

ENCORE UNE FOIS!

par Steve Revay



Voici la troisième fois que l'article principal du Bulletin Revay est consacré à l'arbitrage. Dans le premier numéro, je concluais en disant que "l'arbitrage jouit de toutes les conditions

préalables nécessaires pour le règlement rapide d'un grand nombre de litiges contractuels. Néanmoins, la nature du litige, les procédures à suivre et les personnes impliquées peuvent séparément ou ensemble faire de l'arbitrage une mauvaise expérience en fonction des résultats, du temps et des dépenses."

Sans le savoir, je me faisais l'écho du Juge Denning dans son jugement dans l'affaire **Bremer Vulkan Schiffbau und Maschi-**

nenfabrik v. South India Shipping Corpn Ltd, (1981) A.C. 909.

Dans la cause Bremer Vulkan, le tribunal était saisi d'une question concernant l'arrêt d'une procédure d'arbitrage à cause de "délais excessifs et inexcusables" (en l'occurrence, 12 ans) de la part des demandeurs. Dans son jugement, le Juge Denning disait entre autres: (traduction)

"Quand j'étais jeune, un homme-sandwich portant un haut-de-forme avait l'habitude de se promener devant cette Cour. Sur ses placards on pouvait lire "Ayez recours à l'arbitrage, pas aux tribunaux". C'était un bon conseil pour autant que les arbitrages étaient menés promptement comme c'est souvent le cas à Londres. C'est un moins bon conseil quand les arbitrages sont interminables."

Bien que ces avertissements soient toujours valables, au cours des 5 dernières

années plusieurs personnes se sont rendu compte que l'arbitrage est une nécessité en matière de commerce international et un atout certain dans la résolution des litiges commerciaux intérieurs. En conséquence, les gouvernements et les associations professionnelles et commerciales font de grands efforts pour faire en sorte que les arbitrages soient menés rapidement. Ces efforts semblent avoir atteint de nouveaux sommets en 1986 comme en fait foi le présent numéro.

1986 est aussi un moment décisif pour RAL. Notre entreprise au sud du 45ième parallèle porte ses fruits et aujourd'hui nous sommes impliqués aux Etats-Unis dans 5 importantes réclamations d'une valeur nominale totale de 82 millions de dollars dans 4 états, en plus de fournir des services d'ordonnancement pour un chantier au Texas.

LE CANADA ACCEPTE ENFIN L'ARBITRAGE

par P.M. Blaikie, C.R. et S.G. Revay

Le titre peut sembler prétentieux. Après tout, l'arbitrage est utilisé au Canada comme moyen de règlement des litiges en matière contractuelle ou de relations de travail depuis au moins le début du siècle. Que c'est-il donc passé, en 1986, pour le justifier?

1. Le Canada a enfin adhéré à la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.
2. Le gouvernement fédéral a adopté la **Loi sur l'arbitrage commercial** qui prévoit l'arbitrage des litiges où une des parties est un ministère fédéral, une société d'Etat fédérale, ou des questions de droit maritime, tant intérieurs qu'internationaux.
3. Les dix provinces ont adopté des lois se rapportant à la Convention de New York et au moins quatre d'entre elles, à savoir la Colombie-Britannique, la Nouvelle-Ecosse, le Nouveau-Brunswick et l'Ontario ont adopté ou sont sur le point d'adopter des lois concernant l'arbitrage international.
4. La Colombie-Britannique a modifié sa loi sur l'arbitrage commercial tandis que

le Québec et l'Ontario sont à en faire autant. Les lois de la Colombie-Britannique et de l'Ontario, modélées sur la loi anglaise de 1889, étaient demeurées presque inchangées depuis leur adoption.

