

**CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA**

**SECTION CIVILE**

**L'ARBITRAGE FAMILIAL EN ONTARIO :  
CHANGEMENTS RÉCENTS**

**AnneMarie Predko**

**John D. Gregory**

*Veillez noter que les idées et conclusions formulées dans ce document, ainsi que toute terminologie législative proposée et tout commentaire ou recommandations, n'ont pas été adoptés par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Ils ne reflètent pas nécessairement le point de vue de la Conférence et de ses participants.*

**Edmonton (Alberta)  
Août 2006**

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[1] En août 2005, l'Ontario a présenté un compte rendu à la section civile de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada sur les questions soulevées par l'arbitrage religieux en matière familiale<sup>1</sup>. Ce document décrivait les origines de cette question, les réactions qu'elle a suscitées, notamment le rapport de Marion Boyd au gouvernement, les réactions du public à ce rapport et les possibilités de règlement qui s'offraient au gouvernement. Au moment de la réunion de 2005 de la Conférence, aucune décision n'avait encore été prise à ce sujet.

[2] Depuis cette réunion, l'Ontario a adopté une loi qui tranche cette question. La *Loi de 2006 modifiant des lois en ce qui concerne des questions familiales*<sup>2</sup> a modifié la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* et la *Loi sur le droit de la famille* pour créer un nouveau cadre législatif s'appliquant aux arbitrages en matière familiale. Cette loi a reçu la sanction royale en février 2006, mais ses dispositions portant sur l'arbitrage familial n'entreront en vigueur qu'après l'élaboration de règlements. Ceux-ci devraient être adoptés au début de l'automne de cette année.

[3] Les modifications apportées en Ontario ne se concentrent pas sur le recours au droit religieux mais plutôt sur le recours exclusif aux lois de l'Ontario ou d'un autre territoire canadien. Tous les arbitrages familiaux, pour être exécutoires, doivent être effectués uniquement sous le régime du droit canadien. Cette règle exclut l'exécution non seulement des arbitrages familiaux effectués en vertu du droit religieux mais également de ceux qui ont été faits en vertu de lois d'autres pays ou des propres principes de justice de l'arbitre. Les processus de règlement des différends familiaux fondés sur ces autres règles ne sont pas interdits, mais ils n'ont aucune portée juridique; ils équivalent à des conseils.

[4] Le gouvernement a tiré profit de cette occasion pour resserrer la réglementation de l'arbitrage familial en général. Pendant l'étude Boyd et les discussions qui ont suivi, il est devenu évident qu'il fallait s'attarder à d'autres questions outre les principes régissant l'arbitrage. Une bonne partie de la nouvelle loi s'inspire du rapport Boyd, qui recommande d'améliorer les mesures de protection relatives à l'arbitrage familial.

## RAPPORT SUR L'ARBITRAGE FAMILIAL

[5] Voici les principaux changements apportés aux deux lois. Leur objectif consistait à intégrer le règlement privé des différends familiaux par voie d'arbitrage dans le régime général de la *Loi sur le droit de la famille* concernant le règlement privé ou public des différends familiaux. Comme nous l'avons souligné dans notre rapport déposé à la réunion de 2005, cette loi prévoit que le règlement privé d'un différend l'emporte sur les dispositions publiques de la loi, sauf indication contraire dans la loi. Celle-ci prévoit de telles exceptions pour un certain nombre d'aspects essentiels, afin que les accords privés (« contrats familiaux ») soient correctement formés, que les obligations alimentaires ne soient pas inadmissibles et que l'on ne puisse renoncer à certaines autres protections. La nouvelle loi allonge la liste des éléments que doivent comporter ces accords privés en cas d'arbitrage<sup>3</sup>.

