Vol. 26, No. 1 Printemps/Eté 2017

journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien

Publié par l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc. / Also available in English. ADRIC.ca

ADR Institute of Canada
Institut d'arbitrage et de médiation du Canada TM/MC

ARBITRAGE. MÉDIATION. RÉSOLUTION.

DANS CE NUMÉRO

Message du président 4
M. Scott Siemens, Méd.A, B. Com., FICB

Mot du rédacteur en chef 6
William G. Horton, FCIArb, Arb.A

L'arrêt Novatrax : La Cour d'appel confond une clause d'arbitrage international avec une clause de choix d'une instance et suspend erronément une action 8
John S. Kelly, J.D., S.A, FCIArb

Les effets de l'arrêt *Intact* sur l'arbitrage commercial 13
David Campbell

Félicitations à nos nouveaux titulaires! 16

Le financement de l'arbitrage par des tiers 17
Jessica Gill, Rachel A. Howie

Forfaits de Commandite 19

La sagesse du législateur Québécois et la médiation : Comment la théorie des jeux appuie son coup de pouce ... 25
Steve Lorteau, BA

Prix d'Excellence à la Mémoire de Lionel J. McGowan — Demande des nominations pour 2017 27

Désignations professionnelles pour médiateurs et pour arbitres 30

La médiation commerciale multipartite complexe : défis et stratégies 31
Stephen Morrison, Méd.A, Arb.A, FCIArb

STEVE LORTEAU
AUTEUR : « LA SAGESSE DU LÉGISLATEUR QUÉBÉCOIS ET LA MÉDIATION : COMMENT LA THÉORIE DES JEUX APPUIE SON COUP DE POUCE » - *VOIR LA PAGE 25*

ABONNEZ-VOUS À
ADRIC.CA/FR

NOUVELLES ET ÉVÉNEMENTS

PAGE 3 - CONFÉRENCE IAMC 2017 - DU 18 AU 20 OCTOBRE 2017
PAGE 11 - RÈGLES D'ARBITRAGE DE L'IAMC MODIFIÉES
PAGE 27 - PRIX MCGOWAN - DEMANDE DES NOMINATIONS
PAGE 16 - NOS NOUVEAUX TITULAIRES DE TITRES PROFESSIONNELS

VOL. 26, NO. 1
PRINTEMPS/ETÉ 2017
SPRING/SUMMER 2017

L'une de deux publications officielles de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada inc.

One of two official publications of the ADR Institute of Canada, Inc.

234 Eglinton Avenue East, Suite 407
Toronto, Ontario M4P 1K5
416-487-4733
1-877-475-4353
416-901-4736
journal@adric.ca
www.adric.ca/fr

Directrice générale / Executive Director
Janet McKay

Coordonnatrice du JOURNAL / JOURNAL Coordinator
Brenda Lesperance

Comité de rédaction / Editorial Board
Melissa N. Burkett, B.A. Adv., LL.M., Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Calgary
Mary Comeau, LL.B., Norton Rose Fulbright Canada LLP, Calgary
Stephen L. Drymer, Woods LLP, Montreal
Jennifer L. Schulz, B.A., LL.B., M.Phil., S.J.D Manitoba

Rédacteur en chef / Editor-in-Chief
William G. Horton, C.Arb, FCIArb, William G. Horton Professional Corporation, Toronto

Le Journal canadien d'arbitrage et de médiation (ISSN 1192-537X) est publié deux fois par année par l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada inc. ©2017. Tous droits réservés. Sa reproduction ou sa transmission, en tout ou en partie, sous quelque forme ou par quelque moyen, ou son stockage dans un système d'extraction, sans l'autorisation préalable du propriétaire des droits d'auteur, sont interdits.

Canadian Arbitration and Mediation Journal (ISSN 1192-537X) is published twice a year by the ADR Institute of Canada, Inc. ©2017, All rights reserved. Reproduction or transmittal, in whole or in part, in any form or by any means, or its storage in a retrieval system, without prior permission of the copyright owner in writing, is forbidden.

POUR S'ABBONER / SUBSCRIBE:
http://adric.ca/fr/

NUMÉROS ANTÉRIEURS / BACK ISSUES:
http://adric.ca/fr/resources/journal-articles/

ADR Institute of Canada
Institut d'arbitrage et de médiation du Canada

SUIVEZ-NOUS SUR LES MÉDIAS SOCIAUX / JOIN US ON SOCIAL MEDIA

QUI SOMMES-NOUS?

L'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada (IAMC) réunit sept filiales, ainsi que les principaux bureaux d'avocats et associations, pour promouvoir la résolution créative des conflits dans tout le pays et à l'échelle internationale.

Cette vaste base de membres, qui suppose des compétences et expériences des plus diverses, contribue au développement du domaine du règlement des différends au Canada.

Plusieurs organisations font appel à l'IAMC pour orienter la gestion de leurs différends avec leurs clients, ou encore des différends entre employés ou entre les employés et la direction, en consultant ses Règles nationales de médiation et ses Règles d'arbitrage. Les membres adhèrent au Code de déontologie de l'IAMC et sont assujettis à la politique en matière de plaintes et de mesures disciplinaires. Ceux qui ont atteint les niveaux de scolarité et d'expérience pratique exigés peuvent soumettre leur candidature afin d'obtenir un titre professionnel leur permettant d'être reconnus comme des arbitres brevetés, des arbitres agréés, des médiateurs brevetés ou des médiateurs agréés.

CONSEIL D'ADMINISTRATION 2016-2017

EXECUTIF

M. Scott Siemens, C.Med, B.Com, FICB
Président et Administrateur / Représentant de filiale - ADRSK, Sask.

James (Jim) Musgrave, Q.C., C.Med, Q.Arb
Ancien président et Administrateur / Représentant corporatif - Cox & Palmer, Halifax, N.-E.

Thierry Bériault, C.Med, LL.L., D.PRD
Vice-président (Président élu) et Administrateur / Représentant de filiale - IMAQ, Québ.

Andrew (Andy) D. Butt, C.Med, Q.Arb
Vice-président et Administrateur - Représentant de filiale - ADRAI, Provinces de l'Atlantique

Jim McCartney, LL.B., BA, C.Med, C.Arb
Vice-président et Administrateur général - Calgary, Alb.

Josie Parisi, CPA, CA, CBV, CIRP
Administratrice générale et trésorière - Toronto, Ont.

ADMINISTRATEURS

Sara Ahlstrom
Administratrice - Représentante corporatif - Dispute Resolution Services, Alberta Municipal Affairs, Edmonton, Alb

Glen W. Bell, LL.B., C.Arb
Administrateur / Représentant de filiale - ADRBC, C.-B.

Laura Bruneau, BA, LL.B, CMC
Administratrice - Représentante corporatif - Bruneau Group, Inc., Ottawa, Ont.

Mary Comeau, LL.B.
Administratrice - Représentante corporatif - Norton Rose Fulbright Canada LLP, Calgary, Alb.

Michael Erdle, B.J., LL.B., C.Med, C.Arb
Administrateur / Représentant de filiale - ADRIO, Ont.

William J. Hartnett, Q.C., LL.B.
Administrateur génénal, Calgary, Alb.

Wendy Hassen, C.Med
Administratrice / Représentante de filiale - ADRIA, Alb.

Michelle T. Maniago, B.A., LL.B
Administratrice - Représentante corporatif - Borden Ladner Gervais LLP, Vancouver, C.-B.

P. David McCutcheon, LL.B., C.Arb (Fellow)
Ancien président / Administrateur génénal - Toronto, Ont.

Michael Schafler
Administrateur - Représentant corporatif - Dentons Canada LLP, Toronto, Ont.

Jennifer L. Schulz, B.A., LL.B., M.Phil., S.J.D.
Administratrice / Représentante de filiale - ADRIM, Man.

Anne M. Wallace, Q.C., LL.B., C.Arb, C.Med, CTAJ, IMI Cert.
Administratrice génénale - Saskatoon, Sask.

AUTRES ADMINISTRATEURS

Janet McKay
Secrétaire et directrice générale

MEMBRES PARTENAIRE DE L'INSTITUT D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION DU CANADA

Alberta Energy Regulator
Borden Ladner Gervais LLP
Bruno Group
Canadian Institute for Conflict Resolution
Cox & Palmer
Dentons Canada LLP
Environmental Appeals Board
Gowling WLG
Ismaili Conciliation and Arbitration Board of Canada
Imperial Oil Ltd.
Insurance Bureau of Canada
McInnes Cooper
Norton Rose Fulbright Canada LLP
Osler, Hoskin & Harcourt LLP
Rose LLP
Shell Canada Limited

DEVENEZ MEMBRE PARTENAIRE - communiquez avec Janet McKay, Directrice générale : 1-877-475-4353, poste 105 *janetmckay@adric.ca*

LES 18 AU 20 OCTOBRE 2017
ST. JOHN'S, T.-N.

IAMC 2017 : PRD ET ACCÈS À LA JUSTICE

La Conférence nationale annuelle de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada est l'évènement en PRD le plus prestigieux et important au Canada[MD] !Tous les cabinets et entreprises d'envergure intéressés par ce domaine voudront donc y assister.

Nous sommes à choisir des partenariats, des sujets et des conférenciers particulièrement intéressants.

Deux journées remplies de séances de 75 et 90 minutes sur la médiation et l'arbitrage commercial, l'arbitrage international, la médiation familiale, la médiation en milieu de travail, ainsi que des sujets spécialisés, le retour des Présentations IAMC (inspirées du format populaire des TED Talks).

Bénéficiez des discours donnés par de chefs de fils du domaine, des occasions de réseautage améliorées avec des pauses allongées, un cocktail, des exposants de l'industrie, et des crédits de FPC.

PLUS

Un atelier pré-conférence le 18 octobre.

Cet activité de formation continue fait l'objet d'une demande de reconnaissance auprès des différents barreaux à travers le Canada selon leurs règlements sur la formation continue obligatoire des avocats.

PLANIFIEZ QUELQUES CONGÉS SUPPLÉMENTAIRES DANS LA PÉRIODE DE LA CONFÉRENCE : NOUS ORGANISERONS DES VISITES ET DES ÉVÉNEMENTS SOCIAUX POUR LES CONJOINTS ET LES FAMILLES, AFIN QU'ILS PUISSENT PROFITER AU MAXIMUM DE CETTE RÉGION MERVEILLEUSE.

INSCRIVEZ-VOUS DES AUJOURD'HUI!

Visitez *http://adric.ca/fr/adric2017/* pour l'inscription, pour des renseignements pour devenir commanditaire, et pour restez à l'affût des mises à jour. Rencontrez les 18 au 20 octobre prochains des professionnels chevronnés et des consommateurs aguerris en matière de services d'arbitrage et de médiation.

LIEU : Delta Hotels St. John's Conference Centre, 120 New Gower Street, St. John's, T.-N., AIC 6K4, sans frais : 888-793-3582.

Taux spéciaux de groupe : 179$ - 199$ par nuit

LES COÛTS DE VOLS SONT ABORDABLES!

(11 mai, Vancouver à St. John's 478 $ vol de retour!)

ADR Institute of Canada
Institut d'arbitrage et de médiation du Canada

Illustrations utilisées avec autorisation de T.-N.et-L.

M. SCOTT SIEMENS, C.MED, B.COMM., FICB

MESSAGE DU PRÉSIDENT

L'IAMC a connu plusieurs développements cette année : en mars, il a déménagé ses bureaux dans des installations indépendantes et il a embauché un comptable enthousiaste et compétent, un coordinateur des nominations et du perfectionnement professionnel de premier ordre, ainsi qu'un expert en administration de systèmes pour poursuivre le développement du logiciel de gestion des membres iMIS.

PRÉSIDENT, INSTITUT D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION DU CANADA, INC.

Scott est un médiateur agréé du gouvernement du Canada, appartenant au réseau du système de gestion informelle des conflits du ministère de la Justice. En plus d'être un médiateur et animateur en relations de travail chevronné, Scott a de l'expérience en développement international et en secours à l'étranger, ainsi qu'en financement des sociétés. Il est aussi président de l'ADR Institute of Saskatchewan.

Nous sommes ravis de savoir que l'incomparable Brenda reste avec nous, tout comme notre remarquable directrice générale, Janet McKay. Avec cette équipe extraordinaire en place, l'IAMC est positionné pour s'élever encore plus haut.

L'IAMC se développera davantage grâce à sa participation à un projet passionnant avec ses affiliés. Ce projet vise l'élaboration de nouveaux protocoles d'entente pour nos relations et nos activités de collaboration. Créé par la Table ronde des présidents, le Groupe de travail sur les protocoles d'entente a œuvré à examiner, renouveler et recréer les relations entre l'IAMC et les Affiliés et entre les affiliés eux-mêmes. Le modèle proposé est plus collégial au sein d'un modèle fédératif. La tâche est monumentale : il faut rencontrer chaque participant, et évaluer et discuter de ses besoins futurs. Ce travail difficile est mené de main de maître par Wendy Hassen (représentante de l'ADRIA au Conseil d'administration de l'IAMC) et Kathryn Munn (ancienne présidente de l'ADRIO). Le Groupe de travail sur les protocoles d'entente est composé de membres issus de l'ensemble du pays, représentant les intérêts variés de nos nombreux praticiens. Il espère présenter un projet à la AGA et Conférence nationale annuelle de l'IAMC qui aura lieu en octobre.

Le travail du comité Plaidoyer et diffusion de l'IAMC est sur le point de donner lieu à des réalisations majeures. L'IAMC a discuté avec le bureau du premier ministre et de nouvelles rencontres sont prévues. Les sous-comités ont travaillé sur les occasions de promouvoir l'arbitrage et la médiation, l'IAMC et les Affiliés, par la création d'une Boîte à outils de plaidoyer à l'intention des membres de partout au Canada, afin de mieux faire connaître les PRD et d'aider les membres à préconiser une utilisation accrue des PRD; la planification et la mise en œuvre d'activités pour la Journée pour la résolution des conflits du 19 octobre (qui sera la journée d'ouverture de la Conférence de l'IAMC!); une campagne de sensibilisation (en association avec le comité Marketing et ressources des membres); le travail avec les gouvernements; la diffusion d'un plus grand nombre de communiqués de presse, etc.

En ce qui concerne les comités nationaux, l'IAMC a de nombreuses possibilités. Nous vous encourageons à faire profiter nos divers comités de votre expérience et de vos talents. Certains comités de l'IAMC exigent une représentation officielle des affiliés, tandis que d'autres exigent la voix et la perspective que peut offrir une composition nationale diversifiée. Tous les comités ont besoin de participants énergétiques qui cherchent à faire progresser la cause des PRD au Canada. Parmi ces comités, le Comité Éthique, standards professionnels et titres est à la recherche d'un arbitre agréé qui saura agir à titre de président. Consultez l'organigramme de l'IAMC sur notre site Web pour voir les postes à pourvoir et communiquez avec votre Affilié ou notre bureau pour apprendre comment vous pouvez prêter main-forte.

L'IAMC achève le répertoire des praticiens pour l'Office national de l'énergie. Ils ont choisit 37 membres-praticiens issus de l'ensemble du territoire, en fonction de critères précis, y compris l'expérience et le lieu de résidence. Le comité Développement du répertoire poursuit son travail d'identification et de sensibilisation des industries afin de créer encore plus d'occasions de travail pour les membres-praticiens.

Le comité national de la Conférence de l'IAMC est en train de créer un pro-

gramme mobilisateur ayant pour thème l'accès à la justice. Ce programme promet d'offrir des renseignements opportuns et des compétences pratiques aux membres, au gouvernement et à toutes les parties intéressées.

La Conférence **IAMC 2017 : PRD et accès à la justice** aura lieu à St. John's, Terre-Neuve, du 18 au 20 octobre 2017. Nous serons enchantés d'y accueillir, entre autres personnalités éminentes, l'honorable juge Thomas A. Cromwell. Le juge Cromwell préside le Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale. Il sera l'hôte d'une séance d'information que vous ne voudrez pas manquer.

Réservez vos vacances dans la période de la conférence : en plus de l'excellent programme de la conférence, nous organiserons des visites et des événements sociaux pour les conjoints et les familles, afin qu'ils puissent profiter au maximum de cette région merveilleuse! Nous avons négocié les tarifs d'hébergement applicables avant et après la conférence et les vols sont beaucoup moins chers que vous ne le croyez! Vous pourrez trouver de plus amples renseignements sur le site Web de l'IAMC.

L'IAMC est toujours à la recherche d'occasions et d'avantages pour ses membres de tout le Canada. Vous aurez lu le communiqué du comité Assurances de l'IAMC, qui relate comment il a réussi à obtenir une meilleure couverture à moindre coût pour les membres. L'IAMC travaille maintenant à organiser un programme de santé, soins de la vue et soins dentaires pour ses membres, qui sera particulièrement utile pour les praticiens indépendants.

Dites-nous en quoi l'IAMC peut vous offrir un service encore meilleur. Nous aimerions avoir de vos nouvelles!

M. SCOTT SIEMENS, MÉD.A, B. COM., FICB
PRESIDENT@ADRIC.CA

PERSPECTIVES PRD

UN BULLETIN ÉLECTRONIQUE GRATUIT PROPOSANT DES PERSPECTIVES ALTERNATIVES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS POUR LES PARTIES EN PRD ET LEURS AVOCATS.

e -bulletin

- Comité de rédaction composé de médiateurs et d'arbitres chevronnés du Canada tout entier.
- Utile et pertinent pour les utilisateurs finaux de PRD.
- Articles brefs axés sur la pratique contenant des suggestions et des conseils généraux sur l'arbitrage, la médiation et les autres sujets en lien avec le PDR.
- Quatre numéros par année – SANS FRAIS.
- Pour consulter les numéros antérieurs :

  http://adric.ca/fr/resources/adr-perspectives-newsletter/
- POUR S'ABONNER :

  http://adric.ca/fr

ADR Institute of Canada
Institut d'arbitrage et de médiation du Canada
ARBITRAGE. MÉDIATION. RÉSOLUTION.