5. Lors de son dernier congrès annuel, l'Association canadienne de la construction a approuvé et adopté les "Règles et règlements pour l'arbitrage des litiges dans la construction".
6. Le centre international d'arbitrage commercial de la Colombie-Britannique a été inauguré le 12 mai 1986. Le Québec et l'Ontario s'affairent activement en vue d'avoir des centres semblables.
7. En 1986, l'Institut des arbitres du Canada a été réorganisé afin de donner aux cinq régions plus de pouvoir et de possibilités de renforcer leurs liens avec les associations commerciales et de construction locales pour mieux répondre à leurs besoins.

Cette liste, longue mais non exhaustive, est une preuve tangible que les Canadiens sont enfin prêts à admettre pleinement l'arbitrage comme moyen viable pour la

résolution des litiges.

Il existe plusieurs définitions de l'arbitrage mais la plus éloquente est sûrement celle donnée par le professeur René David dans son ouvrage **Arbitrage dans le commerce international**:

"L'arbitrage est un mécanisme par lequel le règlement d'une question qui concerne deux ou plusieurs personnes est confié à une ou plusieurs personnes — le ou les arbitres — qui détiennent leur pouvoir non pas des autorités d'un état mais d'une convention privée, et qui doivent procéder et trancher le cas qui leur est soumis conformément à cette convention."

En lisant cette définition du professeur David, on pourrait conclure — erronément, cependant — que l'arbitrage est totalement

Suite page 2

CIRCULATION:	

à l'abri de tout contrôle judiciaire. En fait, le haut degré d'intervention des tribunaux a été le plus grand obstacle au développement de l'arbitrage au Canada.

Il y en a pour qui l'arbitrage est un moyen de se soustraire à la juridiction des tribunaux. Une telle vue est, bien entendu, totalement fautive si on la prend au pied de la lettre, bien qu'il soit vrai que les parties d'un arbitrage montrent clairement qu'elles n'entendent pas soumettre leur litige aux tribunaux. Bien que les tribunaux et les arbitres remplissent des fonctions semblables relativement au règlement des litiges, ces derniers n'ont aucun pouvoir pour forcer l'exécution de leur sentence; ceci doit être fait au moyen d'une homologation par un tribunal compétent. De plus, les différentes lois sur l'arbitrage accordent, à des degrés variables, certains pouvoirs de surveillance aux tribunaux tels que la nomination et le remplacement des arbitres, l'octroi de mesures provisoires, l'assignation des témoins et, peut-être, le règlement des questions de droit par la procédure connue sous le nom de "stated case". Cette dernière procédure qui permet à une partie ou à un arbitre de s'adresser à un tribunal sur une question de droit est peut-être la plus indésirable en arbitrage international. A preuve l'Angleterre qui a dû éliminer cette procédure de sa loi sur l'arbitrage en 1979, favorisant ainsi que des arbitrages internationaux se tiennent sur son territoire. Au Canada toutes les lois provinciales sur l'arbitrage permettent la procédure du "stated case" à l'exception du Québec où l'arbitrage est régi par le **Code de procédure civile** (art. 940 à 951).

La nouvelle loi de la Colombie-Britannique, qui est sensiblement différente de l'ancienne, contient toujours une disposition (art. 33) permettant la procédure du "stated case":

"(2) Le tribunal ne rendra pas de décision sur la question qui lui est soumise à moins qu'il ne soit convaincu que les coûts de l'arbitrage en seront sensiblement réduits."

Reste à savoir si l'Ontario suivra l'exemple de la Colombie-Britannique quand elle révisera sa loi.

Simultanément, la Colombie-Britannique et d'autres provinces ont adopté des lois régissant l'arbitrage commercial international. Ces lois suivent plus ou moins la loi type adoptée par la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) le 21 juin 1985. Ces lois sur l'arbitrage commercial international s'ajoutent à celles sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Ces dernières étaient requises pour que le gouvernement fédéral

puisse adhérer à la Convention de New York. Cette convention produit deux effets. Premièrement, si une partie d'un contrat international contenant une clause d'arbitrage entame des procédures devant les tribunaux en dépit de la clause compromissoire, le tribunal saisi du litige renverra les parties à l'arbitrage. Deuxièmement, l'exécution des sentences arbitrales étrangères est plus rapide.