### *Loi de 1991 sur l'arbitrage*

[6] La *Loi de 1991 sur l'arbitrage* a été modifiée par l'ajout de définitions pour le terme « arbitrage familial » et les termes correspondants « convention d'arbitrage familial » et « sentence d'arbitrage familial » et en soustrayant l'arbitrage familial à l'application de plusieurs dispositions importantes de la loi. Ainsi, le contenu et le déroulement d'un arbitrage familial seront plus restreints que ceux d'autres formes d'arbitrage. Voici les principales dispositions pertinentes :

- La définition prévoit que l'arbitrage familial doit être effectué exclusivement en conformité avec le droit de l'Ontario ou d'une autre autorité législative canadienne<sup>4</sup>.
- Un processus qui se veut un « arbitrage familial » sans être mené conformément au droit canadien n'a pas d'effet juridique, mais les parties conservent le droit d'obtenir des conseils d'une personne qu'elles choisissent.
- Il n'est pas renoncé au droit d'objection au processus d'arbitrage familial en cas de non-respect du délai prévu<sup>5</sup>.
- Les parties ne peuvent soustraire leur arbitrage familial à l'application des règles juridiques<sup>6</sup>.

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

- Pour régir un arbitrage familial, les parties ne peuvent choisir des règles juridiques autres que celles de l'Ontario ou d'une autre autorité législative canadienne<sup>7</sup>.
- Les parties ne peuvent renoncer à leur droit de faire appel relativement à une question de droit sur autorisation du tribunal<sup>8</sup>.
- Il peut être interjeté appel devant la Cour supérieure de justice, ou devant la Cour de la famille dans les secteurs où celle-ci a compétence<sup>9</sup>.

[7] Deux autres changements importants ont été apportés à la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*. Premièrement, l'exécution des sentences d'arbitrage familial est assujettie à la *Loi sur le droit de la famille*<sup>10</sup>. Deuxièmement, la *Loi sur l'arbitrage* permet maintenant au gouvernement de prendre des règlements sur la formation et les qualifications des arbitres qui effectuent des arbitrages familiaux, la conduite des arbitrages familiaux ainsi que la tenue de dossiers et la production de rapports concernant ces arbitrages. Il s'agit là de changements importants, surtout pour les arbitres. Jusqu'à maintenant, il n'existait aucun règlement ni exigence de formation s'appliquant aux personnes voulant offrir au public des services d'arbitrage de différends touchant le droit de la famille. Pour les avocats représentant des personnes qui vont en arbitrage, la compétence de l'arbitre est essentielle, car la sentence d'arbitrage sera exécutoire uniquement si l'arbitre satisfait aux exigences établies dans la *Loi sur l'arbitrage*.

[8] Deux aspects de la réglementation provoquent des discussions ardentes. On envisage d'exiger que les arbitres qui effectuent des arbitrages familiaux adhèrent à un organisme particulier de règlement des différends. On doit exiger que les parties à ces arbitrages soient évaluées en vue de déterminer les répercussions de la violence familiale ou des déséquilibres de pouvoir avant que l'arbitrage ne soit autorisé dans leur cas.

[9] Dans une grande mesure, l'adhésion à un organisme peut se substituer à la réglementation directe. Nous nous demandons quelles caractéristiques devrait présenter un organisme pour que l'adhésion à ce dernier représente une solution de rechange acceptable à la réglementation, par exemple, le fait qu'il exige une formation ou une expérience particulière, qu'il supervise ses membres, qu'il dispose d'un processus de traitement des plaintes ou qu'il prévoit des mesures disciplinaires.

## RAPPORT SUR L'ARBITRAGE FAMILIAL

[10] Le dépistage des situations de violence familiale peut revêtir beaucoup d'importance en arbitrage familial. Cette tâche n'incomberait généralement pas aux arbitres, puisqu'ils ne doivent pas rencontrer les parties séparément. Elle irait d'ailleurs à l'encontre de leur rôle, qui s'apparente à celui d'un juge lorsqu'il s'agit de trancher les différends. Cependant, ils devraient probablement recevoir une formation qui leur permettra de reconnaître les répercussions de la violence familiale. On n'a pas encore établi qui devrait effectuer le dépistage et les qualifications requises à cette fin. La question de savoir si les arbitres devraient être mis au courant des résultats du dépistage a donné lieu à de profondes divergences entre les spécialistes du règlement extrajudiciaire des différends, surtout les avocats, d'une part, et les personnes et organismes qui luttent contre la violence faite aux femmes d'autre part.

[11] En outre, les arbitres qui effectuent des arbitrages familiaux seront tenus de produire un rapport d'arbitrage. Ce rapport permettra pour la première fois d'obtenir des renseignements sur ce qui se passe réellement sur le terrain, et de savoir combien il y a d'arbitrages familiaux, qui sont les parties, quels sont les enjeux et ce qui se passe. Au moment d'écrire ces lignes, le contenu précis de ces rapports et la question de leur accessibilité demeurent à l'étude.

