par. 82 et 89 ; *Bombardier Transportation c. SNC Pneumatics (UK) Ltd.*, 2009 QCCA 861, [EYB 2009-158343](#), au par. 45.

déterminer si les parties ont respecté cette clause et le tribunal judiciaire devrait surseoir, ne pas statuer et renvoyer le différend à l'arbitrage.

Le tribunal arbitral devrait donc déterminer si les conditions préalables ont été respectées et peut donc rejeter l'arbitrage si ces dernières ne l'ont pas été, ordonner aux parties d'aller négocier ou d'aller en médiation ou procéder à l'arbitrage en considérant le comportement des parties dans son évaluation de la bonne foi. Il importe que le tribunal arbitral soit prudent, car s'il accepte de se saisir d'un litige avant que les étapes préalables aient été respectées, une sentence arbitrale pourrait être contestée sur la base d'un excès de compétence.

Au Québec, la décision récente à cet égard est *Corporation Inno-Centre du Québec c. Média Opti Rythmix*⁷. Dans cette affaire, le juge conclut que la partie défenderesse peut s'appuyer sur une clause de *med-arb* afin de demander le renvoi d'une action à l'arbitrage malgré le fait qu'aucune médiation n'ait eu lieu entre les parties. Le juge semble indiquer qu'une telle clause ne peut avoir pour effet d'empêcher une partie d'instituer immédiatement des procédures d'arbitrage.

La Cour s'exprime ainsi :

[15] En tout état de cause, le fait que personne n'ait demandé la médiation ne change pas la volonté clairement exprimée des parties, de se soumettre à la compétence arbitrale pour régler un litige découlant de la Convention de services. Une réclamation reliée aux honoraires prétendument dus en vertu de cette convention constitue, de toute évidence, un « désaccord ou différend relatif à la présente convention ou découlant de son interprétation ou de son application ».

[16] Le Tribunal conclut que la clause compromissoire est parfaite. Elle doit être appliquée, à moins que Média n'ait renoncé à son application.

La Cour n'a donc pas déferé la question du respect des mesures préliminaires, soit la médiation, au tribunal arbitral, et semble conclure que le processus de médiation n'a pas besoin d'être enclenché et complété avant qu'une partie puisse recourir à un arbitrage. On peut se demander si la Cour a déterminé qu'il s'agissait d'une question pure de droit ou ne nécessitant qu'un examen superficiel de la procédure et de la preuve documentaire. À défaut de le dire explicitement, il faut se demander s'il n'aurait pas été préférable que la Cour, en vertu du principe compétence-compétence, laisse le tribunal arbitral décider du respect des mesures préliminaires.

II- PROCÉDURE D'EXPERTISE

Certaines clauses escalatoires prévoient que les différends devraient être soumis à un expert avant de recourir au processus arbitral ou judiciaire. Ces clauses se retrouvent assez fréquemment dans le domaine de la construction. La même question se pose. Le recours à l'expert est-il une condition préalable obligatoire avant d'entamer les procédures arbitrales ou judiciaires ?

Encore une fois, d'entrée de jeu une question s'impose. Qui devrait trancher le caractère obligatoire ou pas de recourir à la procédure d'expertise ? Lorsqu'il s'agit d'une procédure arbitrale, est-ce l'arbitre, en vertu du principe compétence-compétence énoncé à l'article [943](#) C.p.c., ou bien les tribunaux judiciaires qui devraient trancher la question ? Il semble cependant que l'expert lui-même ne pourrait trancher sur sa propre compétence, même si cela était prévu contractuellement, puisque le principe de compétence-compétence de l'article [943](#) C.p.c. ne s'applique pas à l'expert et n'a pas été reconnu par les

⁷, 2012 QCCQ 8980, [EYB 2012-213173](#).

tribunaux à son égard⁸.

Donc, le recours à l'expert est-il une condition préalable obligatoire au processus arbitral ou judiciaire ? *A priori*, si un tel mécanisme est prévu préalablement au processus arbitral ou judiciaire, l'arbitre ou les tribunaux devraient donner effet à une telle clause.