L'effet de ces deux mesures sur le commerce international a une portée considérable. Il a toujours été inexplicable que le Canada, qui est une des grandes puissances commerciales, se tienne à l'écart de l'arbitrage international. De fait, le Canada a été la seule puissance commerciale occidentale à attendre si longtemps avant d'adhérer à la Convention de New York.

Par opposition aux lois sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et, par conséquent, à la convention de New York, les lois régissant l'arbitrage commercial international (adoptées ou en voie de l'être par au moins quatre provinces) définissent le droit positif et la procédure pour les arbitrages qui se déroulent sur le territoire des provinces visées. Ceci est important car la procédure qui doit être suivie est celle du lieu où se déroule l'arbitrage. Il n'en est pas nécessairement ainsi pour le droit positif. Par exemple, un arbitrage international qui se déroule à Vancouver est régi par la loi sur l'arbitrage de la Colombie-Britannique. Cette loi contient entre autres des dispositions sur le "stated case" et sur le pouvoir qu'ont les tribunaux de casser une sentence arbitrale, deux mesures généralement inacceptables en matière de litiges internationaux. En adoptant une loi sur l'arbitrage international, la Colombie-Britannique et les provinces qui en feront autant contourneront ce problème et faciliteront ainsi la tenue d'arbitrage internationaux.

Le Québec et le gouvernement fédéral ont choisi une autre avenue. En suivant la loi type de la CNUDCI, ils régissent l'arbitrage intérieur et international par une seule loi. La troisième lecture du Projet de loi 91 aura lieu à l'Assemblée nationale lors de la session d'automne. Quant à la Loi fédérale, elle est entrée en vigueur le 10 août 1986.

La loi fédérale, comme nous l'avons dit plus haut, s'applique lorsqu'une des parties est un ministère ou une société d'Etat ou aux questions de droit maritime. Il est aussi prévu que:

"Le gouverneur en conseil peut par règlement, sur la recommandation du ministre de la Justice, fixer les conditions auxquelles un ministère ou une société d'Etat peut conclure une convention d'arbitrage."

ENTRE FILETS BANQUE DE DONNEES POUR LA CONSTRUCTION

Au mois d'août, RAL s'est attaquée à un travail à l'échelle canadienne visant à établir les spécifications pour répondre aux besoins de l'industrie de la construction dans le domaine du maniement des informations disponibles à partir de plusieurs instruments électroniques. Le financement provient principalement du Conseil national de recherches.

RAL avait proposé ce travail suite à l'enquête nationale qu'elle avait menée sur la recherche et le développement en construction, en 1983, pour le compte du gouvernement canadien. Cette enquête avait confirmé qu'il existe un fossé important entre les créateurs et les usagers de la technologie, ce qui crée des retards dans les transferts technologiques. La technologie, toujours en évolution, dans le domaine de la transmission rapide des textes et des graphiques laisse entrevoir une solution partielle de ce problème, pourvu que cela soit économique et adapté aux besoins des usagers. Les chances de succès seraient grandement accrues si les autres informations utilisées par les entrepreneurs, les concepteurs, les fournisseurs, etc. étaient incorporées à un système intégré facilement accessible.

Une des particularités du travail sera les rencontres avec les gens de l'industrie afin d'établir les vrais besoins des usagers, un aspect trop souvent négligé dans d'autres systèmes. Un système portatif de démonstration est à être construit pour illustrer les services disponibles ou sur le point de l'être. Les quatre bureaux canadiens de RAL seront impliqués dans le travail qui est entrepris conjointement avec IRAD Corp. de Kanata. Ron Tolmie qui a mis sur pieds IRAD en 1984, fut associé à RAL pour l'enquête sur la R&D en construction. Les spécifications de la banque de données serviront au futur service d'information pour l'industrie de la construction.