ÉCRIVEZ DES ARTICLES À L'INTENTION DES UTILISATEURS DE SERVICES DE PRD!

SOUMETTEZ VOS ARTICLES D'UNE LONGUEUR DE 900 MOTS OU MOINS QUI SERONT PUBLIÉS DANS LE BULLETIN PERSPECTIVES PRD, QUI OFFRE D'AUTRES PERSPECTIVES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS POUR LES PARTIES EN PRD ET LEURS AVOCATS. POUR PLUS D'INFORMATION, CONSULTEZ LE LIEN SUIVANT :

HTTP://ADRIC.CA/FR/RESOURCES/ADR-PERSPECTIVES-NEWSLETTER/

WILLIAM G. HORTON, FCIARB, ARB.A

MOT DU RÉDACTEUR EN CHEF

Il est opportun et approprié de souligner, dans ce numéro, la promulgation récente en Ontario de la nouvelle *Loi sur l'arbitrage commercial international*, LO 2017 (la « nouvelle LACI »), basée sur les révisions de 2006 à la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage international*. Cette mise à jour de la Loi affirme également l'application en Ontario de la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* des Nations Unies de 1958 (plus communément appelée la « Convention de New York »).

Bien que l'application antérieure de la Convention de New York en Ontario ait fait l'objet de spéculations et de doutes occasionnels (et, à mon avis, infondés), il est bien que cette question soit réglée une fois pour toutes.

La nouvelle LACI est également importante en ce sens qu'elle introduit un délai de prescription de 10 ans pour l'exécution des décisions (ou plus long dans certaines affaires plus anciennes auxquelles s'appliquent les règles de transition). En même temps, le législateur a apporté une modification semblable à la Loi *de 1991 sur l'arbitrage*, SO 1991, qui couvre les arbitrages non internationaux. Ainsi, la nouvelle période de prescription en Ontario pour l'exécution de toutes les sentences arbitrales est de 10 ans.

Les rédacteurs de conventions d'arbitrage devraient également être au courant des nouvelles dispositions relatives aux mesures provisoires qui permettent de demander *ex parte* une mesure provisoire au tribunal. C'était l'une des dispositions les plus controversées de la Loi type de 2006, qui n'a pas été universellement adoptée dans la législature d'autres pays (l'Australie, par exemple). Les parties souhaiteront peut-être envisager d'exclure cette disposition dans leurs conventions d'arbitrage.

L'une des questions toujours pertinentes à régler est la structure générale de la législation en matière d'arbitrage. La législation sur l'arbitrage commercial en Ontario et dans d'autres provinces est divisée en deux : une loi pour l'arbitrage international et une loi pour l'arbitrage non international (souvent appelé « national »). C'est une source de confusion fréquente pour les avocats et les juges, d'autant plus que les praticiens font rarement la distinction au moment de rédiger la clause d'arbitrage ou pendant l'arbitrage. Lorsque survient un enjeu pour lequel la distinction est importante, la différence est souvent négligée. Ce fut le cas récemment dans *Novatrax International Inc.* v *Hagele Landtechnik GmbH et al*, 2016 ONCA 771. Ce numéro du *JAMC* comprend l'excellente discussion de **John Kelly** sur cette affaire.

Une autre question est soulevée par le fait que la *Loi sur l'arbitrage* national s'applique à toutes sortes d'arbitrages en Ontario, y compris les arbitrages en droit de la famille, en droit du travail et les arbitrages mandatés par la loi. Alors que l'arbitrage commercial fonctionne sur la même base contractuelle que la loi en matière de contrat, un tel contexte est absent des autres formes d'arbitrage. Par conséquent, des juges estiment souvent que certains principes, en particulier en ce qui a trait à l'intervention et à l'examen judiciaires, doivent s'appliquer différemment dans des formes d'arbitrage moins consensuelles. Toutefois, s'ils adoptent cette approche, les décisions des tribunaux risquent de souffrir d'une apparence d'inconstance. Voir, par exemple, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Intact Insurance Company* c *Allstate Insurance Company of Canada*, 2016 ONCA 609. Ce numéro du *JAMC* présente une analyse de **David Campbell** qui aborde intelligemment la question telle qu'elle se présente dans cette affaire.

RÉDACTEUR-EN-CHEF
Bill est arbitre et médiateur dans le cadre de différends commerciaux canadiens et internationaux. Avant d'établir sa pratique actuelle, Bill était avocat principal dans des différends commerciaux majeurs faisant l'objet d'arbitrages, de médiations ou de procès devant des tribunaux de toutes les instances, y compris la Cour suprême du Canada.
http://wghlaw.com/

Lorsque la Cour suprême du Canada rendra sa décision dans *British Columbia* v *Teal Cedar Products Ltd.*, 2013 BCCA 326 (A), peut-être saurons-nous mieux si les normes d'examen diffèrent entre l'arbitrage commercial et l'arbitrage mandaté par la loi et, le cas échéant, en quoi elles diffèrent. Entre-temps, cependant, en cette saison de réforme législative, il serait peut-être bon que les intervenants au processus envisagent la possibilité de n'avoir qu'une seule loi qui traite exclusivement de l'arbitrage commercial, tant international que national.

Un troisième article de ce numéro du *JAMC* traite du financement de l'arbitrage par des tiers. **Rachel Howie** et **Jessica Gill** offrent une introduction concise et exhaustive de ce nouveau phénomène. J'espère que nos articles

futurs traiteront des problèmes qui surviendront avec l'intégration du financement par des tiers dans le domaine de l'arbitrage. Un sujet d'intérêt particulier est la façon dont le réseautage professionnel entre les tiers bailleurs de fonds, les avocats d'arbitrage et les arbitres contribuera aux conflits et aux problèmes de divulgation.

Nous présentons également deux articles sur la médiation dans ce numéro.

Steve Lorteau écrit sur la médiation dans le contexte du nouveau Code de procédure civile québécois et de son mandat révolutionnaire selon lequel les moyens privés de règlement des différends devraient être envisagés avant que des procédures publiques ne soient engagées. Son article souligne l'utilité publique de cette approche du point de vue de la théorie du jeu et de l'optimisation économique.

Stephen Richard Morrison a rédigé un guide pratique de la médiation multipartite complexe, dans lequel il offre avec générosité ses techniques particulièrement utiles.

J'espère que vous aimerez ce numéro du *Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien.* Songez à nous si vous désirez écrire à propos des modes substitutifs de règlement des différends. Nous adorons travailler avec les auteurs, actuels et futurs, à toutes les étapes de leurs projets afin de produire du matériel et des ressources qui aideront et enrichiront le milieu canadien du règlement des différends.

COMITÉ DE RÉDACTION

RÉDACTEUR EN CHEF :

- William G. Horton, Arb.A, FCIArb, William G. Horton Professional Corporation, Toronto

MEMBRES :

- Melissa N. Burkett, B.A. Adv., LL.M., Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l., Calgary
- Mary Comeau, LL.B., Norton Rose Fulbright Canada LLP, Calgary
- Stephen L. Drymer, Woods s.e.n.c.r.l., Montreal
- Dr. Jennifer L. Schulz, B.A., LL.B., M.Phil., S.J.D., Winnipeg

JOHN S. KELLY, J.D., S.A, FCIARB

L'ARRÊT NOVATRAX : LA COUR D'APPEL CONFOND UNE CLAUSE D'ARBITRAGE INTERNATIONAL AVEC UNE CLAUSE DE CHOIX D'UNE INSTANCE ET SUSPEND ERRONÉMENT UNE ACTION

La décision de la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Novatrax International Inc.* v *Hagele Landtechnik GmbH, Karl Hagele, Benjamin Hagele and Cleanfix North America Ltd.*, 2016 ONCA 771 (CanLII) ([*Novatrax*] [NDT : Toutes les références sont en anglais seulement.]) illustre les problèmes difficiles auxquels font face les tribunaux lorsqu'une requête en suspension de litige est entamée par une partie à un contrat qui contient une clause d'arbitrage exigeant que les parties soumettent tous leurs différends à un arbitrage contraignant en Allemagne, alors que le demandeur poursuit également des défendeurs qui ne sont pas parties à l'accord et qui n'ont pas accepté de participer à l'arbitrage en Allemagne.

John est arbitre et médiateur pour les litiges commerciaux nationaux et internationaux entre entreprises. Il est membre du Chartered Institute of Arbitrators et spécialiste agréé en litige civil. Avant d'établir sa pratique actuelle, John agissait à titre d'avocat principal dans des différends commerciaux complexes faisant l'objet d'arbitrages ou de procès devant des tribunaux de toutes les instances, y compris la Cour suprême du Canada.

LES FAITS

En juillet 2006, l'appelante, Novatrax, renouvelait un contrat de vente exclusif avec Hagele, par lequel Hagele continuait à distribuer des ventilateurs industriels au Canada et aux États-Unis. Le contrat pouvait être résilié par l'une ou l'autre des parties, moyennant un préavis de 12 mois, ou sans préavis dans certaines circonstances.

Le 24 novembre 2009, Hagele avisait Novatrax qu'elle résiliait immédiatement le contrat pour motif valable.

En janvier 2010, Novatrax intentait une action en Ontario pour résiliation abusive du contrat et pour conduite délictueuse contre Hagele et ses dirigeants Karl Hagele et Benjamin Hagele, ainsi que contre Cleanfix North America Ltd. (Cleanfix), une société créée par Hagele pour commercialiser ses produits au Canada et aux États-Unis.

Karl Hagele, Benjamin Hagele et Cleanfix n'étaient **pas** parties au contrat de vente exclusive.

Le contrat contenait ce que la Cour décrit comme une « clause de choix d'une instance », par laquelle les parties convenaient que la loi allemande était contraignante et que tout différend serait réglé par un arbitrage exécutoire en Allemagne. Tous les défendeurs (intimés) ont demandé la suspension de l'action en se fondant sur cette clause. Le juge saisi de la requête a accordé la suspension et Novatrax a porté cette décision en appel.

Le défaut de la Cour d'identifier correctement cette clause qui était, en fait, une clause d'arbitrage et non une clause de choix d'une instance, fait l'objet d'un article concis et éclairant de William Horton (« Incorrect principles of law applied in arbitration case » *The Lawyers Weekly*, le 9 décembre 2016).

Le présent article n'aborde pas les parties de l'arrêt de la Cour qui, à mon avis, traitent correctement l'application de ce qui était en réalité une clause d'arbitrage dans une convention d'arbitrage international **entre les parties à la convention**, ni le jugement de la Cour voulant que le libellé de la clause (« régler tous les différends par un arbitrage exécutoire » [TRADUCTION] était suffisamment large pour englober les réclamations en droit contractuel et délictuel de Novatrax et que l'exception des « motifs sérieux » à l'application n'était pas pertinent dans les circonstances (voir paragr. 5-15).

L'objet de notre discussion consiste à savoir si la majorité de la Cour a eu raison de suspendre l'action contre les défendeurs individuels Karl Hagele, Benjamin Hagele et Cleanfix, qui ne sont pas parties au contrat de vente exclusive, et d'exiger que les réclamations soumises à l'arbitrage en Allemagne soient décidées avant que les autres réclamations contre les défendeurs individuels qui ne sont pas parties au contrat soient aussi jugées en Allemagne.

RÉCLAMATIONS CONTRE LES DÉFENDEURS INDIVIDUELS ET CLEANFIX

Novatrax a fait valoir qu'elle avait permis à un des défendeurs individuels, Benjamin Hagele, d'utiliser son espace de bureau et que, en conséquence, ce dernier avait eu accès à des informations confidentielles et avait agi de concert avec les autres défendeurs en utilisant cette information pour mettre fin au contrat de vente exclusive, nuire à la réputation de Novatrax auprès de sa banque et de son personnel et permettre à Cleanfix d'acquérir un avantage concurrentiel sur le marché (paragr. 17).

Le juge ontarien saisi de la requête en suspension a jugé que les allégations contre les défendeurs, qui n'étaient pas parties au contrat de vente exclusive contenant ce qu'il a décrit comme une clause de choix d'une instance, étaient si étroitement liées aux réclamations contre Hagele qu'elles devaient être entendues et tranchées ensemble. Pour en arriver à cette conclusion, il a invoqué la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Momentous.ca Corporation* v *Canadian American Association of Professional Baseball Ltd.*, 103 OR (3d) 467, paragr. 53, conf. [2012] 1 RCS. 359 [*Momentous*].

Dans *Momentous*, une équipe de baseball professionnel poursuivait la Ligue qui avait retiré les fonds d'une lettre de crédit lorsque l'équipe a cessé ses activités. Elle poursuivait la Ville d'Ottawa et les directeurs de la Ligue, y compris le défendeur Wolff.

L'accord entre la Ligue et l'équipe contenait une clause exigeant que tous les différends soient résolus par arbitrage en Caroline du Nord.

Dans cette affaire, la Cour d'appel a accepté la conclusion du juge saisi de la requête, à savoir que les allégations formulées dans la réclamation contre la Ville et les directeurs étaient dans les faits si étroitement liées avec les réclamations contre la Ligue que les demanderesses ne pouvaient soutenir qu'elles devaient être autorisées à procéder séparément à Ottawa contre la Ville d'Ottawa et Wolff. La Cour a jugé que la clause de choix d'une instance acceptée par les demanderesses régissait le lieu où devaient être entendues les réclamations et que, même si la Ville d'Ottawa et Wolff n'étaient pas parties à la convention d'arbitrage, les réclamations contre eux devaient être jugées en Caroline du Nord (paragr. 21).

Le juge saisi de la requête en suspension dans l'affaire *Novatrax*, soulignant que Novatrax elle-même avait soutenu que la conduite des défendeurs individuels et de Cleanfix était si étroitement liée avec les allégations formulées contre Hagele qu'ils devaient être jugés ensemble, a conclu que lorsque les allégations concernent toutes les parties et découlent des relations entre les parties au contrat, la clause de choix d'une instance acceptée par la demanderesse doit être appliquée (paragr. 18).

En appel, la majorité des juges de la Cour d'appel dans l'arrêt *Novatrax* a confirmé la décision du juge saisi de la requête, plus particulièrement sa déclaration voulant que les observations formulées par la Cour d'appel dans l'affaire *Momentous* s'appliquaient également à l'affaire *Novatrax* (paragr. 22).

Dans l'arrêt *Novatrax*, la majorité de la Cour a jugé que la nature des liens factuels entre les réclamations de Novatrax contre tous les défendeurs exigeait que l'analyse de suspension repose sur la clause de choix d'une instance (paragr. 22).

La majorité renvoie à l'opinion dissidente de la juge Feldman, se disant d'accord avec sa proposition selon laquelle la Cour **n'a pas compétence pour contraindre des défendeurs qui ne sont pas parties à une convention d'arbitrage à soumettre leurs réclamations** (soulignement ajouté).

Les juges majoritaires ont soutenu que les réclamations de Novatrax contre tous les défendeurs étaient dans les faits étroitement liées et se sont penchés sur la détermination de la question fondamentale de savoir si Hagele avait résilié à tort le contrat de vente exclusive et si cette question devait d'abord être décidée par arbitrage. La majorité était également d'avis qu'il était douteux que les réclamations contre les défendeurs individuels, telles que présentées, puissent être soutenues (paragr. 23-26).

Il en résulte que, même si la majorité de la Cour s'est dit d'accord avec le juge saisi de la requête quant à ce que toutes les réclamations contre tous les défendeurs doivent être « entendues et décidées ensemble » [TRADUCTION] en Allemagne (paragr. 18), elle a également convenu avec le juge Feldman que les défendeurs qui n'étaient pas parties au contrat de vente exclusive ne pouvaient pas être contraints de participer à un arbitrage en Allemagne. Même si la Cour n'a pas rendu de décision précise sur la question, la conclusion que je tire du jugement est que la majorité avait l'intention que, une fois la question fondamentale de savoir si Hagele avait résilié à tort le contrat était jugée en arbitrage, toutes les autres réclamations contre les défendeurs qui n'étaient pas parties au contrat devaient être décidées par voie de litige en Allemagne. Il convient cependant de noter que la juge Feldman était d'avis que l'effet de la décision de la majorité était que les réclamations contre les défendeurs qui n'étaient pas parties au contrat de vente exclusive **seraient suspendues et renvoyées à l'arbitrage en Allemagne** (soulignement ajouté) (paragr. 30).

L'OPINION DISSIDENTE DE LA JUGE FELDMAN

Dans une opinion dissidente bien motivée et, à mon avis, convaincante, la juge Feldman a contesté le résultat et a estimé que les réclamations contre les défendeurs individuels et Cleanfix devaient être autorisés à procéder par une action en Ontario et qu'il n'était pas nécessaire d'attendre l'issue de l'arbitrage.

Elle a répété la proposition, apparemment acceptée par la majorité, qu'une convention d'arbitrage ne donne compétence à l'arbitre que sur les parties à la convention et qu'un défendeur qui n'est pas partie à la convention ne peut être contraint de se soumettre à l'arbitrage des réclamations contre elle, un arbitre ne pouvant pas prononcer une sentence arbitrale qui dispose des droits

entre une partie à la convention et une tierce partie.

Le véritable désaccord entre la majorité et la juge Feldman réside dans l'interprétation de l'arrêt de la Cour d'appel *Momentous*.

En ce qui concerne la requête en sursis de l'affaire *Momentous*, le juge saisi de la requête a soutenu que les demanderesses n'avaient pas fait la démonstration d'un « motif sérieux » pour que la clause de choix du droit applicable, la clause de choix d'une instance et la clause d'arbitrage ne régissent pas leur relation, rejetant l'argument selon lequel la réclamation contre Wolff et la Ville d'Ottawa n'était pas assujettie à la clause de choix de l'instance et devrait être poursuivie en Ontario.