### *Loi sur le droit de la famille*

[12] Les modifications apportées à la *Loi sur l'arbitrage* sont liées à celles qui sont apportées à la *Loi sur le droit de la famille* et en sont le reflet. En vertu d'un nouvel article ajouté à la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, l'arbitrage familial est régi à la fois par cette loi et par la *Loi sur le droit de la famille*, mais en cas de conflit cette dernière l'emporte<sup>11</sup>. Un article semblable a été ajouté à la *Loi sur le droit de la famille*<sup>12</sup>. Cette loi reprend également les mêmes définitions pour l'arbitrage familial et les expressions dérivées<sup>13</sup>. Les conventions d'arbitrage familial sont ajoutées à la définition de « contrat familial ». De nouveaux articles ont été ajoutés pour traiter particulièrement de l'arbitrage familial<sup>14</sup>.

[13] L'essentiel de la politique figure aux nouveaux articles 59.1 à 59.8. L'article 59.3 prévoit que les parties ne peuvent se soustraire par convention aux protections prévues aux autres articles. Aux termes de l'article 59.4, les parties ne peuvent conclure une convention d'arbitrage avant que ne survienne le différend dont elle fait l'objet. Par exemple, dans un contrat de mariage ou un accord de cohabitation, les parties ne peuvent se lier à soumettre un différend éventuel à

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

l'arbitrage<sup>15</sup>. L'article 59.5 prévoit qu'une sentence d'arbitrage familial peut être exécutée ou annulée de la même façon qu'un contrat familial. Cette disposition découle de la politique voulant qu'une sentence soit assujettie aux mêmes règles qu'un accord de séparation si une partie demande qu'il soit passé outre à certaines de ses dispositions en vertu de l'article 56 de la *Loi sur le droit de la famille*. Bref, d'après cette politique, les sentences d'arbitrage familial devraient être considérées comme des règlements privés plutôt que comme des ordonnances judiciaires. On peut affirmer que cette démarche se rapproche de la politique de la province de Québec du fait qu'elle accorde plus de poids à l'impact des règlements privés sur l'ordre public et qu'elle ne permet pas de les transformer facilement en ordonnances judiciaires<sup>16</sup>. Le gouvernement reconnaît qu'il s'agit là d'un changement important par rapport à la politique en vigueur dans de nombreux territoires de *common law*.

[14] L'article 59.6 établit les exigences procédurales à respecter pour qu'une sentence d'arbitrage soit exécutoire. Comme les conventions d'arbitrage familial ont été ajoutées à la définition de « contrat familial », toutes les protections prévues aux articles 55 (forme du contrat) et 56 de *Loi sur le droit de la famille* s'appliquent à ces conventions. L'article 56 énumère une série de tests judiciaires dont le tribunal doit tenir compte pour interpréter un contrat familial ou déterminer s'il faut passer outre à ce contrat :

- Les contrats familiaux doivent être dans l'intérêt véritable des enfants, et leurs dispositions ayant trait aux aliments doivent être conformes aux lignes directrices sur les aliments pour les enfants (ou contenir d'autres dispositions raisonnables).
- Les contrats familiaux nécessitent une divulgation exacte et intégrale de la situation financière des parties. En outre, celles-ci doivent comprendre la nature et les conséquences de ce contrat. La signification de cette dernière exigence peut varier selon le niveau de connaissances des parties, mais d'après l'interprétation la plus courante, les parties doivent obtenir un avis juridique indépendant.
- En outre, le contrat ne peut être motivé par le retrait d'obstacles d'ordre religieux au remariage.

[15] Les exigences du nouvel article 59.6 s'ajoutent à celles des articles 55 et 56. Ainsi :

## RAPPORT SUR L'ARBITRAGE FAMILIAL

- la convention doit être conforme à tout règlement pris en application de la *Loi sur l'arbitrage*;
- les parties doivent recevoir un avis juridique indépendant avant la conclusion de la convention;
- les exigences de forme s'appliquant à une sentence d'arbitrage sont remplies (les sentences doivent être datées et signées, fournir des motifs et être signifiées aux parties);
- l'arbitre est qualifié pour effectuer un arbitrage familial conformément aux règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage*.