SEMINAIRES

Avec la rentrée, le personnel de RAL s'attèle de nouveau aux séminaires. En effet, cet automne, les gens de RAL présenteront 12 exposés dans le cadre de 7 séminaires et organiseront 4 séances d'arbitrage simulé. De plus, la vice-présidente Regula Brunies s'occupe activement de l'organisation du programme technique pour le symposium annuel 1986 du Project Management Institute qui se tient à Montréal du 20 au 24 septembre 1986.

Ceci est une dérogation importante à la pratique passée du gouvernement fédéral qui jusqu'à maintenant se refusait d'avoir recours à l'arbitrage pour régler les litiges, particulièrement les réclamations découlant de contrats de construction. Depuis l'adoption de cette Loi, des représentants du ministère de la Justice ont confirmé que le gouvernement est maintenant disposé à soumettre à l'arbitrage certains litiges.

L'impact d'un tel changement d'attitude peut être très important, surtout si l'industrie de la construction est prête à en profiter. On ne sait peut-être pas toujours que le partage de juridiction entre les cours provinciales et fédérale peut parfois poser de sérieux obstacles dans le règlement des litiges dans la construction. En effet, les sous-traitants doivent poursuivre l'entrepreneur général dans une cour de juridiction provinciale alors que ce dernier doit poursuivre la Couronne en cour fédérale, bien qu'il s'agisse d'un litige découlant des mêmes travaux. De la même façon, si la Couronne poursuit un architecte ou un ingénieur en garantie, elle doit le faire dans une Cour de juridiction fédérale. Les trois actions peuvent avoir des résultats contradictoires.

Cette inefficacité et cette inéquité peuvent être résolues par l'arbitrage. Jusqu'à maintenant, le seul raccourci dont pouvaient se prévaloir les entrepreneurs dans le cas de litiges avec un ministère fédéral était la médiation. Cette procédure est totalement sans effet. Selon les règlements du Conseil du trésor, la médiation ne peut porter que sur le quantum de la réclamation et ceci, seulement après que la Couronne ait admis sa responsabilité légale. De plus, les recommandations du médiateur ne lient pas les parties. Bref, la médiation est un gaspillage de temps et d'argent. L'arbitrage est une solution infiniment meilleure.

Ce qui est peut-être le principal avantage de pouvoir recourir à l'arbitrage avec le gouvernement fédéral est que, grâce à l'arbitrage ou à la menace de recourir à l'arbitrage, les entrepreneurs pourront forcer les administrateurs de contrats, par exemple l'ingénieur, à transmettre ses instructions de façon opportune. En même temps, cette nouvelle possibilité de règlement rapide des litiges devrait inciter à préparer et émettre des plans et devis plus claires. De façon générale, cela devrait améliorer l'efficacité de l'industrie de la construction.

Cette possibilité, bien entendu, n'est pas suffisante en soi. Comme nous l'avons déjà dit, le succès qu'auront les entrepreneurs à profiter de cette chance dépendra de la persévérance de l'industrie en général et des associations de construction en particulier. La loi en question habilite le gouver-

nement à recourir à l'arbitrage mais ne l'y oblige pas. C'est à l'industrie de s'assurer qu'elle pourra en retirer tous les bénéfices possibles.

La Loi fédérale est une réplique presque exacte de la loi type de la CNUDCI et est sensiblement différente des lois sur l'arbitrage des différentes provinces de common law et des dispositions du **Code de procédure civile** du Québec.

Le principe fondamental de la loi type et de la loi fédérale est la reconnaissance du droit qu'ont les parties de convenir de la procédure à suivre (art. 19) de façon à répondre à leurs besoins spécifiques, soit en adoptant des règles déjà établies, telles celles de l'A.C.C. ou en négociant une convention expresse. Il y a un avantage indéniable à ce que ce soit au niveau des associations que la négociation de cette convention se fasse et cela devrait être suivi. Sinon, tout le processus pourrait mourir de sa belle mort.