La juge Feldman établit une distinction très efficace entre les affaires *Momentous* et *Novatrax*. Elle observe que, dans la déclaration de *Momentous*, les demanderesses ont allégué que tous les défendeurs avaient comploté pour faire respecter la lettre de crédit afin de forcer Momentous à quitter la Ligue et causer sa ruine financière.

Les demanderesses dans *Momentous* ont affirmé que toutes les parties étaient jointes, que les demandes de redressement portaient sur les mêmes opérations, qu'il y avait des questions de fait et de droit communes et que le regroupement de toutes les réclamations faciliterait l'administration de la justice (paragr. 37).

La juge Feldman a examiné les motifs du juge Laskin dans l'affaire *Momentous* sur la question de savoir si les réclamations contre Wolff et la Ville d'Ottawa pouvaient procéder séparément dans l'action en Ontario. Le juge Laskin a jugé que l'observation de Momentous, à savoir que la poursuite en Ontario des réclamations contre les défendeurs qui ne sont pas parties aux clauses de choix d'une instance et d'arbitrage devait être autorisée, pouvait être valide en un sens, mais pas de la façon plaidée par les demanderesses. Les demanderesses avaient allégué que tous les défendeurs étaient des parties nécessaires à la même action, qu'ils avaient comploté ensemble contre les demanderesses, que les réclamations soulevaient des questions de fait et de droit communes, qu'elles découlaient des mêmes événements et que leur regroupement faciliterait l'administration de la justice. Le juge Laskin est d'avis que, ayant plaidé de la sorte, les demanderesses ne pouvaient pas maintenant affirmer un droit de procéder séparément en Ontario et les questions devaient être traitées en Caroline du Nord.

Plus important encore, le juge Laskin a poursuivi en disant que les réclamations dissociables contre Wolff et la Ville **pouvaient être reformulées et poursuivies dans une nouvelle action en Ontario**. Cette position a été acceptée par la Cour suprême du Canada (voir [2012] 1 RCS 359, p. 11; *Novatrax*, paragr. 39-40).

La juge Feldman a conclu que la Cour, dans *Momentous*, ne suggère pas que les demanderesses puissent être forcées à l'arbitrage dans un territoire autre avec les parties qui n'ont pas consenti à l'arbitrage, car cela provoquerait un changement fondamental dans le droit de l'arbitrage (paragr. 42).

Elle a constaté que les faits dans l'affaire *Momentous* étaient complètement distincts des faits dans *Novatrax*. Elle n'a pas accepté la position du juge saisi de la requête dans *Novatrax*, et approuvée par la majorité de la Cour d'appel, voulant que les réclamations contre les défendeurs individuels soient inextricablement liées aux réclamations contre Hagele. Elle a examiné la déclaration et a constaté qu'elle traitait séparément les réclamations contre la société intimée Hagele pour rupture de contrat et résiliation abusive du contrat de vente exclusive, pour ensuite présenter des réclamations distinctes contre tous les intimés pour d'autres agissements.

La juge Feldman a examiné les réclamations contre Hagele et Hagele et a noté qu'elles étaient fondées sur la négligence, la concurrence déloyale, les déclarations trompeuses, la mauvaise foi et l'ingérence dans les relations économiques. La réclamation contre Cleanfix concernait la concurrence déloyale et le redressement recherché était une comptabilité des bénéfices et une ordonnance d'interdiction.

Par ailleurs, la juge Feldman a observé que, contrairement à l'acte de procédure dans l'affaire *Momentous*, Novatrax n'alléguait nulle part que ses réclamations devaient être regroupées. La juge a conclu que les réclamations contre les intimés individuels n'étaient pas étroitement liées au point où que les réclamations contre les intimés individuels et Cleanfix ne pouvaient être entendues séparément des réclamations contre Hagele (paragr. 43, 47). Le juge saisi de la requête dans *Novatrax* a, en effet, noté que les faits dans l'affaire *Momentous* n'étaient pas exactement les mêmes que ceux de *Novatrax*. Il a conclu qu'il n'y avait pas d'allégation expresse de complot civil dans l'affaire *Novatrax* et, plus important encore,

SE CONNECTER À LA PRD

TROUVER UN MÉDIATEUR, ARBITRE, CHARGÉ DE FORMATION, OU AUTRE PROFESSIONNEL DE PRD AVEC NOTRE MOTEUR DE RECHERCHE UNIQUE.

HTTP://ADRIC.CA/FR/ADRCONNECT/

LES NOUVELLES RÈGLES D'ARBITRAGE DE L'IAMC SONT MAINTENANT EN VIGUEUR!

Les nouvelles Règles d'arbitrage de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada sont entrées en vigueur le 1er décembre 2014. Ces Règles définissent des protocoles clairs, modernes et sensés permettant de mener des procédures d'arbitrage efficaces.

- A partir du 1er décembre 2016, les Règles d'Arbitrage de l'IAMC ont été modifiées comme suit :
  - Les notes de bas de page 1, 4, 7, 8 et 9 ont été supprimées.
  - Les notes de bas de page 2, 3, 6 et 10 ont été modifiées.
  - La référence à l'Association canadienne d'arbitrage a été retirée de la Règle 1.3.6.
- « Version 2, en vigueur à partir du 1er décembre 2016 » des Règles d'Arbitrage de l'IAMC est maintenant disponible : *http://adric.ca/fr/arbrules/*
- Élaborées pour les entreprises canadiennes et internationales.
- Le tout premier choix des entreprises, canadiennes ou non, pour régir leurs procédures d'arbitrage.
- Le fruit d'un examen exhaustif de deux ans, qui a donné lieu à un vaste processus de consultation.
- Les nouvelles améliorations comprennent notamment :
  - La possibilité de recourir à des arbitres provisoires pour établir des mesures de protection d'urgence;
  - Un accent sur l'autonomie des parties et le droit des utilisateurs de décider comment leurs différends devraient être réglés;
  - Une production de documents simplifiée et rationalisée;
  - L'anticipation de l'utilisation de la technologie courante;
  - Le recours à une langue française simple et claire plutôt qu'au jargon juridique.

SERVICE D'ADMINISTRATION PROFESSIONNELLE OFFERT PAR L'IAMC

Les nouvelles Règles d'arbitrage de l'IAMC prévoient toujours l'option de laisser l'IAMC administrer la procédure d'arbitrage des parties en leur nom. En vertu de cette option, l'IAMC apporte son appui aux parties en contribuant à la majeure partie de la logistique nécessaire aux procédures d'arbitrage. Par exemple, dans le cadre d'une procédure administrée, les parties peuvent demander à l'IAMC de nommer un arbitre qualifié faisant partie de sa liste de professionnels expérimentés, et de surveiller la procédure d'arbitrage du début à la fin. Les frais pour ce service sont minimes et les parties gardent toujours le contrôle de la procédure.

Utilisez la Clause modèle de résolution des différends suivante dans le cadre de vos ententes :

Tout différend relatif à la présente convention ou découlant de celle-ci, ou portant sur une question juridique liée aux présentes sera réglé de façon finale par arbitrage conformément aux Règles d'arbitrage de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc. [ou aux règles simplifiées d'arbitrage de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.] Le siège de l'arbitrage sera [préciser]. L'arbitrage se déroulera en [préciser la langue].

Une évaluation en 2016 de la qualité des services d'organisation d'arbitrage de l'IAMC a conclut que « les services d'organisation d'arbitrage de l'IAMC représentent une bonne valeur pour de nombreux clients, » et 92 % des répondants étaient tout à fait d'accord avec l'énoncé selon lequel « le personnel de l'IAMC était compétent, professionnel et accessible tout le long du processus ».

Pour en savoir davantage, visitez notre site Web et regardez la vidéo à *ADRIC.ca/fr*.
Vous pouvez télécharger une copie des règles d'arbitrage de l'IAMC aux fins de consultation à : *http://adric.ca/fr/arbrules/*

il a conclu qu'il n'y avait pas d'allégation expresse voulant que les défendeurs individuels et Cleanfix étaient des parties nécessaires à l'action. Il a simplement constaté que le regroupement de toutes les réclamations était implicite dans l'acte de procédure (*Novatrax* v *Hagele*, 2013 ONSC 8045 [CanLII]).

La juge Feldman a conclu que, en l'absence du consentement de l'appelant à ce que toutes les réclamations soient décidées par un arbitrage en Allemagne, les réclamations contre les défendeurs individuels et Cleanfix ne pouvaient pas être intégrées de force à la procédure d'arbitrage en Allemagne.

SUSPENSION DU LITIGE EN ATTENDANT D'ARBITRAGE

Un des redressements évidents dont dispose la Cour comme solution de rechange à forcer les défendeurs qui ne sont pas parties au contrat de vente exclusive à participer à l'arbitrage des réclamations en Allemagne est de suspendre les réclamations contre ces parties en Ontario en attendant la décision d'arbitrage.

Pour déterminer si la suspension était appropriée, la juge Feldman a adopté l'analyse de la Cour d'appel dans *Kaverit Steel and Crane Ltd.* v *Kone Corp.*, (1992) 120 AR 346, paragr. 13-15 et 19-21, autorisation d'appel refusée [1992] SCCA nº 117; *UCANU Manufacturing Corp.* v *Calgary (City of)*, [2015] AJ nº 58; et *Toyota Tsusho Wheatland Inc.* v *Encana Corp.*, 84 CPC (7e) 360.

Les tribunaux de l'Alberta ont tenu compte de trois facteurs, à savoir :

1. si les questions soumises à l'arbitrage étaient sensiblement les mêmes que les questions de l'action;
2. si le défendeur avait convaincu le tribunal que la poursuite de l'action constituerait pour lui une injustice;
3. si le défendeur avait convaincu le tribunal que la suspension de l'action ne constituerait pas une injustice pour le demandeur (paragr. 55).

En appliquant les facteurs ci-dessus dans l'affaire *Novatrax*, la juge Feldman a conclu ainsi :

1. les réclamations contre les intimés individuels et Cleanfix étaient en grande partie, à une exception près, distinctes des réclamations contre les parties au contrat de vente exclusive et la demanderesse pouvait choisir de ne pas soumettre à l'arbitrage les réclamations contre les défendeurs non parties au contrat de vente exclusive, mais de les poursuivre en Ontario (paragr. 55-56);
2. en ce qui concerne l'injustice pour les intimés et Cleanfix, si la poursuite de l'action était autorisée, en fonction des questions soulevées dans l'arbitrage et du moment de l'arbitrage et de l'action, il pourrait y avoir chevauchement, mais cela était une conséquence possible de la rédaction par les parties d'une clause d'arbitrage de large portée dans un contrat entre deux parties**, où des conflits impliquant d'autres parties peuvent surgir**. (soulignement ajouté) Les intimés n'avaient pas fait la démonstration d'un préjudice, étant donné que la plupart des faits se sont déroulés en Ontario et que les témoins ne seraient pas inutilement incommodés par la nécessité de témoigner dans une action en Ontario. En outre, les intimés avaient fait une concession, à savoir que hormis la clause de choix d'une instance, l'Ontario était effectivement l'instance la plus pratique;
3. à savoir si les intimés avaient fait la démonstration qu'une suspension ne causerait pas d'injustice pour l'appelant, l'appelant a allégué que son entreprise était ruinée, que les intimés poursuivaient les activités par l'entremise de Cleanfix et que, alors que les réclamations contre les intimés qui n'étaient pas au contrat de vente exclusive étaient des réclamations reconnues en Ontario, il n'était pas certain que lesdites réclamations soient reconnues en Allemagne. Le fait que la loi allemande s'applique si les réclamations étaient soumises à l'arbitrage en Allemagne était *prima facie* préjudiciable aux appelants (paragr. 59-61).

Pour tous ces motifs, la juge Feldman aurait accueilli l'appel et infirmé la suspension.

UNE LEÇON SUR LA RÉDACTION DES CLAUSES D'ARBITRAGE ET DE CHOIX D'UNE INSTANCE

Bien entendu, avec le recul, il est facile de suggérer que, pour éviter les problèmes qui se sont posés dans cette affaire, dans la mesure du possible, il faut tout faire pour que toutes les filiales des sociétés concernées, les principaux actionnaires et tout autre défendeur potentiel identifiable qui, en fonction des faits ayant mené au contrat, puissent raisonnablement être parties à un différend ultérieur, signent tout contrat qui contient une convention d'arbitrage. Cependant, il arrive souvent qu'il soit impossible d'identifier toutes les parties potentielles à un arbitrage futur, en particulier si les réclamations éventuellement faites contre elles sont véritablement indépendantes des réclamations contre les parties au contrat.

Du point de vue du demandeur, il est essentiel que l'acte de procédure contre les parties qui n'ont pas signé la convention d'arbitrage soit considéré comme une affirmation de causes d'action indépendantes afin d'éviter les frais et les incertitudes d'un litige devant une instance à l'étranger.

INSCRIVEZ-VOUS À NOS PUBLICATIONS

Inscrivez-vous à nos publications GRATUITES, ainsi qu'aux avis au sujet de la conférence nationale annuelle.
Choisissez ce que vous souhaitez recevoir.
Vous pouvez vous désinscrire en tout temps.
http://adric.ca/fr

DAVID CAMPBELL

LES EFFETS DE L'ARRÊT *INTACT* SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL

La décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sattva*[1] est l'une des plus importantes décisions en matière d'arbitrage commercial à survenir ces dernières années.

David Campbell est associé chez Rogers Partners s.r.l. à Toronto. Il a plaidé à titre d'avocat principal devant des tribunaux de toutes les instances en Ontario, dans un large éventail d'enjeux relatifs au litige civil.

D'aucuns parmi les spécialistes de l'arbitrage commercial s'inquiètent que la décision subséquente de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Intact Insurance Company* v *Allstate Insurance Company of Canada* (*Intact*)[2] ne réduise la portée de l'arrêt *Sattva* en y introduisant une analyse du droit administratif de l'arrêt *Dunsmuir*.[3]

Prise dans son contexte, l'analyse utilisée dans l'arrêt *Intact* est d'application étroite et peu susceptible d'entrainer des conséquences plus larges sur l'arbitrage commercial national.

L'arrêt *Intact* est issu d'un cas particulier aux conflits de priorité du secteur de l'assurance automobile. Pour comprendre l'arrêt *Intact* et son application limitée en matière d'arbitrage, il faut savoir ce que sont les conflits de priorité, en quoi ils sont différents des arbitrages commerciaux nationaux consensuels et pourquoi la Cour devait traiter de la norme de contrôle des appels concernant les conflits de priorité. Comme on le verra, tout dépend des ententes d'arbitrage utilisées par les assureurs automobiles et de la raison pour laquelle ils les utilisent.

COMPRENDRE LES CONFLITS DE PRIORITÉ

Comme son titre au long l'indique, l'arrêt *Intact* concerne un conflit entre assureurs, plus précisément des assureurs automobiles. Il est essentiel de dresser le portrait du régime d'assurance automobile de l'Ontario pour bien comprendre la place que prend l'arrêt *Intact* dans ce régime distinct [traduction]. En Ontario, il existe deux types de recours contre un assureur à la suite d'une blessure subie lors d'un accident de véhicule automobile — un recours en responsabilité civile délictuelle et un recours sans égard à la faute. Le recours en responsabilité délictuelle met l'accent sur les dommages généraux relatifs à la douleur et à la souffrance, ainsi que sur les pertes économiques. La responsabilité civile a une incidence sur la faute. En 1990, l'Ontario a mis fin à son régime de pure responsabilité civile délictuelle. En recourant à l'indemnisation sans égard à la faute, les personnes blessées dans un accident automobile peuvent recevoir des indemnités d'accident. Le droit aux indemnités d'accident varie selon la lésion subie et d'autres facteurs. À une extrémité du spectre se trouve les blessures légères[4] et à l'autre, la déficience invalidante[5]. Les indemnités offertes à un demandeur considéré comme souffrant d'une déficience invalidante peuvent s'élever à plus d'un (1) million de dollars, et couvrir notamment des soins infirmiers privés, des modifications au domicile et la physiothérapie.

Deux textes de loi principaux concernent les indemnités d'accident : La *Loi sur les assurances* de l'Ontario[6] et l'*Annexe sur les indemnités d'accident légales* (AIAL).[7]

Il arrive qu'il soit difficile d'établir lequel, parmi les assureurs automobiles, doit verser les indemnités d'accident. L'article 268 de la *Loi sur les assurances* précise comment les assureurs sont censés déterminer qui est tenu de payer « en priorité » [traduction] les prestations au demandeur. Le législateur a adopté un règlement pour traiter les cas où les compagnies d'assurance ne parviennent pas à s'entendre, le règlement *Disputes Between Insurers*[8] (RDBI). Ce règlement exige que les assureurs se soumettent à un arbitrage en vertu de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*[9].

Une affaire récente ayant appliqué les principes de l'arrêt *Intact* explique ce qui est désigné comme un « régime législatif très élaboré et complexe[10] » [traduction] :

> Il arrive que des conflits surgissent lorsque des assureurs ne s'entendent pas sur la responsabilité à l'égard du versement des indemnités d'accident légales. Afin que la partie lésée ne souffre pas et ne subisse pas un préjudice en raison du non-paiement des indemnités pendant que les assureurs règlent leur différend, le régime d'assurance automobile de l'Ontario prévoit le

paiement intérimaire des indemnités par l'une des parties en attendant l'issue du litige, de même qu'un mécanisme de détermination de ces questions. Ce régime est régi par l'article 268(2) de la *Loi sur les assurances* et le *RDBI*.