[16] Le paragraphe 59.6 (2) permet au procureur général de prévoir une formule standard pour le certificat d'avis juridique indépendant.

[17] Après avoir prévu toutes ces protections supplémentaires pour les arbitrages familiaux, il était difficile d'imaginer la tenue d'un arbitrage rapide pour résoudre un différend relativement simple, du type que règlent les coordonnateurs parentaux. Si les parties, dans leur plan parental, ont convenu de recourir à l'arbitrage en cas de différend concernant le droit de visite, est-il vraiment nécessaire de prévoir toutes les protections qui s'appliquent à un arbitrage familial conventionnel? Pour régler ce problème, l'article 59.7 soustrait les « arbitrages secondaires » à l'application des dispositions interdisant les accords faits à l'avance, exigeant l'obtention d'un avis juridique indépendant et imposant des exigences de forme pour la sentence d'arbitrage en vertu de la *Loi sur l'arbitrage*.

[18] Un arbitrage secondaire est un arbitrage « effectué conformément à un accord de séparation, une ordonnance du tribunal ou une sentence d'arbitrage familial qui prévoit l'arbitrage d'éventuels différends relatifs à la gestion ou l'application continue de l'accord, de l'ordonnance ou de la sentence »<sup>17</sup>. La coordination parentale représentait le principal type de décision exécutoire que le gouvernement considérerait comme un arbitrage secondaire, mais d'autres procédures visant à trancher des questions communes seraient également visées. Par exemple, la gestion courante d'un accord de séparation, d'une sentence d'arbitrage ou d'une

ordonnance judiciaire, comme la modification d'une ordonnance alimentaire, pourrait être réglée par l'arbitrage secondaire s'il en est fait mention dans l'ordonnance ou l'accord initial. De même, des questions concernant l'application d'un accord, comme le mécanisme de vente de biens ou de règlement de différends sur l'évaluation d'intérêts bénéficiaires futurs, pourraient également s'y prêter. Cependant, les questions qui ne sont pas abordées dans l'accord ou auxquelles les parties renoncent en vertu de ce dernier ne pourraient faire l'objet d'un arbitrage simplifié par l'entremise d'un processus d'arbitrage secondaire.

[19] Au moment du dépôt de la loi et lors des audiences du Comité permanent, l'exécution des sentences d'arbitrage familial a soulevé des inquiétudes chez plusieurs spécialistes<sup>18</sup>. La *Loi sur l'arbitrage* prévoit un mécanisme sommaire d'exécution<sup>19</sup> qui, selon les arbitres et les avocats qui recourent à l'arbitrage, était efficace. Cependant, le projet de loi soustrayait les arbitrages familiaux à l'application de ce mécanisme d'exécution. Ainsi, le Barreau craignait que la nécessité de déposer une requête au tribunal pour faire exécuter une sentence ne pousse les parties à revenir sur les questions qui les opposaient, et qu'elle favoriserait le recours aux tribunaux chez les gens qui avaient décidé de s'en remettre plutôt à l'arbitrage. La difficulté consistait à conserver un processus simple tout en veillant à respecter toutes les exigences des nouvelles dispositions de la *Loi sur le droit de la famille*. Nous avons besoin d'un mécanisme sommaire d'exécution, même si les exigences relatives à l'exécution tenaient plus du fond que de la procédure. En bout de ligne, le Comité permanent a ajouté à la *Loi sur le droit de la famille* l'article 59.8, qui se rapproche des dispositions de l'article 50 actuel de la *Loi sur l'arbitrage*. La principale différence entre les deux réside dans le fait que certains documents doivent être fournis au tribunal pour lui permettre de déterminer si les exigences pertinentes des deux lois ont été respectées.