La plus importante dérogation aux pratiques canadiennes actuelles est la limitation radicale du pouvoir d'intervention des tribunaux. L'article 5 du **Code d'arbitrage commercial** en annexe à la **Loi** prévoit que:

"Pour toutes les questions régies par la présent Code, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celui-ci le prévoit."

Les cas d'intervention prévus sont:

Article 9: L'octroi de mesures provisoires ou conservatoires, à la demande d'une partie.

Article 11: La nomination des arbitres lorsque les parties n'y ont pas procédé.

Article 13: La récusation d'un arbitre pour cause de conflit d'intérêt, c'est-à-dire de manque d'impartialité ou d'indépendance.

Article 14: Carence ou incapacité d'un arbitre de remplir sa mission.

Article 16: Statuer sur la compétence du tribunal arbitral lorsque cela est contesté.

Article 27: Assistance pour l'obtention de preuves.

Article 34: Annulation de la sentence arbitrale pour une ou plusieurs des causes suivantes:

- (a) La Convention d'arbitrage est non valable;
- (b) Une partie n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale;
- (c) La sentence porte sur un différend non visé dans le compromis;
- (d) La procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des

parties;

- (e) L'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage au Canada;
- (f) La sentence est contraire à l'ordre public au Canada.

À l'heure actuelle, on ne peut que conjecturer la portée réelle des motifs d'annulation de la sentence. L'avenir apportera sans doute des éclaircissements et des frustrations. Il est malheureux que l'industrie de la construction n'ait pas été appelée à faire ses représentations avant que le projet de loi soit adopté. Il est douteux, cependant, que des changements majeurs auraient été soumis ou acceptés. Il faut aussi noter les stipulations de l'article 4 du Code, Renonciation au droit de faire objection, qui pourrait considérablement restreindre la possibilité d'invoquer l'article 34.

Enfin, il est utile de citer le paragraphe a) de l'article 2 du Code qui se lit comme suit:

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

En pratique, il n'y a qu'une seule institution "permanente" d'arbitrage au Canada: l'Institut des arbitres du Canada Inc. Le Centre d'arbitrage commercial international de Colombie-Britannique n'est pas une institution arbitrale au sens de ce paragraphe parce qu'il n'assure pas le déroulement d'arbitrages et que, de plus, il n'a pas le pouvoir de nommer des arbitres conformément aux dispositions du paragraphe 4 c) de l'Article 11 du Code.

Certains s'interrogent sur le bien-fondé de l'introduction d'une institution dans le processus arbitral et soutiennent que la liberté des parties et la discrétion des arbitres doivent demeurer intouchables, et que les institutions peuvent entraver cette liberté. Les auteurs sont d'avis contraire et croient que l'arbitrage des litiges découlant de contrats de construction avec le gouvernement fédéral ne pourra être pleinement efficace sans la présence d'une institution indépendante, ne serait-ce que pour éviter l'intervention fréquente des tribunaux chaque fois qu'une partie refuse ou néglige de nommer un arbitre, par exemple, car ceci pourrait mettre en péril le but visé par la Loi. Il faut aussi se rendre à l'évidence que l'arbitrage ne deviendra un moyen reconnu de résolution des litiges que lorsque les arbitres qualifiés seront plus nombreux. L'Institut des arbitres du Canada est le seul organisme qui forme des arbitres et qui est en mesure d'établir un programme crédible d'accréditation.

Oui! Le Canada accepte l'arbitrage mais il faudra encore du temps pour que l'arbitrage remplisse toutes ses promesses.

L'IMPORTANCE DE LA TECHNOLOGIE

Lors d'une enquête menée par le bureau d'Ottawa de RAL, cet été, les porte-parole de 13 associations nationales représentant les divers secteurs de l'industrie de la construction ont été interrogés sur ce qu'ils considéraient comme étant les principaux problèmes qui confronteront l'industrie maintenant et au cours de la prochaine décennie. On demandait aux participants de nommer ce qui leur venait tout de suite à l'esprit.