Dit simplement, le régime exige que le premier assureur qui reçoit une demande d'indemnité d'accident légale « paye d'abord et conteste après » [traduction], sauf si la demande a été envoyée à cet assureur de manière aléatoire ou arbitraire (en l'absence de lien entre le demandeur et l'assureur). Ainsi, de manière générale, en présence d'un lien, le premier assureur qui reçoit une demande d'indemnités d'accident légales est responsable de payer ces indemnités en attendant le règlement de tout différend déterminant quel est l'assureur ultimement responsable de payer les indemnités en vertu de l'art. 268 : voir l'article 2.1 du *RDBI*[11].

Ce régime indique bien que l'assurance est une forme de protection des consommateurs.

Comme il est possible de le lire dans l'arrêt *Intact* : « Les tribunaux et les arbitres ne partagent pas leur compétence sur les conflits de priorité en première instance; en vertu du Règlement, un arbitre doit entendre ces litiges avant qu'ils ne soient potentiellement portés en appel devant un tribunal[12]. » [traduction] Le régime distinct imposé aux assureurs automobiles se distingue de la décision récente de la Cour d'appel de l'Ontario en matière d'arbitrage international : « La sélection de la formation arbitrale par les parties indique à la fois une préférence pour l'issue à atteindre par cette formation et la limitation du rôle du contrôle judiciaire de la sentence rendue par la formation arbitrale[13]. » [traduction] Par règlement, le législateur a retiré les conflits de priorité de la compétence des tribunaux pour les transférer à l'arbitrage; les parties n'ont pas recours à l'arbitrage « comme solution de rechange et à l'exclusion des tribunaux[14] ».

On peut supposer que le législateur a créé cette procédure d'arbitrage pour les assureurs automobiles, au lieu de mettre en place un tribunal administratif, pour imposer le coût de ces dossiers aux compagnies d'assurance et non pas aux contribuables. En revanche, les demandeurs qui contestent leur droit aux indemnités d'accident peuvent recourir au Tribunal d'appel en matière de permis de l'Ontario. Il s'agit d'un changement récent : avant le 1er avril 2016, les demandeurs qui désiraient contester leur droit aux indemnités d'accident pouvaient soit intenter une action en justice, soit recourir à l'arbitrage de la Commission des services financiers de l'Ontario. Quoi qu'il en soit, il demeure que les demandeurs disposent d'un régime public universel.

Ce « régime distinct[15] » [traduction] place l'arbitrage des conflits de priorité dans une position étrange : ce n'est pas du droit administratif, mais ce n'est pas un arbitrage consensuel.

LES CONSÉQUENCES DE L'ARBITRAGE RÉGLEMENTÉ SUR LES APPELS

Trancher un conflit de priorité consiste à faire une analyse à somme nulle, avec un gagnant et un perdant. En outre, les parties aux conflits de priorité sont généralement les mêmes, ce qui entraine un paradoxe. Aucune compagnie d'assurance ne souhaite assumer un dossier de déficience invalidante à sept chiffres, sauf si une autorité contraignante ne justifie qu'elle le fasse. Par conséquent, contrairement aux dossiers habituels de l'arbitrage commercial consensuel, la jurisprudence est nécessaire. L'avantage de la confidentialité que confère l'arbitrage devient nuisible dans un tel scénario, étant donné que la confidentialité ne favorise pas la prévisibilité.

Le besoin de jurisprudence se traduit par les *vastes* droits d'en appeler que les assureurs automobiles font inscrire dans leurs conventions d'arbitrage. Ces droits d'en appeler sont étrangers — voire antithétiques — à l'arbitrage commercial consensuel et sont peu susceptibles d'être trouvés en dehors d'un régime qui impose l'arbitrage comme première étape. En voici quelques exemples :

- « Les parties se réservent un droit d'appel automatique devant un juge seul de la Cour supérieure de justice sur les questions de droit ou de fait et de droit[16]. » [traduction]
- « En l'espèce, Allstate et Intact ont convenu que chaque partie pouvait "en appeler de la décision de l'Arbitre sur une question ou des questions de droit ou de fait et de droit" auprès d'un juge de la Cour supérieure de justice[17]. » [traduction]
- « Les parties se réservent le droit d'en appeler à l'égard de toute décision provisoire ou définitive de l'Arbitre dans cette procédure, sans autorisation requise, auprès d'un juge seul de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, sur les questions de fait, de droit, ou de fait et de droit, dans les trente (30) jours suivant la publication de la décision écrite de l'Arbitre. [...][18] » [traduction]

Ces droits d'appel ont du sens dans le contexte, puisque les décisions judiciaires contraignantes donnent aux parties habituelles du secteur de l'assurance automobile une certaine prévisibilité

AFFICHEZ VOTRE PUBLICITÉ DANS LE JOURNAL D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION CANADIEN.

TROUVEZ NOTRE GRILLE TARIFAIRE ICI :
www.adric.ca/fr/resources/journal-articles/

Ou communiquez avec nous au :
416-487-4733 / 1-877-475-4353

quant à l'interprétation de la *Loi sur les assurances* et de l'*AIAL*. Ces droits d'appel sont en outre révélateurs d'un régime distinct qui se situe quelque part entre le droit administratif et d'arbitrage privé consensuel.

Comme l'indique la Cour dans l'arrêt *Intact*, au paragraphe 43 : « Je remarque que la convention d'arbitrage entre les parties prévoit qu'elles peuvent faire appel sur les questions de droit et sur les questions de fait et de droit. Contrairement à la situation dans l'arrêt *Sattva*, le droit d'appel des parties n'est pas limité aux seules questions de droit[19]. » [traduction]

L'ARRÊT *INTACT* DANS LE CONTEXTE DE LA JURISPRUDENCE SUR LES CONFLITS DE PRIORITÉ

Avant l'arrêt *Intact*, la jurisprudence sur la norme de contrôle dans les appels portant sur des conflits de priorité était en pleine mutation. On peut le constater dans une affaire de la Cour supérieure, quelques mois plus tôt, *Intact Insurance Company* v *Old Republic Insurance Company*[20], qui dresse un long portrait du débat. En 2014, la Cour d'appel de l'Ontario avait énoncé la norme de contrôle dans l'affaire *Zurich Insurance Co.* v *Chubb Insurance Co.*[21]. Cependant, en 2015, la Cour suprême du Canada infirmait la décision de la Cour d'appel. Le texte *intégral* de l'arrêt de la Cour suprême énonce : « LA COUR — Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens, pour les motifs exposés par le juge Juriansz de la Cour d'appel[22]. » Cette décision renvoie aux motifs de dissidence du juge Jurianz en Cour d'appel. Malheureusement, le juge Jurianz n'a pas analysé la norme de contrôle. Cette lacune dans la jurisprudence sur les conflits de priorité devait être comblée par la Cour d'appel, d'autant plus que ces affaires sont souvent portées en appel.

LES EFFETS DE L'ARRÊT *INTACT*

Le courant dominant de l'arbitrage commercial demeure aux prises avec un irritant : pourquoi le contrôle des décideurs non judiciaires devrait-il relever de l'analyse du droit administratif, et de l'application de l'analyse de l'arrêt *Dunsmuir*, plutôt que de l'arrêt *Housen* c *Nikolaisen* en matière d'appel d'un arbitrage[23]? Selon la Cour, l'application de l'analyse de droit administratif de l'arrêt *Dunsmuir* est la seule conclusion qui peut être tirée de l'analyse de la Cour suprême dans l'arrêt *Mouvement laïque québécois* c *Saguenay (Ville)*[24].

Et pourtant, les normes de contrôle ne devraient pas inquiéter le courant dominant de l'arbitrage commercial, précisément parce qu'elles sont si exclusives au régime des conflits de priorité de l'Ontario. Il convient de noter que la Cour emploie treize fois les expressions « arbitrage d'assurance » et « arbitres d'assurance » [TRADUCTIONS] dans ses motifs.

Dans ces deux formes de différends, les parties ont recours à l'arbitrage de manière différente, en visant des fins différentes, comme en témoignent les vastes droits d'appel dont les assureurs se prémunissent dans de tels cas. Les questions soulevées dans l'arrêt *Intact* sur la norme de contrôle n'entrainent d'effets que sur les parties qui prévoient de tels vastes droits d'appel dans leurs conventions d'arbitrage. Mais bien entendu, les dispositions d'appel par défaut de l'article 45 de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* n'autorisent les appels que sur des questions de droit précises, *sur autorisation*[25]. Les parties à un arbitrage commercial consensuel ne sont pas susceptibles d'utiliser les vastes droits d'appel des conflits de priorité; utiliser de tels droits dans les conventions d'arbitrage consensuel pourrait traduire une absence de sagesse.

À ce jour, l'arrêt *Intact* a été cité dans six affaires. L'une de celles-ci est le refus d'appel de la Cour suprême. Les cinq autres affaires concernent des conflits de priorité entendus par la Cour supérieure de justice de l'Ontario[26].

Si la Cour d'appel avait voulu appliquer cette analyse plus largement aux arbitrages commerciaux nationaux, l'arrêt *Intact* n'aurait pas cité la décision de la Cour en 2016 dans l'arrêt *Ottawa (City)* c *Coliseum Inc.*[27], voulant que « les arbitrages régis par la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* se déroulent dans le contexte d'un régime étroitement défini, en vertu duquel une *intervention judiciaire est généralement injustifiée*[28]. » [traduction]

1 *Sattva Capital Corp.* c *Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53 [*Sattva*].
2 *Intact Insurance Company* v *Allstate Insurance Company of Canada*, 2016 ONCA 609. [NDT : Toutes les décisions des tribunaux de l'Ontario sont en anglais seulement.]
3 *Dunsmuir* c *Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9.
4 *Annexe sur les indemnités d'accident légales*, Règl. de l'Ont. 34/10, art. 40.
5 *Annexe sur les indemnités d'accident légales*, Règl. de l'Ont. 34/10, art. 3.1.
6 *Loi sur les assurances*, LRO 1990, c I.8.
7 *Annexe sur les indemnités d'accident légales*, Règl. de l'Ont. 34/10.
8 *Dispute Between Insurers*, Règl. de l'Ont. 283/95 [en anglais seulement].
9 *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, LO 1991, c 17.
10 *Unifund Assurance Company* v *Security National Insurance Company*, 2016 ONSC 6798.
11 *State Farm Mutual Automobile Insurance Company* v *TD Home & Auto Insurance Company*, 2016 ONSC 6229, paragr. 11–12.
12 *Intact Insurance Company* v *Allstate Insurance Company of Canada*, 2016 ONCA 609, paragr. 52.
13 *Popack* v *Lipszyc*, 2016 ONCA 135, paragr. 26.
14 *Pupuke Service Station Ltd.* v *Caltex Oil (Z) Ltd PC 63/94*, 16 novembre 1995, paragr. 1, Lord Mustill (Nouvelle-Zélande).
15 *Intact Insurance Company* v *Allstate Insurance Company of Canada*, 2016 ONCA 609, paragr. 30.
16 *Intact Insurance Company* v *Old Republic Insurance Company*, 2016 ONSC 3110, paragr. 18.
17 *Intact Insurance Company* v *Allstate Insurance Company of Canada*, 2016 ONCA 609, paragr. 19.
18 *Allstate Insurance Company of Canada* v. *Intact Insurance Company*, 2016 ONSC 5443, paragr. 18.
19 *Intact Insurance Company* v *Allstate Insurance Company of Canada*, 2016 ONCA 609, paragr. 43.
20 *Intact Insurance Company* v *Old Republic Insurance Company*, 2016 ONSC 3110, paragr. 15-33.
21 *Zurich Insurance Co.* v *Chubb Insurance Co.* 2014 ONCA 400.
22 *Zurich Cie d'Assurances* c *Chubb du Canada Compagnie d'Assurance* 2015 CSC 19, paragr. 1.
23 *Intact Insurance Company* v *Allstate Insurance Company of Canada*, 2016 ONCA 609, paragr. 24-25.
24 *Ibid.*, paragr. 26; *Mouvement laïque québécois* c *Saguenay (Ville)* 2015 CSC 16.
25 *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, LO 1991, c 17, art. 45(1).
26 *Allstate Insurance Company of Canada* c *Intact Insurance Company*, 2016 ONSC 5443; *State Farm Mutual Automobile Insurance Company* c *TD Home & Auto Insurance Company*, 2016 ONSC 6798; *Belairdirect Insurance* c *Dominion of Canada General Insurance Company*, 2017 ONSC 367; *Farmers' Mutual Insurance Company (Lindsay)* c *Ontario (Finance)*, 2017 ONSC 1192.
27 Voir *Ottawa (City)* c *Coliseum Inc.*, 2016 ONCA 363, paragr. 32-33.
28 *Intact Insurance Company* v *Allstate Insurance Company of Canada*, 2016 ONCA 609, paragr. 31 (soulignement ajouté).

FÉLICITATIONS À NOS NOUVEAUX TITULAIRES!
CONGRATULATIONS TO OUR NEW DESIGNATION RECIPIENTS!

Félicitations aux membres suivants de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada qui ont reçu la désignation de Médiateur/Médiatrice agréé(e), Arbitre agréé(e), Médiateur/Médiatrice Breveté(e) ou Arbitre Breveté(e) :

We congratulate ADR Institute of Canada members who were recently awarded the designation of Chartered Mediator, Chartered Arbitrator, Qualified Mediator, or Qualified Arbitrator:

NOUVEAUX MÉD.A / NEW C.MEDS:

Kathleen Bellamano, C.Med (BCAMI)
Mark Donovan, C.Med (ADRIA)
Diane Harrison, C.Med (ADRIO)
Rowland (Roy) Johnson, C.Med (BCAMI)
Vivian Kerenyi, C.Med (BCAMI)
Sandy Koop-Harder, C.Med (ADRIM)
Alicia Kuin, C.Med (ADRIO)
Marcel Mongeon, C.Med (ADRIO)
Barbara Murray, C.Med (BCAMI)
Michael Scheidl, C.Med (ADRIA)
Mark Tweedy, C.Med (BCAMI)
Christina Vinters, C.Med (BCAMI)

NOUVEAUX ARB.A / NEW C.ARBS:

Vivienne Beisel, C.Arb (BCAMI)
Kathleen Bellamano, C.Arb (BCAMI)
Robert McBean, C.Arb (ADRIA)

NOUVEAUX MÉD.B / NEW Q.MEDS:

Judith Anderson, Q.Med (ADRIA)
Nadine Badry, Q.Med (ADRIA)
Jamuna Balaram, Q.Med (ADRIO)
Michael Boulet, Q.Med (BCAMI)
Kimberley Cauchon-Scanlan, Q.Med (ADRIO)
Lisa Cheeseman, Q.Med (ADRAI)
Linda Cloutier, Q.Med (ADRIO)
Elizabeth Cormier, Q.Med (ADRIO)
Gale Daigle, Q.Med (ADRAI)
Jerome Dickey, Q.Med (BCAMI)
Delphine du Toit, Q.Med (ADRAI)
Bill Duke, Q.Med (ADRIA)
Reniati Han, Q.Med (ADRAI)
Wendy Hancock, Q.Med (ADRIA)
Devorah Jonas, Q.Med (ADRIO)
Sabrina Karmali, Q.Med (ADRIA)
Lea Kivi, Q.Med (ADRIO)
Cindy Lanteigne, Q.Med (ADRAI)
Gregory Larsen, Q.Med (ADRIO)
Angela Léger, Q.Med (ADRAI)
Mark Liebenthal, Q.Med (ADRIO)
Shona Lizzi, Q.Med (ADRIA)
Barbara Martin, Q.Med (ADRAI)
Ryan McDougall, Q.Med (ADRIA)
Lori Morton, Q.Med (ADRIO)
Johannus Olsthoorn, Q.Med (ADRIO)
Donna Paquette, Q.Med (ADRIO)
Lori Price-Wagner, Q.Med (ADRIA)
Chrystal Regnier, Q.Med (ADRIO)
Eli Schrader, Q.Med (ADRIA)
Lesley Shebib, Q.Med (BCAMI)
Marilyn Sweet, Q.Med (ADRAI)
Elizabeth Sypher, Q.Med (ADRAI)
Brook Thorndycraft, Q.Med (ADRIO)
Sheldon Toner, Q.Med (BCAMI)
Jay Witherbee, Q.Med (ADRAI)

NOUVEAUX ARB.B / NEW Q.ARBS:

Leslie Belloc-Pinder, Q.Arb (ADRSK)
Michael Boulet, Q.Arb (BCAMI)
Monica Brown, Q.Arb (ADRIA)
Richard (Rick) Buchan, Q.Arb (BCAMI)
Heather Carnegie, Q.Arb (ADRSK)
Stephen Carpenter, Q.Arb (ADRAI)
Dora Dang, Q.Arb (ADRIA)
Shari-Anne Doolaege, Q.Arb (ADRIA)
John Farmer, Q.Arb (ADRIA)
Shauna Finlay, Q.Arb (ADRIA)
Kristen Gardner, Q.Arb (BCAMI)
Brad Gehring, Q.Arb (BCAMI)
Gibson Glavin, Q.Arb (ADRIA)
Kimberley Glenn, Q.Arb (ADRIA)
Kellan Gulka-Tiechko, Q.Arb (ADRSK)
William Holliday, Q.Arb (ADRSK)
Tina Huizinga, Q.Arb (ADRIA)
Cathy Knapp, Q.Arb (BCAMI)
Thomas Langford, Q.Arb (ADRIA)
Dan Levert, Q.Arb (ADRIA)
Marco Francesco Lilliu, Q.Arb (BCAMI)
Virginia May, Q.Arb (ADRIA)
Ian McDougall, Q.Arb (ADRIA)
James Mitchell, Q.Arb (ADRSK)
Stéphane MonPremier, Q.Arb (ADRIO)
Matt Mortazavi, Q.Arb (ADRIO)
Michael Newton, Q.Arb (ADRIA)
David Peddle, Q.Arb (ADRAI)
Dennis Picco, Q.Arb (ADRIA)
Femi Rufus, Q.Arb (ADRIO)
Tavengwa Runyowa, Q.Arb (ADRSK)
Robert Schuett, Q.Arb (ADRIA)
Christopher Semak, Q.Arb (BCAMI)
Danish Shah, Q.Arb (ADRSK)
Michael Shebib, Q.Arb (BCAMI)
Thomas Spraggs, Q.Arb (BCAMI)
Julie Stanchieri, Q.Arb (ADRIO)
Diane Tucker, Q.Arb (BCAMI)
Derek Yang, Q.Arb (BCAMI)

Les titres de médiateur agréé (Arb.A) ou d'arbitre agréé (Arb.B) sont les titres les plus élevés. Ces titres, de même que ceux de médiateur ou d'arbitre breveté (Méd.B ou Arb.B), sont les seuls titres généralistes au Canada attribués aux médiateurs et arbitres praticiens. Ils témoignent de la compétence, de la formation et du savoir-faire propres aux membres. Reconnus et respectés aussi bien à l'échelle du Canada qu'à l'international, ils sont des gages des niveaux d'expérience et de compétences supérieurs des titulaires. Les clients et agents de liaison peuvent être rassurés en sachant que la formation et le rendement des spécialistes en PRD qui détiennent un titre de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada ont été passés en revue, évalués et confirmés par toute une équipe de praticiens chevronnés et extrêmement respectés du domaine.