### **Conclusion**

[20] La *Loi de 2006 modifiant des lois en ce qui concerne des questions familiales* est la réponse du gouvernement de l'Ontario aux questions soulevées concernant l'arbitrage religieux en matière familiale et le rôle de l'arbitrage comme mécanisme de règlement des différends dans les causes relevant du droit de la famille. Les éléments de la loi qui portent sur l'arbitrage familial



## RAPPORT SUR L'ARBITRAGE FAMILIAL

ne sont pas encore en vigueur; le gouvernement étudie actuellement des observations sur l'élaboration de règlements qui régiront la formation des arbitres, le déroulement des arbitrages familiaux et les dossiers concernant ces arbitrages. La loi assujettit les arbitrages familiaux à des exigences strictes et en permet la révision dans un certain nombre de situations. À bien des égards, une fois la loi en vigueur, les arbitrages familiaux s'apparenteront à des accords privés familiaux plutôt qu'à des instances judiciaires.

---

<sup>1</sup> Accessible dans le site Web de la CHLC à [http://www.ulcc.ca/fr/poam2/Faith-based\\_Family\\_Arbitration\\_Fr.pdf](http://www.ulcc.ca/fr/poam2/Faith-based_Family_Arbitration_Fr.pdf)

<sup>2</sup> L.O. 2006, chap. 1, [http://www.e-laws.gov.on.ca/DBLaws/Source/Statutes/French/2006/S06001\\_f.htm](http://www.e-laws.gov.on.ca/DBLaws/Source/Statutes/French/2006/S06001_f.htm)

<sup>3</sup> Comme il n'y a pas de loi uniforme sur le droit de la famille, ces changements pourraient revêtir moins d'intérêt pour la Conférence que ceux apportés à la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*. Cependant, ces derniers changements ont été conçus par souci d'intégration dans le droit de la famille.

<sup>4</sup> Paragraphe 1 (1) modifié de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*.

<sup>5</sup> Article 3 modifié, nouvelle sous-disposition 2. ii – aucune renonciation au droit d'objection.

<sup>6</sup> Article 3 modifié, nouvelle sous-disposition 2. iii – aucune renonciation à l'application de la loi.

<sup>7</sup> Nouveaux paragraphes 32 (3) et (4), et article 3 modifié, nouvelle sous-disposition 2. iv – aucune renonciation à l'applicabilité des règles juridiques aux nouveaux paragraphes.

<sup>8</sup> Article 3 modifié, nouvelle sous-disposition 2. v – aucune renonciation du droit d'appel prévu à l'article 45. Cette modification est fondée notamment sur le principe voulant que si l'on assujettit les arbitrages familiaux au droit canadien, il faut disposer d'un mécanisme permettant d'assurer le respect de cette règle.

<sup>9</sup> Nouveau paragraphe 45 (6) et modifications corrélatives à la *Loi sur les tribunaux judiciaires*.

<sup>10</sup> Nouveaux paragraphes 2.1 (1) et (2) et nouvel article 50.1. Soulignons que ces dispositions remplacent l'article 50 de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* pour ce qui est de l'exécution d'une *sentence*. L'exécution des *ordonnances provisoires* d'un arbitre de la famille, par exemple en vertu de l'article 25 (exigeant la production de documents) ou de l'article 29 (exigeant la comparution de témoins) n'est pas visée par ces modifications. L'exécution en vertu de la *Loi sur le droit de la famille* est abordée en détail plus loin.

<sup>11</sup> Nouvel article 2.1.

<sup>12</sup> Nouvel article 59.1 de la *Loi sur le droit de la famille*.

<sup>13</sup> Nouvelles dispositions de l'article 51 de la *Loi sur le droit de la famille*.

<sup>14</sup> Articles 59.1 à 59.8.

<sup>15</sup> Des exceptions à cette règle sont prévues dans le cas des arbitrages secondaires, que nous abordons plus bas.

<sup>16</sup> Évidemment, le Québec interdit l'arbitrage dans les différends familiaux, qu'il considère, à la manière des questions relatives à l'état civil, comme relevant de l'ordre public.

<sup>17</sup> Paragraphe 59.7 (2)

<sup>18</sup> Les délibérations du Comité permanent des affaires gouvernementales sont accessibles en ligne à [http://www.ontla.on.ca/hansard/committee\\_debates/38\\_parl/session2/GenGov/index.htm](http://www.ontla.on.ca/hansard/committee_debates/38_parl/session2/GenGov/index.htm) (16, 17 et 18 janvier 2006). Cette question a été soulevée le 16 janvier par l'Association du Barreau de l'Ontario, Lorne Wolfson, Thomas Bastedo et Nicole Tellier.

<sup>19</sup> Article 50.