Le problème mentionné le plus souvent était la survie face à un marché en décroissance et une concurrence en pleine croissance. Les 46 problèmes identifiés ont été évalués quant à leur aspect technologique. 15 problèmes étaient considérés vitaux et 15, significatifs, à cet égard. De façon non pondérée quant à leur importance relative, les deux tiers des problèmes ont donc un aspect technologique important.

Le Bulletin Revay est publié par Revay et Associés Limitée, firme nationale d'experts-conseils en administration et d'économistes en construction et de relations gouvernementales. Les articles peuvent être reproduits moyennant mention de la source. Vos observations et suggestions pour les prochains articles sont bienvenus.

MSR INTERNATIONAL INC.

Dans notre dernier numéro, nous annonçons la formation de MSR International Inc. Nous vous présentons maintenant le secrétaire-trésorier de cette firme, Monsieur Manning Seltzer.



E. Manning Seltzer a reçu un diplôme B.S. de l'Université Villanova et un doctorat en droit de Harvard.

De 1956 à 1977, il était avocat-conseil en chef pour le Corps des ingénieurs de l'Armée américaine (U.S. Army Corps of Engineers). A ce titre, il était responsable du système juridique du Corps qui comptait environ 450 avocats dans le monde entier.

Sa carrière professionnelle a toujours été orientée vers les causes reliées à la construction et au génie, particulièrement dans les grands travaux et les structures en hauteur. M. Seltzer a été impliqué dans les problèmes juridiques de plusieurs projets de construction tant aux États-Unis qu'à l'étranger, notamment en France, en Italie, en Allemagne, en Grèce, en Iran, au Pakistan, en Islande, au Groenland, au Canada, au Maroc, en Arabie Saoudite, à Panama, en Corée, au Japon, à Taiwan et dans d'autres pays. Son expérience dans le droit des pays étrangers et ses contacts avec les autorités de ces pays font qu'il est un représentant judiciaires de ses clients qui oeuvrent dans la construction à l'extérieur des États-Unis.

M. Seltzer a présidé de nombreux bureaux et comités oeuvrant dans le domaine du développement et de la modernisation des procédures de contrats de construction. Il fut activement impliqué en tant que représentant du Département de la défense auprès du comité interdépartemental du gouvernement américain pour la révision des documents contractuels utilisés par toutes les agences du gouvernement fédéral américain impliquées dans la construction. Il a participé au développement des contrats à prix fixes plus honoraires employés par le Département de la défense pour la construction ainsi que pour les architectes et les ingénieurs. Il a de plus joué un rôle important dans la rédaction des procédures pour les négociations et l'établissement des honoraires pour ces contrats.

De 1956 à 1965, il fut président du tribunal administratif du Corps des ingénieurs, le "Board of Contract Appeals". A ce titre, il a présidé aux auditions de plusieurs litiges reliés à des contrats de construction. Il a examiné plusieurs cas de réclamations fondés sur des modifications aux travaux, des conditions de sous-sol différentes de celles prévues, des erreurs de conception ou des délais. Plusieurs fois, ces causes ont impliqué l'étude de calendriers et de réseaux d'ordonnancement des travaux, prévus et réalisés, de même que la détermination de la responsabilité des parties à l'égard de l'exécution du contrat.

Au fil des années, M. Seltzer a continué d'exercer dans le domaine du droit relié au génie et à la construction. Il représente plusieurs clients exerçant ces activités.

M. Seltzer a écrit plusieurs articles sur les réclamations dans la construction et a présenté plusieurs exposés dans des universités et lors de divers symposiums sur les contrats de construction.

POUR NOUS CONTACTER

Veuillez visiter www.revay.com pour les adresses actuelles de nos bureaux. Si vous voulez faire partie de la liste d'envoi du *Bulletin Revay*, [cliquez ici](#).