

## Vous pouvez obtenir ce que vous avez négocié ou non : une ordonnance de mise sous séquestre écarte une clause d'arbitrage dans l'affaire Mundo Media



12 SEPTEMBRE 2022 9 MIN DE LECTURE

### Expertises Connexes

- [Arbitrage national et international](#)
- [Insolvabilité et restructuration](#)
- [Litiges en droit des sociétés et en droit commercial](#)

Auteurs(trice): [Mary Paterson, Sarah Firestone](#)

L'arbitrage est un mode consensuel de résolution des différends qui permet aux parties de personnaliser leur processus et même de choisir leur propre décideur. L'insolvabilité est le scénario diamétralement opposé, dans lequel les différends concernant le débiteur sont involontairement regroupés devant un seul tribunal d'insolvabilité. Ces deux univers se sont entrechoqués devant la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Mundo Media Ltd (Re)* (2022 ONCA 607).<sup>11</sup> Selon la Cour, l'insolvabilité a préséance sur la clause d'arbitrage.

Le séquestre de Mundo Media a demandé à la Cour de forcer SPay Inc. (SPay) à payer ses comptes débiteurs envers Mundo Media. SPay a demandé un sursis, soutenant que le différend devrait être soumis à l'arbitrage aux termes d'une clause contractuelle d'arbitrage, et que dans tous les cas, SPay exercerait ses droits de compensation pour l'ensemble de la réclamation visant les comptes débiteurs – et que par conséquent, quelque soit l'issue du différend, Mundo ne recevrait aucun paiement en espèces.

La Cour devait faire un choix : appliquer une clause d'arbitrage, donner effet à l'entente négociée entre les parties et envoyer un différend à une autre instance que le tribunal d'insolvabilité, ou écarter la clause d'arbitrage et faire juger le différend par le tribunal d'insolvabilité, en donnant effet au modèle de « procédure unique ». Dans l'affaire *Mundo Media*, le modèle de procédure unique a prévalu.

### Points à retenir

- **Les parties n'obtiennent pas toujours l'arbitrage pour lequel elles ont négocié.** Les lois nationales et internationales en matière d'arbitrage au Canada révèlent une intention législative de respecter l'autonomie des parties sauf dans certaines « circonstances précises ». Lorsque des parties concluent une clause d'arbitrage au Canada, elles s'attendent à « un processus autonome, autosuffisant et indépendant aux termes duquel les parties conviennent de faire résoudre leurs différends par un arbitre, et non par les

tribunaux ».<sup>[2]</sup> *Mundo Media* illustre les « circonstances précises » dans lesquelles l'autonomie des parties n'est pas respectée et où les parties ne sont pas autorisées à utiliser le mécanisme de règlement des différends qu'elles ont négocié. Cependant, les deux tribunaux ont pris soin de limiter l'affaire *Mundo Media* à ses faits. Il reste à voir quand les tribunaux canadiens honoreront une entente négociée entre les parties face à d'autres scénarios d'insolvabilité.

- **Une demande de compensation peut conduire un demandeur devant un tribunal d'insolvabilité.** Le modèle de « procédure unique » est un principe fondamental des lois en matière d'insolvabilité qui prévoit que tous les différends concernant un débiteur insolvable doivent être traités dans le cadre d'une procédure en insolvabilité, plutôt que d'être fragmentés en différentes procédures. Dans cette affaire, la demande de compensation de SPay contre *Mundo Media* était suffisamment reliée à d'autres demandes pour imposer le modèle de procédure unique au règlement de la demande. Les tribunaux ne vont pas jusqu'à soutenir que *toutes* les demandes de compensation à l'encontre d'une partie insolvable feront l'objet d'un arbitrage selon le modèle de procédure unique, mais les tribunaux n'ont pas exploré les cas où des demandes de compensation seraient réglées en dehors de la procédure unique.
- **Arbitrage et insolvabilité : la saga se poursuit.** *Mundo Media* constitue un nouveau chapitre dans la saga des tribunaux confrontés aux autres procédures de résolution de différends. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est récemment penchée sur une question semblable dans *Petrowest Corporation c. Peace River Hydro Partners* (2020 BCCA 339).<sup>[3]</sup> La Cour suprême a entendu un appel dans cette affaire en janvier 2022 et sa décision est attendue avec impatience par les avocats en arbitrage et en insolvabilité.

## Les décisions

La question dans *Mundo Media* était de déterminer si un séquestre devait faire valoir la demande d'une société contre une partie contractante dans des procédures d'arbitrage à New York, ou si la demande pouvait être résolue uniquement par les procédures de mise sous séquestre de l'Ontario. Un séquestre a été nommé pour les biens et les actifs de Mundo en vertu de l'article 243 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI). Le séquestre a demandé une ordonnance obligeant SPay à régler à Mundo les factures en souffrance, qui correspondaient aux plus importants comptes débiteurs de Mundo et son actif principal. SPay a demandé un sursis fondé sur la clause d'arbitrage contenue dans les contrats liant les parties qui exigent que tout différend « découlant » des ententes ou « y étant lié », ainsi que le caractère arbitrable de tout différend, soit résolu par arbitrage à New York en vertu des lois applicables à New York.<sup>[4]</sup>

Le juge saisi de la motion a rejeté la demande de suspension, soutenant que le tribunal ontarien avait compétence. Il est parvenu à sa conclusion malgré l'article 8(1) de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial (la « Loi type ») intégrée par renvoi à la *Loi sur l'arbitrage commercial international* (LACI),<sup>[5]</sup> qui exige qu'un tribunal envoie une question en arbitrage à la demande d'une partie si les parties et la question faisant l'objet du différend sont assujetties à une convention d'arbitrage.<sup>[6]</sup> Le juge Penny a soutenu qu'une ordonnance de mise sous séquestre avait pour effet de supplanter la clause d'arbitrage. Il n'y avait pas de conflit entre l'article 8(1) de la Loi type et l'article 243 de la LFI puisque la Loi type prévoit une restriction dans le libellé obligatoire (« renverra les parties à l'arbitrage... à moins ... »).