Cependant, l'on peut très bien entrevoir que, malgré une clause reléguant à l'expert la décision relative au différend avant de recourir à l'arbitrage ou aux tribunaux, l'utilité d'un tel recours ne serait pas appropriée ou serait théorique.

Dans certains cas, l'arbitre ou les tribunaux pourraient être amenés à interpréter la clause escalatoire et déterminer si les parties avaient réellement l'intention de soumettre un différend particulier soulevé par une partie devant l'expert. Par exemple, si, par un Avis de différend, une question légale est soumise à un expert alors qu'il appert, suivant une interprétation de la clause, que les parties voulaient davantage que seuls les différends de nature technique pour débloquer une impasse lui soient soumis, l'arbitre ou le tribunal judiciaire pourrait déterminer que ce différend ne devrait pas être soumis à la procédure d'expertise.

Dans d'autres cas, un débat préliminaire pourrait se poser quant à l'utilité d'un tel recours. Par exemple, s'il est prévu que la décision de l'expert n'est pas finale et qu'elle ne lie pas les parties, et que le différend est soumis après que la construction d'un projet serait terminée et qu'il n'y aurait plus d'impasse technique, devrait-on impérativement saisir l'expert du différend avant de saisir les tribunaux ou l'arbitre ? Y aurait-il quand même lieu de tenir un premier procès devant un expert dont le résultat ne lierait aucunement les parties, et ce, avant la tenue d'un litige devant les tribunaux ou l'arbitre ? Le principe de proportionnalité pourrait ne pas militer en ce sens.

Autant de questions qui devront continuer d'alimenter la réflexion et feront certes l'objet de débats intéressants.

III– ASPECTS PRATIQUES QUANT À LA RÉDACTION D'UNE CLAUSE ESCALATOIRE

Vu les nombreux débats préliminaires que ces clauses soulèvent, il faut être extrêmement vigilant dans la rédaction des clauses escalatoires pour délimiter le plus précisément possible ces clauses et l'intention des parties.

Si les parties veulent utiliser de telles clauses escalatoires, il pourrait être bénéfique de considérer entre autres les éléments suivants dans la rédaction de telles clauses.

- Prévoir un délai au-delà duquel le litige pourra être soumis au processus arbitral ou judiciaire, ce délai devant généralement être court ;
- Le délai prévu pour la négociation ou la médiation ou le recours à l'expert doit être déclenché par un événement précis et indiscutable comme une demande écrite de négociation, de médiation ou de procédure d'expertise ;
- Il faut une volonté claire et non ambiguë dans le choix des termes précis pour exprimer la volonté de soumettre obligatoirement les litiges par voie de négociation, médiation ou expert et que s'ils ne

⁸ *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, [EYB 2007-121973](#), aux par. 84-88. Voir la décision anglaise suivante *Barclays Bank PLC c. Nylon Capital*, [2011] EWCA Civ. 826, au par. 23 : « Where a dispute arises as to the jurisdiction of an expert, a court is the final decision maker as to whether the expert has jurisdiction, even if a clause purports to confer that jurisdiction on the expert in a matter that is final and binding. »

sont pas résolus, ils seront soumis au processus arbitral ou judiciaire ;

– Indiquer clairement que le respect des étapes préalables est obligatoire et strictement nécessaire à la soumission du litige au processus arbitral ou judiciaire ;

– La clause doit définir en des termes identiques les litiges devant être soumis à la négociation, à la médiation, à l'expert, au processus arbitral ou judiciaire. Néanmoins, dans le cas de la procédure d'expertise, si la clause nécessite des précisions quant à la nature des litiges devant être soumis à l'expert, il importe de bien circonscrire ce que les parties désirent soumettre à l'expert.

CONCLUSION

Une rédaction précise, structurée et bien définie des clauses escalatoires est importante afin d'éviter qu'une rédaction déficiente de telles clauses laisse la porte ouverte, d'entrée de jeu, à des débats longs et coûteux et qu'ainsi, elles dénaturent le processus de résolution de différends que les parties souhaitent implanter.