Pour obtenir plus de renseignements et connaître les critères d'admissibilité des candidats, consultez l'adresse *http://adric.ca/fr/resources/professional-designations/*

MED.A ARB.A MED.B ARB.B C.MED C.ARB Q.MED Q.ARB

LE FINANCEMENT DE L'ARBITRAGE PAR DES TIERS

Peu après le tournant du siècle, le financement par des tiers des frais de justice a connu une croissance importante en Australie et au Royaume-Uni[1].

Il a gagné en popularité dans le monde, en particulier dans les cas d'arbitrage international[2] et commence à prendre de l'ampleur au Canada[3]. Alors que le financement par des tiers en tant que tel n'est pas à strictement parler un développement « nouveau », la nouveauté réside dans la disponibilité croissante du financement par des tiers provenant de sociétés de financement professionnelles et l'éventail des façons dont ces sociétés travaillent avec les demandeurs dans les arbitrages internationaux et nationaux.

La croissance de la portée du financement par des tiers et de son envergure territoriale n'est pas exempte de critiques. L'idée qu'une entité externe acquière un intérêt financier dans un arbitrage (et que cela puisse être la seule raison pour laquelle l'arbitrage a lieu) soulève des préoccupations sur divers fronts, notamment : les lois interdisant le soutien abusif et la champartie, les conflits d'intérêts potentiels pour le Tribunal causés par l'ajout d'une entité intéressée par l'issue du différend et la confidentialité des discussions entre le demandeur et le bailleur de fonds. Cet article offre une vue d'ensemble de haut niveau de la nature du financement par des tiers et discute de quelques questions pratiques et juridiques dont il faut tenir compte relativement au financement par des tiers des arbitrages nationaux et internationaux au Canada.

I. QU'EST-CE QUE LE FINANCEMENT PAR DES TIERS?

En termes généraux, le financement par des tiers consiste en une convention selon laquelle une entité, qui n'a aucun intérêt direct à l'égard d'un différend, finance un demandeur dans le cadre d'un différend judiciaire.[4] Les conditions de la convention, prévues dans un contrat entre le bailleur de fonds et le demandeur, détaillent avec précision comment les fonds seront fournis et comment le bailleur de fonds récupérera ce qui constitue, dans les faits, son investissement à l'issue du différend. Dans une telle convention, le bailleur de fonds paie les frais et les dépens juridiques du demandeur, en tout ou en partie, que ce soit par avance ou sur une base ponctuelle. À la fin du différend, ces fonds lui sont remboursés et il reçoit un pourcentage prédéterminé des sommes recouvrées par le demandeur.[5] Un bailleur de fonds peut en outre accepter de verser une indemnité au demandeur pour couvrir tous les coûts imposés par une décision ou pour offrir une garantie pour les frais engagés par le défendeur[6].

Pour les demandeurs, le financement par des tiers peut représenter une solu-

JESSICA GILL

Jessica Gill est associée chez Dentons Canada s.r.l. Elle œuvre dans le groupe Litige et Résolution des différends à Calgary, au sein d'une nouvelle pratique en litige civil commercial, en PRD et en droit du travail.

RACHEL A. HOWIE

Rachel A. Howie est partenaire chez Dentons Canada s.r.l. à Calgary. Membre du groupe Litige et résolution des différends, elle codirige le groupe national de PRD de la firme. Sa pratique est axée sur l'arbitrage national et international et les litiges mettant en cause des enjeux énergétiques, environnementaux et commerciaux.

tion attrayante, pour plusieurs raisons. Si un demandeur a une revendication valide, mais n'a pas les moyens de la faire valoir (soit en raison de ses propres finances, ou en raison d'un écart financier relatif entre lui et le défendeur), le financement par des tiers pourrait lui fournir les fonds nécessaires pour intenter et poursuivre une procédure d'arbitrage. C'est le scénario classique « David contre Goliath », et peut-être la situation la plus connue autrefois pour laquelle un demandeur chercherait du financement pour l'aider à régler un différend. Le financement par des tiers moderne est une industrie sophistiquée et, en plus du scénario « David contre Goliath », les raisons pour lesquelles les demandeurs recherchent du financement sont multiples et les options en la matière sont nombreuses et adaptables à chaque cas particulier. Les demandeurs qui disposent des fonds suffisants pour mener leurs réclamations à l'arbitrage se tournent vers le financement par des tiers pour se décharger d'une partie du risque financier ou pour avoir une plus grande maitrise de leur exposition financière dans la poursuite d'un différend. Il se peut également qu'un demandeur travaille à d'autres occasions lucratives ou impératifs commerciaux; la participation aux frais d'un bailleur de fonds lui permettra de disposer de l'argent nécessaire pour poursuivre ses fins[7]. Par conséquent, le financement par des tiers peut, dans certaines situations, garantir des sommes sans rapport avec les frais juridiques[8]. Dans de tels cas, il est perçu comme une sorte de « financement d'entreprise spécialisé axé sur les recours à l'arbitrage en tant qu'actifs[9] » et il peut donner lieu à des conventions complexes, comme :

- une convention de financement portant sur un portefeuille de cas, détenus par le demandeur ou un cabinet d'avocats, comme un moyen de répartir le risque;
- un moyen d'obtenir un paiement immédiat, au rabais, d'une décision en processus de collecte ou d'exécution;
- le financement des primes d'assurance dans le cadre de politiques visant à se prémunir contre les risques de l'exécution d'une décision[10].

Les pratiques du financement par des tiers sont en grande partie façonnées par les différences entre les systèmes juridiques nationaux.[11] C'est dans ce contexte que nous étudions le financement de l'arbitrage par des tiers au Canada.

II. SOUTIEN ABUSIF ET CHAMPARTIE

Le soutien abusif et la champartie sont deux doctrines historiques de la common law qui peuvent avoir une incidence sur la capacité à participer à un différend sans intérêt légitime à l'égard dudit différend. La doctrine du soutien abusif interdit aux particuliers d'apporter leur soutien aux litiges dans lesquels ils n'ont aucune préoccupation légitime sans un motif ou une excuse valable[12]. La champartie est considérée comme une forme aggravée du soutien abusif, auquel s'ajoute le fait que la partie fournissant le soutien recevra une part du produit à l'issue de la poursuite[13]. En dépit du fait que le soutien abusif et la champartie ne sont plus considérés comme des infractions criminelles, ils demeurent des infractions de la responsabilité délictuelle dans la common law canadienne[14]. Afin de tracer la ligne entre la champartie et l'intervention appropriée d'un tiers, les tribunaux canadiens ont cherché à savoir si le tiers « fomente le conflit[15] » ou s'il a un « motif répréhensible » d'agir.

Aucun tribunal canadien n'a directement statué sur le financement de l'arbitrage par des tiers. Cependant, il est possible de tirer quelques leçons du contexte des conventions d'honoraires commerciaux ou éventuels dans les litiges. Les tribunaux ont toujours tenu compte du facteur qu'est l'accès à la justice pour déterminer si le financement par des tiers a « fomenté le conflit » ayant mené au litige[16]. Les tribunaux ont reconnu certains avantages au financement par des tiers, dont l'accès à la justice pour les demandeurs en manque de moyens, l'atténuation des risques et la possibilité pour un défendeur de savoir qu'il peut recouvrer ses frais.[17] En tant que tel, le financement par des tiers n'est pas du soutien abusif ou de la champartie *en soi*. Il s'agit plutôt d'analyser les conditions précises de l'accord de financement[18]. En particulier, les tribunaux peuvent tenir compte du montant potentiel recouvert par le bailleur de fonds et de la maitrise du demandeur ou de son avocat sur le litige pour évaluer la présence d'un motif répréhensible[19].

Dans l'affaire *Schenk* v *Valeant Pharmaceuticals International Inc.*[20], la Cour a mentionné les conditions du recouvrement dans une convention de financement par des tiers dans le cadre d'un litige commercial. Le demandeur, qui avait des moyens limités, avait signé un contrat avec un bailleur de fonds du Royaume-Uni. Ce dernier acceptait de payer tous les frais et dépens juridiques en échange d'une partie du montant recouvré. L'accord, soumis à l'approbation du tribunal, était contesté par le défendeur pour un certain nombre de raisons, notamment le potentiel pour le bailleur de fonds de recouvrer plus de 50 % du produit du litige[21]. La Cour a jugé qu'il ne s'agissait pas de champartie *en soi*, tout en se disant préoccupée par deux dispositions particulières de l'accord de financement. Tout d'abord, elle craignait que le demandeur ne soit pas en mesure d'évaluer le coût final à la suite de ce qui a été jugé comme un recouvrement ouvert pour le bailleur de fonds à la fin de la procédure[22]. En second lieu, l'accord permettait au bailleur de fonds de recevoir la part du lion, ou potentiellement l'intégralité, du montant recouvré. Le juge a par la suite approuvé un accord de financement modifié qui plafonnait à 50 % du produit le recouvrement du bailleur de fonds[23].

Dans la mesure où cette jurisprudence s'applique à un arbitrage assujetti au droit canadien, elle illustre que le soutien abusif et la champartie, tout en demeurant régis par la loi, ne sont pas nécessairement des obstacles aux conventions de financement par des tiers. L'aspect le plus important d'un arbitrage assujetti au droit canadien est que toutes les conventions de financement doivent être examinées à la lumière du droit applicable.

III. FACTEURS DONT IL FAUT TENIR COMPTE POUR LE FINANCEMENT DE L'ARBITRAGE PAR DES TIERS

FORFAITS DE COMMANDITE

DANS LE CADRE DE IAMC 2017 : PRD ET ACCÈS À LA JUSTICE

IAMC 2017 : PRD ET ACCÈS À LA JUSTICE

L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada (L'IAMC) collabore avec plusieurs partenariats à la mise sur pied d'un programme exceptionnel pour notre conférence nationale annuelle de 2017. Pour plus de renseignements, visitez : *http://adric.ca/fr/adric2017/*

JOIGNEZ-VOUS À NOS COMMANDITAIRES QUI NOUS OFFRENT UN SOUTIEN ANNUEL :

- Borden Ladner Gervais s.r.l.
- Bruneau Group
- Cox & Palmer
- Dentons
- Bureau d'assurance du Canada
- Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes s.r.l.
- Marsh Canada Limitée
- McCartneyADR Inc.
- Norton Rose Fulbright Canada s.r.l.

DEVENEZ COMMANDITAIRE DE CET ÉVÉNEMENT EXTRAORDINAIRE

EN PLUS DE CONFIRMER VOTRE SOUTIEN ET VOTRE ENGAGEMENT ENVERS LES PRD, VOUS PROFITEREZ DES MULTIPLES AVANTAGES DES COMMANDITAIRES, INCLUANT :

- Une visibilité appréciable devant un auditoire ciblé : la publication de votre logo et/ou de votre nom dans les feuillets, les dépliants, les courriels promotionnels, et tout autre document concernant la conférence avant celle-ci
- La signalisation électronique (en rotation dans plusieurs salles) sur les lieux
- L'occasion de stipuler des conférenciers à l'ordre du jour (niveaux argent, or, platine, ou diamant)
- Captation de votre présentation (niveaux argent, or, platine, ou diamant)
- Inscriptions gratuites pour vous/vos clients ou vos collègues
- Accès à la liste publiable des délégués
- Placement de votre matériel promotionnel pré-approuvé sur la table des matériaux communautaires

EXCELLENTE VISIBILITÉ ET AUDITOIRE CIBLÉ

Nous anticipons 200-300 délégués pour IAMC 2017 ! Cependant nos campagnes publicitaires sont destinées à plus de 10 000 professionnels, dont des membres d'organismes au Canada, aux États-Unis et en Europe, notamment des professionnels en RH, des avocats, des arbitres, des médiateurs, des architectes, des ingénieurs, des travailleurs sociaux, des juristes d'entreprises et des comptables issus de tous les secteurs d'activités, y compris le commerce international, les ressources naturelles, l'industriel, la construction, l'assurance, les technologies de l'information, la propriété intellectuelle, le droit de la famille, l'évaluation, le franchisage, les transports, les soins de santé et plus encore.

NE TARDEZ PAS - LES OPPORTUNITÉS SONT LIMITÉES

Les forfaits de haut niveau sont offerts pour une durée limitée selon le principe du premier arrivé, premier servi. Inscrivez votre commandite *ici*, ou communiquez avec Janet McKay, Directrice générale, *janetmckay@adric.ca* au 1 877 475-4353, poste 105.

ADR Institute of Canada
Institut d'arbitrage et de médiation du Canada

Illustrations utilisées avec autorisation de T.-N.et-L.

En supposant qu'il n'y a pas de problèmes en ce qui concerne le droit en matière de soutien abusif et de champartie, les avocats et les clients doivent tenir compte d'autres facteurs s'ils songent au financement. Les sections qui suivent examinent brièvement deux de ces facteurs : les conflits d'intérêts et la confidentialité.

A. CONFLIT D'INTÉRÊTS

Une des préoccupations fréquentes en matière d'arbitrage concerne le risque de conflits d'intérêts que représente l'intervention d'une nouvelle entité — le bailleur de fonds — possiblement concernée par l'issue du différend. Parmi ces préoccupations, la possibilité d'un conflit entre un bailleur de fonds et le demandeur ou l'avocat du demandeur. Dans l'affaire *Stanway* v *Wyeth Canada Inc.*[24], la Cour a estimé que dans le contexte de financement d'un recours collectif par des tiers, elle pouvait vérifier si l'« entente de financement gère de manière appropriée les risques pour la maitrise du litige [et] le jugement professionnel indépendant de l'avocat du demandeur »[25] [TRADUCTION]. Dans une série d'affaires portées devant les tribunaux de l'Ontario, des bailleurs de fonds prévoyaient indemniser les demandeurs d'un recours collectif en cas d'une décision défavorable financièrement en échange d'une portion de toute somme recouvrée par la poursuite judiciaire, et demandaient au tribunal d'approuver ces ententes[26]. Les dispositions permettant au bailleur de fonds de mettre fin à ses obligations sans cause[27] ou l'exigence d'inviter le tiers à participer aux négociations du règlement[28] ont été retirées, puisqu'elles avaient le potentiel de permettre au bailleur de fonds de s'immiscer officieusement dans les pourparlers et de nuire à l'indépendance de l'avocat au litige. L'entente de financement devait prévoir un processus pour régler les différends entre le demandeur ou son avocat et le bailleur de fonds[29].

Une entente avec un bailleur de fonds soulève également la possibilité de conflits d'intérêts entre le bailleur de fonds ou le demandeur et le Tribunal[30] et, enfin, la question de savoir si un demandeur doit ou devrait communiquer la convention de financement au Tribunal et au défendeur. Si elle survient tardivement dans le processus, la divulgation ou la découverte d'une convention de financement peut entrainer de longs retards en raison des questions de conflit d'intérêts potentiels, du risque de désistement du Tribunal, en tout ou en partie, et, enfin, d'une contestation possible d'une décision ou d'une procédure d'exécution.

Rien dans la législation canadienne en matière d'arbitrage n'exige d'un demandeur qu'il révèle l'existence d'une source de financement.[31] Au moment de demander à un arbitre s'il accepte une nomination, l'avocat communique généralement le nom des entreprises et de l'avocat principal en cause, l'identité du demandeur et du défendeur (ainsi que des administrateurs, dirigeants ou actionnaires principaux des parties, au besoin), de sorte que l'arbitre puisse procéder à une recherche de conflit d'intérêts. Si un bailleur de fonds est en place avant la nomination du Tribunal, l'avocat devra probablement discuter avec le bailleur de fonds pour déterminer s'il y a un conflit d'intérêts potentiel avec la composition proposée du Tribunal. Une discussion similaire devrait sans doute avoir lieu si une partie cherche du financement après la constitution du Tribunal. Tout cela, cependant, ne répond pas à la question de savoir si le demandeur doit communiquer l'existence d'une convention de financement au Tribunal.