Les demandes d'un débiteur contre un tiers seront entendues dans des procédures d'insolvabilité si le tiers n'est pas « étranger à la faillite ».<sup>[7]</sup> Le « facteur déterminant » est le degré du lien entre la demande et les procédures d'insolvabilité.<sup>[8]</sup> Dans la présente affaire, SPay n'était pas étranger parce que

- le séquestre visait à réaliser un actif important de Mundo au bénéfice de tous les créanciers
- SPay « compte revendiquer... sa propre demande contre Mundo au moyen d'une défense de compensation »
- « rien n'indique si les sommes qui, selon les allégations de SPay, lui sont dues aux termes de l'entente d'édition constituent une demande reconventionnelle ou une compensation »<sup>[9]</sup>

Il serait inefficace et injuste pour les créanciers de Mundo d'envoyer le séquestre « se précipiter dans de multiples territoires de compétence ».<sup>[10]</sup>

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la demande d'autorisation d'interjeter appel de SPay.<sup>[11]</sup>

La Cour d'appel a soutenu que ça ne fait pas de différence que le tiers cherche à réduire ou à éliminer le montant payable au débiteur au moyen d'une compensation, mais ne présente pas de demande visant à recouvrer ces mêmes sommes auprès du débiteur.<sup>[12]</sup> La demande de compensation d'un tiers visant à recouvrer des sommes d'un débiteur peut avoir une grande importance pour tous les créanciers, et aborder la demande différemment en raison de sa forme irait à l'encontre de l'objet visé par le modèle de procédure unique.<sup>[13]</sup> La Cour a souligné le fait que le juge saisi de la motion n'a pas affirmé que les compensations incluent toujours ou même souvent un tiers dans le modèle de procédure unique, mais que les conclusions étaient fondées spécifiquement sur les faits en cause.<sup>[14]</sup>

Mentionnons qu'aucun des tribunaux n'a adopté le raisonnement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Petrowest*. *Petrowest* a aussi examiné la question de savoir si un séquestre nommé par le tribunal est lié par une clause d'arbitrage dans un contrat du débiteur adoptée par le séquestre. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a appliqué la doctrine de séparabilité et conclu que le séquestre n'était pas lié par les conventions d'arbitrage et ne pouvait se fonder sur les dispositions de fond des contrats et rejeter les conventions d'arbitrage. Le juge saisi de la motion dans *Mundo Media* n'était pas disposé à adopter le raisonnement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Petrowest* compte tenu de la question sérieuse concernant l'application de la doctrine de la séparabilité lorsqu'un séquestre entend intenter une poursuite sur la base d'une convention contenant une clause d'arbitrage conclue entre le débiteur et un tiers.<sup>[15]</sup>

La très attendue décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Petrowest* apportera vraisemblablement plus de clarté quant aux « circonstances limitées » dans lesquelles le modèle de procédure unique dans les questions d'insolvabilité aura préséance sur une convention d'arbitrage. *Petrowest* peut également apporter des éclaircissements sur la portée de la doctrine de la séparabilité, qui est un principe fondamental des lois nationales et internationales en matière d'arbitrage. Séparabilité – la question de savoir si une partie peut renoncer à une clause d'arbitrage ou la séparer sans renoncer à l'ensemble du contrat – est fondamentale, et *Petrowest* peut poursuivre la discussion de la Cour suprême du Canada sur la doctrine de la séparabilité dans *Uber Technologies Inc. c. Heller*.<sup>[16]</sup> La décision de la Cour suprême pourrait influencer la perception du Canada en tant que territoire favorable à l'arbitrage et peut avoir une incidence sur la façon dont les avocats et les parties à l'échelle

[1] *Mundo Media Ltd. (Re)*, 2022 ONCA 607 (*Mundo Media*) [disponible en anglais seulement].

[2] *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 RCS 144, par. 56, citant *Inforica Inc. c. CGI Information Systems and Management Consultants Inc.*, 2009 ONCA 642, par. 14 [disponible en anglais seulement].

[3] *Petrowest Corporation c. Peace River Hydro Partners*, 2020 BCCA 339 (*Petrowest*) [disponible en anglais seulement].

[4] *Mundo Media*, par. 4; *Royal Bank of Canada c. Mundo Media Ltd.*, 2022 ONSC 2147, par. 5–6 (*motion Mundo Media*) [disponible en anglais seulement].

[5] *Loi de 2017 sur l'arbitrage commercial international*, L.O. 2017, ch. 2, annexe 5; *Mundo Media*, par. 18.

[6] *Motion Mundo Media*, par. 7.

[7] *Motion Mundo Media*, par. 27; *Mundo Media*, par. 6, 24.

[8] *Mundo Media*, par. 25.

[9] *Motion Mundo Media*, par. 34; *Mundo Media*, par. 7, 26.

[10] *Motion Mundo Media*, par. 38; *Mundo Media*, par. 23, 27.

[11] *Mundo Media*, par. 10, 58.

[12] *Mundo Media*, par. 45.

[13] *Mundo Media*, par. 46–55.

[14] *Mundo Media*, par. 55–56.

[15] *Mundo Media Motion*, par. 16–18.

[16] *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 SCC 16, par. 96.