La législation canadienne sur l'arbitrage international, qui reprend en grande partie la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* de 1985, n'exige pas que les parties communiquent la présence d'un bailleur de fonds[32], mais des lignes directrices relativement récentes tentent d'établir certains paramètres autour de la question. Les Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international de 2014, en combinant les dispositions 6*(b)* et 7*(a)* des Règles générales, exigent la divulgation de l'intervention d'un bailleur de fonds dans certaines circonstances[33]. Lorsqu'un bailleur de fonds a un « intérêt économique direct dans la décision »[34] [TRADUCTION], il pourrait être nécessaire de communiquer l'identité du bailleur de fonds. Cependant, les Lignes directrices de l'IBA sont toutefois claires : chaque situation doit être analysée individuellement. Selon le libellé des Lignes directrices de l'IBA, plusieurs ententes de financement ne seraient pas associées à une obligation de divulgation. Plus récemment, le 12 février 2016, la Chambre de commerce internationale (CCI) a publié une note d'orientation sur la divulgation des conflits d'intérêts par les arbitres, intégrée à sa note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage[35]. Celle-ci contient un langage similaire à celui de la disposition 7*(a)* des Lignes directrices de l'IBA, bien que dans le cadre d'une divulgation du Tribunal. Plus précisément, toute relation entre un arbitre et « toute entité ayant un intérêt économique direct dans le différend ou l'obligation d'indemniser une partie à la suite de la décision » [TRADUCTION] devrait être considérée comme un élément que l'arbitre, s'il est conscient de la participation de cette entité, peut devoir communiquer, selon les circonstances[36].

Bien que le libellé des Lignes directrices de l'IBA et de la note d'orientation de la CCI exigent la divulgation de certaines conventions de financement, il est loin de rendre la divulgation obligatoire du libellé de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (« AECG »).[37] Bien que la ratification définitive ne soit pas encore chose faite, l'article 8.26 de l'accord prévoit, en ce qui concerne le financement par des tiers :

1. La partie au différend qui bénéficie du financement par un tiers divulgue à l'autre partie au différend et au Tribunal le nom et l'adresse du tiers en question.
2. La divulgation est faite au moment du dépôt de la plainte ou, si la convention de financement est conclue ou que le don ou la subvention est octroyé après le dépôt de la plainte, sans retard et aussitôt que la convention est conclue ou que le don ou la subvention est octroyé.

En octobre 2016, il n'existait aucun cas documenté d'une sentence arbitrale contestée avec succès sur la base d'un

défaut de divulgation d'intérêts externes, comme le financement par des tiers[38]. Avec l'exigence directe de divulguer le financement par des tiers prévue à l'AECG, de nouveaux développements à l'échelle internationale pourraient favoriser la divulgation obligatoire[39]. Les risques en matière de temps, de coût et d'application associés à la non-divulgation d'un financement par des tiers en cas de conflits d'intérêts sont potentiellement extrêmes. En l'absence de dispositions contraires dans l'accord de financement, et peut-être en attendant une discussion avec le bailleur de fonds, les parties pourraient envisager une divulgation précoce afin d'éviter les conséquences potentielles d'une divulgation tardive en cas d'apparence de conflit d'intérêts[40]. Par ailleurs, les parties pourraient demander conseil au Tribunal afin de savoir si les Lignes directrices de l'IBA s'appliquent ou si les parties doivent divulguer le fait qu'elles ont obtenu du financement relativement à ce différend, ou, peut-être audacieusement, inscrire dans les conventions d'arbitrage qu'en cas de différend il existe une exigence permanente pour une partie de divulguer l'identité de son bailleur de fonds, si elle a obtenu du financement relatif à ce différend[41].

B. PRIVILÈGE ET CONFIDENTIALITÉ

Outre les conditions de toute entente de confidentialité entre le bailleur de fonds et le demandeur, les lois canadiennes sur le privilège relatif au litige et le privilège d'intérêt commun (de préférence avec une entente de privilège d'intérêt commun signée) ont le potentiel de couvrir les communications entre un bailleur de fonds et le demandeur ou l'avocat du demandeur, de même que les avis, résumés ou notes d'information rédigés conformément à la convention de financement[42]. Les parties à un arbitrage international peuvent également se pencher sur les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, qui prévoient l'exclusion de la preuve, à la demande d'une partie ou du Tribunal, tout document assujetti à « l'existence d'une règle légale de confidentialité, de secret professionnel ou d'éthique (*legal privilege*) que le Tribunal Arbitral estime applicable »[43]. Cela signifie entre autres (selon les règles juridiques et éthiques applicables) de savoir si les divulgations ont été faites pour donner ou recevoir des conseils juridiques et de savoir s'il y a eu renonciation aux privilège[44]. Une évaluation de la mesure dans laquelle les communications et l'information fournie à un bailleur de fonds doivent être couvertes par les lois relatives aux privilèges ou des règles applicables devrait être l'une des premières évaluations faites par les avocats d'un client qui souhaite trouver du financement[45].

Dans la mesure où la jurisprudence canadienne en matière d'accord de financement dans les recours collectifs s'applique, elle est discordante. Dans l'affaire *Stanway* v *Wyeth Canada Inc.*, la Cour a déterminé que certains aspects de l'accord de financement relevaient du privilège (comme les parties relatives à la stratégie à l'égard du litige et le budget du litige), mais que les autres conditions pouvaient être divulguées[46]. Plus récemment, dans l'affaire *Hayes* c *The City of Saint John et autres*, la Cour a mis sous scellé l'accord de financement soumis son examen et a refusé d'en donner copie aux défendeurs[47]. Une décision similaire a été rendue dans *Schneider* v *Royal Crown Gold Reserve Inc.*, l'accord de financement contenant « des informations confidentielles et sensibles » [TRADUCTION], « une partie de la stratégie relative au litige du demandeur » et « la valeur implicite de la réclamation » pour le bailleur de fonds[48].

Les obligations de confidentialité imposées par une convention d'arbitrage pourraient constituer de plus grands défis, selon le caractère restrictif de ces conditions, tout comme les dispositions des ordonnances de confidentialité d'un Tribunal. Les règles particulières possiblement applicables à l'arbitrage exigent également un examen. La divulgation de documents confidentiels d'arbitrage[49] à un bailleur de fonds aux termes des Règles d'arbitrage de l'IAMC ne devrait pas être problématique, selon les circonstances, pourvu que le bailleur de fonds accepte de préserver la confidentialité des documents divulgués et de les utiliser aux seules fins de l'arbitrage, une partie étant autorisée à communiquer des documents au « conseiller » d'une partie ou toute « autre personne ayant un intérêt financier direct dans l'arbitrage »[50]. En revanche, les Règles d'arbitrage de l'ICDR et le Règlement d'arbitrage de la CCI ne prévoient rien de particulier en matière de divulgation, mais précisent que le Tribunal peut rendre des ordonnances en matière de confidentialité[51]. Les parties à l'arbitrage aux termes de ces régimes devraient peut-être veiller à ce que soient rédigées des ordonnances de confidentialité préliminaires de manière à permettre la divulgation à un bailleur de fonds, dès que du financement est prévu.

IV. EN CONCLUSION

Plusieurs situations peuvent conduire un demandeur à envisager le financement par des tiers. Avec le nombre croissant de bailleurs de fonds et de modèles de financement, il serait erroné de présumer que le financement ne concerne que les demandeurs insolvables ou presque insolvables[52] et, s'il ne reconnait pas cette erreur, l'avocat pourrait être incapable de cerner les occasions qui s'offrent aux sociétés déjà bien dotées en capitaux de tirer profit d'une convention de financement. Parmi les autres avantages possibles d'une convention de financement par des tiers se trouve celui de bénéficier d'un autre point de vue sur une réclamation et de l'expérience apportée par le bailleur de fonds, qui sera généralement un avocat possédant une vaste expérience des différends[53].

Il reste de nombreuses questions juridiques non réglées et en développement concernant le financement par des tiers. Sans aucun doute, il continuera d'attirer l'attention. La discussion ci-dessus ne fait que survoler quelques enjeux par rapport à l'arbitrage au Canada. Il serait possible de rédiger un article entier sur la question pratique des coûts; tant en ce qui concerne la signification de la convention de financement d'un demandeur pour la capacité d'un défendeur d'obtenir des suretés pour couvrir

ses frais[54] que la question de savoir si le financement par des tiers a une incidence sur le montant des décisions définitives. Les incohérences dans la jurisprudence des provinces canadiennes sur le recouvrement de différents types de frais de financement (tels les intérêts sur les sommes prêtées[55]) et une décision récente du Royaume-Uni, même si elle s'appuie largement sur des faits particuliers pour accorder le coût des « frais de succès » [traduction] du bailleur de fonds[56], soulèvent des questions intéressantes sur le développement du droit si l'industrie du financement doit s'installer et croitre.

Comme pour toute transaction financière, une bonne diligence raisonnable devrait avoir lieu avant de chercher un bailleur de fonds et de signer une convention de financement. Différentes sociétés de financement auront des domaines d'intérêt ou des types de réclamations privilégiés, qu'elles seront plus promptes à financer, ainsi que des structures de financement en nuances[57]. Il est important de procéder à un premier examen dès le départ, car une fois approché, les bailleurs exigent généralement que le demandeur signe une entente initiale de confidentialité et d'exclusivité, afin de procéder à l'exercice de diligence raisonnable à l'égard de la réclamation[58]. Comme une telle période d'exclusivité peut durer quelques semaines, voire quelques mois, selon le stade de la réclamation et sa complexité, elle peut constituer une longue attente pour un demandeur préoccupé par le financement, en particulier si le financement de sa réclamation lui est refusé et qu'il doit recommencer le processus[59]. Qu'il soit utilisé comme un véhicule pour permettre à un demandeur d'avoir accès à la justice parce que sa situation financière l'aurait normalement empêché de poursuivre l'arbitrage, ou comme un moyen pour une entreprise sophistiquée de gérer le risque sur son portefeuille de différends ou sur une seule réclamation, le financement par des tiers offre de nombreux avantages potentiels, pourvu que les avocats en connaissent les problèmes pratiques et juridiques.

1 En Australie, en 2001, IMF Bentham ltée est devenue le premier bailleur de fonds de litiges coté en bourse.
Le présent article et les citations étaient à jour au moment d'écrire ces lignes, en janvier 2017.

2 Le Conseil international pour l'arbitrage commercial - Queen Mary University of London Task Force sur le financement de tiers fait référence aux statistiques d'un bailleur de fonds selon lesquelles "au moins 60% de tous les cas du CIRDI ont enquêté sur (mais pas nécessairement recherché ou obtenu) des fonds tiers avant leurs cas Ont été déposés "(voir <http://www.arbitration-icca.org/projects/Third_Party_Funding.html>) [Rapport provisoire ICCA-QMUL] [en anglais seulement].

3 L'ouverture l'an dernier de la succursale canadienne d'IMF Bentham ltée à Toronto illustre l'intérêt accru des bailleurs de fonds envers le Canada.

4 Bien que le présent article mette l'accent sur le financement de l'arbitrage pour un demandeur, cela ne veut pas dire qu'un financement n'est pas accessible à un défendeur. Un défendeur pourrait désirer obtenir des fonds afin de négocier avec des assureurs pour se protéger contre les pires scénarios. Voir, par exemple, Christopher P. Bogart, « Third-Party Financing of International Arbitration », *Global Arbitration Review: The European Arbitration Review* (14 octobre 2016), en ligne : <http://globalarbitrationreview.com/insight/the-european-arbitration-review-2017/1069316/third-party-financing-of-international-arbitration> [en anglais seulement].

5 Susanna Khouri, Kate Hurford et Clive Bowman, « Third party funding in international commercial and treaty arbitration – a panacea or a plague? A discussion of the risks and benefits of third party funding », (2011) 4 Transnational Dispute Management, p. 3 (accessible en ligne sur le site Bentham IMF : <https://www.benthamimf.com/docs/default-source/default-document-library/573330_1.pdf?sfvrsn=2>) [en anglais seulement].

6 *Ibid.*

7 Bogart, *supra*, note 4.

8 Voir, par exemple, *ibid.*, qui traite d'une convention de financement avec Rurelec PLC, par laquelle des fonds ont été fournis pour permettre à l'entreprise d'investir dans son exploitation, étant donné que le bailleur de fonds pouvait « monétiser la valeur de [l'arbitrage existant] » [TRADUCTION].

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*

11 Un exemple évident se trouve dans le document technique de Bentham IMF Canada, qui explique comment les modèles de financement correspondent à différents systèmes de recouvrement des coûts. Tania Sulan et Naomi Loewith, « Litigation Funding Roundtable: The Canadian Perspective », *Bentham IMF* (septembre 2016), en ligne : <https://www.benthamimf.ca/docs/default-source/default-document-library/roundtable_nov2016.pdf?sfvrsn=4> [en anglais seulement].

12 HG Beale, éd., *Chitty on Contracts*, 32e éd. (Londres : Sweet & Maxwell, 2015), paragr. 16-059 [en anglais seulement].

13 *Ibid.*, paragr. 16-063.

14 Tous deux étaient considérés comme des crimes par la common law au Canada jusqu'à ce que le Parlement canadien les abolisse tous en 1953 avec la refonte du chap. 51 du *Code criminel*. Plus particulièrement, les accords de champartie sont toujours non avenus en droit en Ontario (voir *Act Respecting Champerty*, LRO 1897, c 327 [en anglais seulement]).

15 *McIntyre Estate* v *Ontario (Attorney General)*, (2002), 61 OR (3e) 257, paragr. 34, 218 DLR (4e) 193 (CA Ont) [*McIntyre*]. [NDT : Les décisions des tribunaux ontariens sont en anglais seulement.]

16 *Weigand* v *Huberman et al* (1979), 18 BCLR 102, paragr. 104, 108 DLR (3e) 450 (C. sup.). [NDT : Les décisions des tribunaux de la Colombie-Britannique sont en anglais seulement.] Voir en outre la décision dans l'arrêt *Buday* v *Locator of Missing Heirs Inc* (1993), 16 OR (3e) 257, paragr. 31, 108 DLR (4e) 424 (CA Ont.) établissant qu'une convention commerciale de bonne foi pour aider à recouvrer un intérêt considéré comme une réclamation valide n'avait pas « fomenté le conflit » menant au litige et ne constituait pas de la champartie.

17 *Metzler Investment GmbH* v *Gildan Activewear*, [2009] OJ no 3315, paragr. 67, 179 ACWS (3d) 765 (SCJ) [*Metzler*]; *Dugal* v *Manulife Financial Corporation*, 2011 ONSC 1785, paragr. 27, 28 et 33, [2011] OJ No 1239 [*Dugal*]; *Labourers' Pension Fund* v *Sino-Forest*, 2012 ONSC 2937, paragr. 15, 216 ACWS (3e) 834 [*Sino-Forest*]; et *Bayens* v *Kinross Gold*, 2013 ONSC 4974, paragr. 34, 117 OR (3e) 150 [*Bayens*].

18 *Metzler*, *ibid.*, paragr. 63.

19 *Metzler*, *ibid.*, paragr. 71-73.

20 *Schenk* v *Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 255 ACWS (3e) 306 [*Schenk*].

21 *Ibid.*, paragr. 11.

22 *Ibid.*, paragr. 17. L'accord initial en l'espèce (qui exigeait l'approbation du tribunal) permettait au bailleur de fonds de recouvrer plus de 50 % du produit, sans limite maximale.

23 Redress Solutions PLC, « Redress Makes Breakthrough for Litigation Funding in Canada », communiqué de presse, 2 juillet 2015 (en ligne : <http://www.redresssolutions.co.uk/wp-content/uploads/2015/09/Redress-makes-breakthrough-for-litigation-funding-in-Canada.pdf>) [en anglais seulement].

24 2013 BCSC 1585, [2014] 3 WWR 808 [*Stanway*].

25 *Ibid.*, paragr. 42.

26 *Metzler*, *Dugal*, *Sino-Forest* et *Bayens*, *supra*, note 17.

27 Voir, par exemple : *Metzler*, *ibid.*, paragr. 60.

28 *Metzler*, *ibid.*, paragr. 58.

29 Pour voir plus de références, consulter : Sulan et Loewith, *supra*, note 11, paragr. 6; et Khoury, Hurford et Bowman, *supra*, note 5, paragr. 7.

30 Un conflit entre le bailleur de fonds et le défendeur, une fois la convention définitive conclue avec le demandeur, ou un conflit d'intérêts entre le bailleur de fonds et le demandeur ou l'avocat du demandeur sont plausibles. Toutefois, la discussion approfondie de telles possibilités ne s'inscrit pas dans la portée du présent article. Veuillez cependant prendre note que dans l'affaire *Stanway*, *supra*, note 22, la Cour a estimé que dans le contexte du financement d'un recours collectif par des tiers, elle pouvait vérifier si la « convention de financement gère de manière appropriée les risques pour la maitrise du demandeur sur le litige [et] le jugement professionnel indépendant de l'avocat » (paragr. 42). Voir également : Sulan et Loewith, *supra*, note 11, paragr. 6; et Khoury, Hurford et Bowman, *supra*, note 5, paragr. 7-8.

31 Voir *Arbitration Act*, RSA 2000, c A-43; *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, LO 1991, c 17; *Arbitration Act*, RSBC 1991, c 55. [NDT : Les lois de l'Alberta et de la Colombie-Britannique sont en anglais seulement.] Voir également : Canada, Institut d'arbitrage et de médiation du Canada, *Règles d'arbitrage de l'IAMC* [*Règles d'arbitrage de l'IAMC*] et Canada, International Centre for Dispute Resolution, *Canadian Dispute Resolution Procedures* [*Règles d'arbitrage de*

DEVENEZ UN AUTEUR DU JOURNAL

NOUS INVITONS TOUS LES AUTEURS (MEMBRES ET NON-MEMBRES) DE PRÉSENTER DES ARTICLES AU COMITÉ DE RÉDACTION DU JOURNAL D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION CANADIEN. VEUILLEZ CONSULTER NOS LIGNES DIRECTRICES POUR LES AUTEURS À : *WWW.ADRIC.CA/FR/RESOURCES/JOURNAL-ARTICLES*

l'ICDR].

32 Voir, par exemple : *International Commercial Arbitration Act*, RSA 2000, c I-5; *Loi sur l'arbitrage commercial international*, LRO 1990, c I.9.

33 International Bar Association, *Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international*, adoptées par la résolution du conseil de l'IBA, le 23 octobre 2014, dispositions 6*(b)* et 7*(a)* et explication des Règles générales 6*(b)* et 7*(a)* [Lignes directrices de l'IBA].

34 *Ibid.* Règle générale 7*(a)*.

35 Cour d'arbitrage international *note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage en vertu du Règlement d'arbitrage de la CCI*, adoptée par le Bureau de la Cour de la CIC, le 12 février 2016 [note d'orientation de la CCI].

36 *Ibid.*, paragr. 24.

37 *Accord économique et commercial global*, Canada et Union européenne, 30 octobre 2016, en attente de ratification et d'autres approbations parlementaires nationales, le cas échéant, au moment d'écrire ces lignes [*AECG*].

38 Bogart, *supra*, note 4.

39 Voir, par exemple : Dans un rapport publié en octobre 2016, la commission de réforme du droit de Hong Kong recommande l'abolition de l'application du soutien abusif et de la champartie aux accords de financement d'arbitrage, en énonçant des obligations de divulgation sur le financement et en détaillant les droits des bailleurs de fonds à être entendus dans les procédures et sur les conséquences en matière de coûts. (Voir : Hong Kong, Law Reform Commission, Report on *Third Party Funding for Arbitration*, (Hong Kong : Service d'impression, octobre 2016) (en ligne : <*http://www.hkreform.gov.hk/en/publications/rtpf.htm*>)) [en anglais seulement]. Au moment de la publication, le gouvernement de Hong Kong a proposé une loi qui reprend en grande partie les recommandations de la commission (*Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding)) (modification) Projet de loi 2016*, LS23/16-17. La législation est actuellement à l'étude par un comité législatif, après sa première lecture au Parlement. Le ministère de la Justice de Singapour a proposé une législation en juin 2016, qui comprend le Projet de loi *The Civil Law* (modification) *2016* [Projet de loi No 38/2016] et le Règlement *Civil Law (Third Party Funding) 2016* [en anglais seulement]. Les principaux changements apportés par ces modifications législatives, qui ont été adoptées par le Parlement le 11 janvier 2017 (voir Global Arbitration Review, « Key bills passed in Singapore, as Hong Kong moves towards funding » [11 janvier 2017], en ligne : <*http://globalarbitrationreview.com/article/1079959/key-bills-passed-in-singapore-as-hong-kong-moves-towards-funding*>) [en anglais seulement]), comprennent l'élimination de la responsabilité délictuelle des doctrines du soutien abusif et de la champartie de la common law. Plus précisément, le financement par des tiers n'est plus contraire à l'ordre public ou autrement illégal en vertu de ces doctrines. En outre, les modifications prévoient des règles pour les situations dans lesquelles un avocat recommande un bailleur de fonds à un client et la divulgation.

40 Certains praticiens ont également soulevé la question de savoir si l'omission de divulguer la participation d'un bailleur de fonds à une procédure d'arbitrage viole le devoir de bonne foi procédurale possiblement implicite à la convention d'arbitrage (voir : Khouri, Hurford et Bowman, *supra*, note 5, p. 10).

41 Il existe quelques cas où les Tribunaux ont ordonné la divulgation de la participation d'un bailleur de fonds tiers dans le contexte de l'arbitrage entre investisseur et État. Voir, par exemple *Muhammet Çap & Sehil In_´aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v Turkmenistan* (2015), Affaire du CIRDI nº ARB/12/6, ordonnance de procédure no 3, 12 juin 2015 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *South American Silver v Bolivia* (2016), Affaire de la CPA nº 2013-15, Ordonnance de procédure nº 10, 11 janvier 2016 (Cour permanente d'arbitrage); [en anglais seulement] où les défendeurs ont demandé que soit identifié le bailleur de fonds (après avoir appris l'existence d'un bailleur de fonds, que les demanderesses ont rendue publique).

42 Voir, de manière générale : *Blank* c *Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 RCS 319 (en particulier pour la discussion sur le privilège relatif au litige); *Canmore Mountain Villas* v *Alberta*, 2009 ABQB 348, [2009] AJ nº 606; *Barclays Bank PLC* v *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments VII Corp (Trustee of)*, 2010 ONSC 5519, [2010] OJ nº 4234.

43 International Bar Association, *Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international*, adoptées le 29 mai 2010, alinéa 9.2*(b)*.

44 *Ibid.*, paragr. 9.3.

45 Pour un examen détaillé du privilège dans le cas où une partie a obtenu ou cherche du financement dans le contexte de l'arbitrage international, voir : Meriam N Al-Rashid, Jane Wessel et John Laird, « Impact of Third Party funding on Privilege in Litigation and International Arbitration », (2012) 6 Dispute Resolution International 101 [en anglais seulement].

46 *Supra*, note 22, paragr. 43.

47 *Hayes* v *The City of Saint John et al*, 2016 NBBR 125, paragr. 2, 268 ACWS (3e) 287.

48 *Schneider* v *Royal Crown Gold Reserve Inc.*, 2016 SKQB 278, paragr. 10, 270 ACWS (3e) 494 [NDT : Les décisions de la Saskatchewan sont en anglais seulement.]

49 Règles d'arbitrage de l'IAMC, *supra*, note 31, règle 1.2, définition de « Renseignements confidentiels ».

50 *Ibid.*, règle. 4.18.4.

51 Règles d'arbitrage de l'ICDR, *supra*, note 31, règle 37*(2)*; Chambre de commerce internationale, *Règlement d'arbitrage*, paragr. 22*(3)*.

52 Cela a également été reconnu dans le Rapport préliminaire QMUL-CIAC, *supra*, note 1, p. 17.
Khouri, Hurford et Bowman, *supra*, note 5, p. 5.

53 Voir, par exemple : Rapport préliminaire QMUL-CIAC, *supra*, note 1, p. 12-18.

54 Voir par exemple les différences entre *Bourgoin* v *Ouellette*, [2009] NBJ nº 164, paragr. 59, 343 NBR (2e) 58 (NBBR) [en anglais seulement]; *LeBlanc* c *Doucet and the New Brunswick Power Corporation*, 2012 NBCA 88, 357 DLR (4e) 304; *Park Avenue Flooring Inc.* v *EllisDon Construction Services Inc.*, 2016 ABQB 332, paragr. 145, 267 ACWS (3d) 295, citant *Hunt* v *R.M. Douglas (Roofing)*, [1988] 3 All ER 823 (UKHL) et *Davidson* v *Patten*, 2005 ABQB 519, 381 AR 1.

55 *Essar Oilfields* v *Norscot Gestion Rig*, [2016] EWHC 2361 (Comm) [en anglais seulement].

56 Voir :Khouri, Hurford et Bowman, p 6-7, sur les conditions potentiellement inéquitables et la diligence raisonnable sur la capacité de payer du bailleur de fonds.

57 Voir, par exemple : Bentham IMF, « Funding Overview », en ligne : <*https://www.benthamimf.com/docs/default-source/default-document-library/bentham-funding-overview.pdf?sfvrsn=4*> [en anglais seulement]. Voir également : Mick Smith, « Mechanics of Third-Party Funding Agreements: A Funder's Perspective », dans Lisa Bench Nieuwveld et Victoria Shannon, éd., *Third-Party Funding in International Arbitration* (Netherlands: Kluwer Law International, 2012), chap. 2 [en anglais seulement].

58 Certains rapports indiquent que, en moyenne, les chances d'obtenir du financement sont de 1 sur 10. Voir Marius Nicolae Iliescu, « A Trend Towards Mandatory Disclosure of Third Party Funding? Recent Developments and Positive Impact » (2 mai 2016) Kluwer Arbitration Blog, en ligne : <*http://kluwerarbitrationblog.com/2016/05/02/a-trend-towards-mandatory-disclosure-of-third-party-funding-recent-developments-and-positive-impact/*> [en anglais seulement]. Ce texte est similaire à d'autres commentaires voulant que « les bailleurs de fonds refusent la majorité des dossiers qu'ils sont invités à financer » [TRADUCTION]. (Voir : Global Arbitration Review, « Mistakes to avoid when approaching third party funders » (15 avril 2014), en ligne : <*http://globalarbitrationreview.com/article/1033321/mistakes-to-avoid-when-approaching-third-party-funders*> [en anglais seulement].)

RÈGLES NATIONALES DE MÉDIATION : LA NORME IDÉALE

Les Règles nationales de médiation de l'IAMC permettent d'amorcer des médiations et de nommer un médiateur advenant que les parties soient incapables d'en arriver à un accord.

UTILISEZ LE MODÈLE DE CLAUSE DE RÉSOLUTION DES DIFFÉRENDS MENTIONNÉ CI-DESSOUS POUR RÉDIGER OU PASSER DES CONTRATS :

Tout différend relatif à la présente convention ou découlant de celle-ci ou d'une question légale liée aux présentes sera soumis à la médiation conformément aux Règles nationales de médiation de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc. La médiation se tiendra à (indiquer la ville et la province au Canada). La médiation se déroulera en anglais ou en français [indiquer la langue].

POUR RECEVOIR DES COPIES DE NOS RÈGLES NATIONALES DE MÉDIATION, VISITEZ

http://adric.ca/fr/rules-codes/national-mediation-rules/,
ou communiquez avec nous au 416-487-4733
1-877-475-4353, admin@adric.ca

STEVE LORTEAU, BA

LA SAGESSE DU LÉGISLATEUR QUÉBÉCOIS ET LA MÉDIATION : COMMENT LA THÉORIE DES JEUX APPUIE SON COUP DE POUCE

Steve Lorteau, BA (Philosophie), étudie en droit civil et développement international à l'Université d'Ottawa. Ses intérêts de recherche incluent la théorie du droit et le droit interdisciplinaire appliqué. Un merci particulier à Paul Fauteux et Stephen Drymer pour leur appui.

INTRODUCTION

Dans le nouveau *Code de procédure civile*, le législateur québécois démontre une forte intention de privilégier les modes privés de prévention et de règlement des différends.[1] Cette intention se manifeste non seulement lors de la disposition préliminaire[2], mais aussi par le fait que la considération même des modes privés est dorénavant une étape obligatoire préalable au procès.[3] Compte tenu de sa nouveauté, les évaluations préliminaires du nouveau Code sont plutôt fondées sur une preuve anecdotique plutôt qu'une analyse systématique de l'emploi des modes privés. Une approche économathématique[4] démontre la sagesse (plutôt non intentionnelle[5]) du législateur en préconisant ces modes privés, surtout dans le cas de la médiation, puisqu'ils favorisent des règlements de différends plus optimaux que le procès pour les parties prenantes. Dans ce contexte, l'optimalité réfère à une stratégie maximisant l'utilité des parties. Cette approche permet de révéler les mécanismes rendant la médiation optimale dans une multitude de cas pour les parties aux prises avec un différend.

L'APPROCHE ÉCONOMATHÉMATIQUE

Selon les travaux parlementaires, le législateur cherchait principalement à reconnaître ces modes privés afin de « désengorger »[6] les tribunaux et de favoriser un esprit de consensualisme quant au règlement des différends.[7] Cependant, l'obligation de « considérer » systématiquement ces moyens privés[8] a suscité un débat quant à la priorité accordée à ces modes par rapport aux modes publics.[9] En particulier, Sylvette Guillemard, professeure à l'Université Laval, craint que la médiation puisse produire de « l'insatisfaction à long terme » puisque l'entente est acquise « à coups de concessions. »[10] D'un autre côté, Jean-François Roberge, directeur du programme de prévention et règlement des différends à l'Université de Sherbrooke, estime que le nouveau code améliore l'accessibilité et l'efficacité de la justice.[11]

Malgré l'expertise de ces derniers, la science offre l'avantage de pouvoir confirmer ou infirmer les expériences personnelles de façon plus objective. Cette thèse s'inscrit dans le mouvement de l'analyse économique du droit (*law and economics*), un courant intellectuel interdisciplinaire qui se démarque par l'utilisation d'outils économiques pour étudier des phénomènes juridiques.[12] Une branche importante de ce courant est l'analyse normative du droit, une approche économique visant à analyser des phénomènes juridiques sur le plan de leur efficacité ou de leur optimalité. Dans un contexte de conflit, un résultat est considéré comme optimal lorsqu'il n'existe pas d'alternative où toutes les parties seraient dans une meilleure position.[13] Même si certains critiquent le caractère plutôt réducteur de cette approche,[14] elle permet notamment d'approfondir notre compréhension des mécanismes inhérents aux phénomènes juridiques.

En appliquant ce raisonnement, l'approche scientifique de la théorie des jeux (*game theory*) confirme que la médiation est plus efficace que le procès et favorise l'obtention de résultats plus optimaux pour les parties d'un conflit. La théorie des jeux est une analyse économathématique des comportements stratégiques d'acteurs rationnels. Selon celle-ci, un jeu est un contexte dans lequel des humains sont en conflit ou doivent coopérer afin d'obtenir un résultat qui est dans leur intérêt.[15] La définition du jeu est plus large que de simples jeux de société et de sports et inclut toute interaction humaine régie par des règles où les humains doivent adopter des comportements stratégiques. Vue sous la perspective de la théorie des jeux, la médiation est à la fois un jeu de conflit et de coopération dans la mesure où deux parties cherchant à conclure une entente qui pourrait maximiser leurs intérêts individuels.[16]

LES RÈGLES DU JEU DE LA MÉDIATION

Compte tenu des divers modèles de médiation et des diverses approches du médiateur, il est parfois difficile d'isoler les caractéristiques uniques de la médiation.[17] Chaque modèle de médiation exige des interventions différentes de la part du médiateur et modifie les com-

portements optimaux que chaque partie devrait adopter. Il existe trois modèles principaux de médiation, soit la médiation évaluative, la médiation facilitatrice et la médiation transformative.[18] La médiation évaluative est un modèle interventionniste dans lequel l'arbitre conseille les parties en visant un règlement qu'il considère juste et équitable. Il y est important de présenter de bons arguments au médiateur puisque la coopération entre les parties est moins importante, et que le résultat de la médiation dépend de l'évaluation neutre du médiateur.[19] Lors d'une médiation facilitatrice, le médiateur intervient au niveau du processus afin d'assurer un environnement plus favorable à la négociation. Ce modèle laisse une marge de manœuvre aux parties pour qu'elles puissent négocier elles-mêmes. La médiation transformative est quant à elle un modèle axé sur le processus visant à rectifier la crise de communication entre les parties afin de favoriser des interactions plus durables. En conséquence, les parties prenantes d'une médiation transformative doivent adopter des comportements plutôt coopératifs, et ce même hors du contexte de conflit.[20] Ces descriptions, certes un peu sommaires, témoignent de la complexité de définir des paramètres de médiation applicables dans tous les modèles de médiation.

En soi, la médiation se démarque d'abord par un processus confidentiel et sans préjudice aux parties en présence d'un médiateur. Ce processus encourage les parties à s'exprimer librement. Le rôle du médiateur est de faciliter les échanges entre les parties afin qu'elles puissent s'entendre sur une solution mutuellement satisfaisante.[21] Selon Jean-Yves Brière, l'une des principales tâches du médiateur est de « faire comprendre aux parties que leur position n'est peut-être pas aussi solide et parfaite qu'elles le pensent et qu'elles ont intérêt à analyser le point de vue adverse. »[22] Avec cet objectif en tête, le médiateur doit d'abord écouter les parties et parfois procéder de manière interrogative afin de clarifier leurs divergences et leurs positions. Outre la présence et l'attitude générale que devrait adopter le médiateur, la médiation est relativement sans forme et encourage l'expression libre des parties.[23]

LES TROIS MÉCANISMES DE LA MÉDIATION

La théorie des jeux révèle plusieurs mécanismes permettant à la médiation d'obtenir des résultats plus optimaux que le procès pour les parties, notamment : i) la facilité d'échanger de l'information, ii) les coûts réduits de la médiation, et iii) les transformations à long terme de la vocation de l'avocat.

I) LA FACILITÉ D'ÉCHANGER DE L'INFORMATION

La médiation, comme d'autres modes de règlement de différends, se caractérise par l'absence d'information et d'intention. Contrairement aux jeux d'information complète (telles que les échecs ou le tic-tac-to), la médiation est un « jeu » d'information incomplète.[24] En ce sens, elle est similaire à un jeu de poker puisque les parties commencent avec peu d'information et, au fur et à mesure qu'avance le jeu, plus d'information sera dévoilée. En d'autres termes, les « joueurs » connaissent leurs cartes ou leurs faits pertinents, mais pas les cartes ni les faits de l'autre joueur. Du point de vue de la théorie des jeux, l'information permet de limiter la gamme de comportements stratégiques des joueurs. La gamme de comportements stratégiques possibles se restreint plus il y a d'information mise en commun par les parties, tout comme les possibilités dans un jeu d'échecs sont limitées par la position des pièces sur l'échiquier. Lorsqu'un joueur ne connaît pas toute l'information, le comportement le plus stratégique est de se préparer pour toutes les éventualités, ce qui multiplie les comportements stratégiques tout en atténuant le conflit.

Au cours de la médiation, le médiateur joue un rôle fondamental pour l'échange d'information. Selon le modèle économique de Goltsman et ses collègues, l'échange d'information joue un rôle déterminant sur le succès de la médiation.[25] Lorsqu'un médiateur est présent, les parties se sentent plus à l'aise de se parler, ce qui leur permet de s'apprendre mutuellement de l'information qui était auparavant privée.[26] Dans une médiation, l'information pertinente comprend non seulement des faits impliqués dans le différend, mais aussi les préférences et les positions des parties quant aux enjeux du conflit. Par exemple, lors d'une médiation sur la division d'une succession, une information pertinente peut prendre la forme d'une préférence pour recevoir des passifs à long terme au lieu des passifs à court terme. L'autre partie peut alors orienter ses comportements stratégiques en tenant compte de cette préférence exprimée. Selon un autre modèle, lorsque l'écart d'information est réduit, l'écart d'offre est également réduit, ce qui accélère le processus de résolution du conflit.[27]

Le médiateur contrôle l'échange d'information de façon à mettre en commun l'information pour les parties,[28] notamment par des résumés et des questions de vérification.[29] Ces comportements permettent de filtrer et de vérifier l'information lors de la médiation afin d'assurer un certain niveau de partage d'information entre les parties.[30] Selon la théorie des jeux, de telles « interventions de filtre » de la part du médiateur constituent un comportement optimal pour régler le conflit, puisqu'elles–réduisent la gamme de comportements stratégiques possibles pour les parties dans ce jeu d'information incomplète.[31] Cet effet d'entonnoir d'information donne lieu à une réduction d'enjeux contestés et une clarification des enjeux réels du conflit.

II) LES COÛTS RÉDUITS DE LA MÉDIATION

D'un point de vue économique, une entente à l'amiable est efficace lorsque les coûts explicites et implicites de transaction sont minimes. Dans un contexte juridique, les coûts explicites comprennent principalement les frais juridiques pour les avocats et les témoins, ainsi que les coûts ou bénéfices associés au règlement. Les coûts implicites comprennent surtout les coûts d'opportunité de résolutions plus

PRIX D'EXCELLENCE À LA MÉMOIRE DE LIONEL J. MCGOWAN — DEMANDE DES NOMINATIONS POUR 2017

L'Institut d'Arbitrage et de Médiation cherche des nominations pour le Prix d'Excellence en Résolution Extrajudiciaire de Disputes.

Le prix est accordé en honneur et en reconnaissance de Lionel J. McGowan, le premier Directeur exécutif de l'Institut d'Arbitrage du Canada, une des organisations fondatrices de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada. La présentation se fera lors de la Réunion Générale Annuelle de l'Institut à St. John's, Terre-Neuve, du 18 au 20 octobre 2017. Deux prix sont décernés lors de la présentation : l'un en raison des contributions à l'Institut et au domaine au niveau national, et l'autre, en raison des contributions au niveau régional.

PRIX D'EXCELLENCE RÉGIONAL

Ce prix est décerné à celui ou celle-ci qui a contribué au développement et au succès d'un Institut régional d'une façon incomparable, soit par son effort remarquable à court terme, ou par sa contribution constante sur une longue période et qui a contribué de façon significative à la promotion et/ou au développement de la PRD au sein de la région. Il faut noter que, payer ses frais pour plusieurs années, siéger sur un comité ou un Conseil d'administration pour plusieurs années, et avoir sa propre pratique de PRD avec rémunération, ne comptent pas envers un prix.

PRIX D'EXCELLENCE NATIONAL

Ce prix est semblable au prix régional, mais est décerné en raison des contributions à l'Institut National. Les contributions du candidat à l'appui, le développement, et/ou le progrès de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc. et ses politiques et programmes, et de promouvoir la PRD au niveau national, sont pertinent. Enseigner la PRD professionnellement, écouter aux cas de PRD, et d'autres activités de la pratique de la PRD, ne comptent pas. En plus, étant sur le Conseil d'administration de l'Institut national ne compterait pas, à moins que ça incluse des contributions majeures à l'Institut à travers le développement de la structure de l'Institut, des relations régionales-nationales, des programmes ou matériaux nationaux, du financement, ou d'autres initiatives significatives de l'Institut.

DATE DE SOUMISSION

La date limite pour recevoir les nominations est vendredi le 1er septembre 2017. *Nous vous encourageons de soumettre vos nominations dès que possible,* ***avec une lettre indiquant pourquoi votre candidat(e) devrait être reconnu****, au bureau de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, par télécopieur ou courriel électronique.*

COMITÉ DES NOMINATIONS MCGOWAN

Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc.
234, rue Eglinton est, bureau 407
Toronto (Ontario) M4P 1K5
Téléc. : 416-901-4736 admin@adric.ca

ADR Institute of Canada
Institut d'arbitrage et de médiation du Canada TM/MC

favorables. Dans un monde idéal, un résultat optimal pour les parties n'entraînerait aucun coût de transaction.[32] Dans la réalité, toute transaction comporte des coûts; il s'agit donc de déterminer comment les minimiser.

Les coûts associés à la médiation sont un facteur poussant les parties à résoudre leurs conflits. Selon un modèle conçu par Cooter, Marks et Mnookin, une augmentation des coûts de règlement accélère le processus de règlement dans la médiation et la négociation.[33] Les modes privés ont un impact psychologique marqué sur les attentes des parties quant au résultat final et aux comportements stratégiques qu'ils adoptent en conséquence.[34] Placées dans un contexte de médiation, les parties subissent une pression psychologique en vue de faire des offres pour commencer le processus et en sortir avec le meilleur résultat. Au début du processus, les parties sont moins flexibles et cherchent moins à atteindre un compromis. Au fur et à mesure que se déroule le processus de médiation, les barrières psychologiques à une résolution deviennent de moins en moins déterminantes des comportements des parties. Ces barrières prennent souvent la forme d'un manque d'information dans lequel les parties n'arrivent pas à saisir la rationalité de l'autre.

Par conséquent, plus l'information est échangée et plus les barrières à l'entente tombent. Cette pression psychologique explique en partie les coûts explicites réduits de la médiation comparativement aux autres modes de règlements.[35] Selon ce même modèle, les parties devraient faire leur possible pour éviter le procès en favorisant la médiation.[36] Si un accord sur l'objet du conflit est possible, il est préférable de régler le conflit par la médiation puisque les coûts de transaction sont moins élevés.

III) LES TRANSFORMATIONS À LONG TERME DE LA VOCATION DE L'AVOCAT

Par principe déontologique, les avocats doivent agir dans l'intérêt de leur client.[37] Cependant, les moyens par lesquels les avocats parviennent à défendre les intérêts de leurs clients peuvent varier en fonction du contexte du conflit. En d'autres termes, la structure du jeu modifie l'orientation stratégique des avocats. Lors d'un procès, les parties sont orientées vers un but précis : gagner le procès. En revanche, les modes privés (particulièrement la médiation) sont souvent perçus comme un moyen d'éviter la « guerre totale du procès » et de trouver des solutions plus créatives aux problèmes juridiques.[38] En bonne partie, cette vision guerrière n'est pas fautive dans la mesure où le litige est un jeu à somme nulle entre des parties qui songent à obtenir le même objectif : un verdict victorieux.[39] Ainsi, les comportements stratégiques des avocats seraient plus orientés vers une victoire aux dépens de l'autre partie et non pas vers un accord mutuellement satisfaisant issu de la coopération.

Par la pratique de la médiation, les avocats développent des compétences et des attitudes plus adaptées à la médiation, comme l'empathie, la compréhension et un sens de bon jugement.[40] Placés dans un contexte de médiation, les avocats, tout comme le médiateur, ont intérêt à faciliter la communication entre la partie qu'ils représentent et l'autre partie.[41]

De plus, les avocats en viennent à développer des techniques de résolution de conflits dans un contexte qui est moins restreint par les considérations juridiques.[42] Le droit en tant que tel est le résultat de plusieurs considérations distillées en forme de règles. De telles considérations incluent l'intérêt de l'ordre public et les divers intérêts des parties prenantes d'une société ou l'intérêt d'un gouvernement.[43] Lors d'un procès, le conflit est un jeu à somme nulle entre des parties qui songent à obtenir le même objectif : un verdict victorieux par l'intermédiaire du droit. La médiation est moins restreinte par les considérations juridiques et permet de parvenir à des résolutions fondées sur les intérêts des parties.[44] Cette marge de manœuvre permet aux avocats de suggérer des solutions plus créatives et non juridiques à leurs clients. Le client a donc intérêt à se procurer les services d'un avocat avec plus d'expérience de médiation. En d'autres termes, l'expérience avec la médiation transforme la vocation d'un avocat d'un « lutteur » à un « coopérateur », ce qui est une orientation plus adaptée à la médiation.[45]

CONCLUSION : LA SAGESSE DU PATERNALISME LIBÉRAL DU LÉGISLATEUR QUÉBÉCOIS

En favorisant les modes privés de règlement, le législateur québécois fait preuve d'un paternalisme libéral dans la mesure où les moyens privés sont favorisés, plutôt qu'imposés. Dans *Nudge*, Richard Thaler et Cass Sunstein défendent le paternalisme libéral, une théorie fondée sur la proposition que, dans la majorité du temps, nous ne sommes pas des agents tout à fait rationnels en mesure de maximiser nos intérêts.[46] Ils défendent des techniques actives qui mettent en place des architectures de choix démontrant l'intention bienveillante de favoriser l'intérêt des parties prenantes de l'architecture, tout en conservant leur liberté de choix.

L'analyse économique selon l'optimalité globale permet de confirmer la sagesse de ce paternalisme libéral. Grâce aux trois mécanismes décrits plus haut, la médiation permet d'atteindre des résultats plus optimaux pour les parties. Bien que la notion d'optimalité permette d'identifier le meilleur résultat pour *les* parties prenantes, elle ne permet pas l'atteinte du meilleur résultat pour *une* partie ou l'autre.[47] En ce sens, la méthodologie employée est elle-même empreinte de cet esprit paternaliste, puisqu'elle veille au bien-être de la société plutôt que viser à maximiser les intérêts individualistes. Néanmoins, cela ne signifie pas qu'une partie cherchant à maximiser son utilité personnelle ne devrait pas préférer la médiation à d'autres modes de règlement de différends. Au contraire, plusieurs modèles économiques démontrent qu'un acteur rationnel préférera souvent la médiation plutôt qu'un procès risqué, à moins que le conflit ne soit un véritable conflit de droit.[48] Bref, dans une optique économique, le nouveau *Code de procédure civile* est un *nudge* (coup de pouce) dans la bonne direction.

BIBLIOGRAPHIE

Code de déontologie des avocats, RLRQ c B-1, r 3.1.

Code de procédure civile. RLRQ c. C-25.

Ian Ayers et Jennifer Geranda Brown « Economic Rationales for Mediation », (1999) 80 Virginia L. Rev. 2, 323.

Ken G. Binmore, *Game Theory: A Very Short Introduction*, (Oxford: Oxford University Press, 2007).

Laurence Boulle et Kathleen J. Kelly, « Legal Issues in Mediation » dans Boulle, Laurence, *Mediation Principles, Process, Practice,* (Toronto : Butterworths, 1998).

Jean-Yves Brière, « La conciliation et la médiation » dans Jocelyne Tremblay (ed.), *Justice participative,* (Montréal : École du barreau du Québec, 2016).

Steven J. Brams, *Negotiation Games: Applying Game Theory to Bargaining and Arbitration*, (New York: Routledge, 2003).

Robert A. Baruch Bush et Sally Ganong Pope « Changing the Quality of Conflict Interaction: The Principles and Practice of Transformative Mediation », (2002) 3 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 1, 67.

Luc Chamberland, *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, (Cowansville, Quebec : Editions Yvon Blais, 2014).

Robert Cooter, Stephen Marks et Robert Mnookin « Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior » (1982) 11 Journal of Legal Studies 2, 225.

Hélène de Kovachich, « La médiation privée et la conciliation judiciaire » dans Jocelyne Tremblay (ed.), *Justice participative,* (Montréal : École du barreau du Québec, 2016).

Alexandre Désy « Les coûts et les délais judiciaires de la médiation judiciaire; les discours théoriques et pratiques sous le regard de l'analyse économique du droit ». Maîtrise. Université de Sherbrooke, 2016.

Denis. Ferland et B. Emert, Précis de procédure civile du Québec, 5e édition (Cowansville, Quebec : Editions Yvon Blais, 2015).

Anne Gaignaire, « Nouveau Code de procédure civile : qu'en disent les experts? » La Presse (26 janvier 2016) < http://affaires.lapresse.ca/portfolio/droit/201601/26/01-4943791-nouveau-code-de-procedure-civile-quen-disent-les-experts-.php >.

Ronald J. Gilson et Robert H. Mnookin « Disputing through Agents: Cooperation and Conflict between Lawyers in Litigation » (1994) 94 Columbia Law Review 2, 509.

Maria Goltsman, Johannes Horner, Gregory Pavlov et Francesco Squintani « Mediation, Arbitration and Negotiation » (2009) 144 Journal of Economic Theory 1397.

Christine Jolls, Cass R. Sunstein et Richard Thaler Alessio « A Behavioral Approach to Law and Economics », (1998) 50 Stan.L.R. 5, 1471.

Russell B. Korobkin et Thomas S. Ulen « Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics », (2000) 88 Cali.L.R. 4, 1051.

James Marshall « Lawyers, Truth and the Zero-Sum Game » (1971-1972) 47 Notre Dame Law, 919.

Carrie Menkel-Meadow « Lawyer Negotiations: Theories and Realities - What We Learn From Mediation » (1993) 56 The Modern Law Review, 361.

Carrie J. Menkel-Meadow « When Winning Isn't Everything: The Lawyer as Problem Solver », (2000) 28 Hofstra L. Rev., 905.

Priscilla Murphy « The Limits of Symmetry: A Game Theory Approach to Symmetric and Asymmetric Public Relations », (1991) 3 Public Relations Research Annual 115.

O. Russel Murray, The Mediation Handbook, (Denver : Bradford Publishing Company, 2011).

Frédérix Orobon, « Le « paternalisme libéral », oxymore ou avenir de l'État-providence? » (2013) 7 Esprit 16.

M. Pacces, « Normative Law and Economics: Asking the Right Questions », (2015) RILE Working Paper Series No 2015/03.

Richard Posner, *The Economics of Justice*, (Cambridge: Harvard University Press, 1983).

Québec, Assemblé nationale, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 41e législature, 1re session, Vol. 44, No 5 (Rita de Santis). <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-41-1/journal-debats/CI-140625.html>.

Iyad Rahwan et Kate Larson «Pareto Optimality in Abstract Argumentation » (2008) Proceedings of the Twenty-Third AAAI Conference on Artificial Intelligence 150.

Donald H. Regan, « The Problem of Social Cost Revisited » (1972)15 J. Law & Econ. 42, 427.

Robert J. Rhee « A Price Theory of Legal Bargaining: An Inquiry into the Selection of Settlement and Litigation under Uncertainty » (2006) 56 Emory L.J., 619.

Thomas C. Schelling, *The Strategy of Conflict*, (Cambridge: Harvard University Press, 1960).

Alan Stitt, *Mediation: A Practical Guide*, (London : Routledge, 2004).

Richard Thaler et Cass Sunstein, *Nudge - La méthode douce pour inspirer la bonne décision,* (Paris : Vuibert, 2010).

John Peter Weldon « La médiation transformative au soutien de l'autodétermination des parties », (2012) 21 Journal d'arbitrage et de médiation du Canada 1, 37.

1 Les modes privés incluent la négociation, la médiation et l'arbitrage; Luc Chamberland, *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, (Cowansville, Quebec : Editions Yvon Blais, 2014) i à ix et p. 3.

2 *Code de procédure civile.* RLRQ c. C-25, Disposition préliminaire [C.p.c.].

3 C.p.c., art. 1, al. 3 et 148, al. 1.

4 L'économathématiques est l'utilisation des méthodes mathématiques pour l'analyse des problèmes posés en économie.

5 Je dis « non intentionnelle » puisque le législateur n'a pas véritablement prétendu que c'était bien le cas.

6 Québec, Assemblé nationale, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 41e législature, 1re session, Vol. 44, No 5 (Rita de Santis). < http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-41-1/journal-debats/CI-140625.html>.

7 Denis. Ferland et B. Emert, Précis de procédure civile du Québec, 5e édition (Cowansville, Quebec : Editions Yvon Blais, 2015) à 1-20.

8 C.p.c. art 1, al. 3.

9 Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec sur le projet de loi no 28 intitulé Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, < http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2013/20130913-pl-28.pdf>, à p. 10.

10 Anne Gaignaire, « Nouveau Code de procédure civile: qu'en disent les experts ? » La Presse (26 janvier 2016) <http://affaires.lapresse.ca/portfolio/droit/201601/26/01-4943791-nouveau-code-de-procedure-civile-quen-disent-les-experts-.php>

11 Ibid.
12 Richard Posner, *The Economics of Justice*, (Cambridge: Harvard University Press, 1983) à 4.
13 Alan Stitt, *Mediation: A Practical Guide*, (London : Routledge, 2004) à 135 ; O. Russel Murray, *The Mediation Handbook*, (Denver : Bradford Publishing Company, 2011) à 44.
14 Voir généralement, Christine Jolls, Cass R. Sunstein et Richard Thaler Alessio « A Behavioral Approach to Law and Economics », (1998) 50 Stan.L.R. 5, 1471; M. Pacces, « Normative Law and Economics: Asking the Right Questions », (2015) RILE Working Paper Series No 2015/03; Russell B. Korobkin et Thomas S. Ulen « Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics », (2000) 88 Cali.L.R. 4, 1051.
15 Ken G. Binmore, *Game Theory: A Very Short Introduction*, (Oxford: Oxford University Press, 2007) à 5.
16 Priscilla Murphy « The Limits of Symmetry: A Game Theory Approach to Symmetric and Asymmetric Public Relations », (1991) 3 Public Relations Research Annual, 115, à 128.
17 Alexandre Désy « Les coûts et les délais judiciaires de la médiation judiciaire; les discours théoriques et pratiques sous le regard de l'analyse économique du droit ». Maîtrise. Université de Sherbrooke, 2016, p. 171.
18 Laurence Boulle et Kathleen J. Kelly, « Legal Issues in Mediation » dans Boulle, Laurence, *Mediation Principles, Process, Practice,* (Toronto : Butterworths, 1998) à 276-321.
19 Hélène de Kovachich, « La médiation privée et la conciliation judiciaire » dans Jocelyne Tremblay (ed.), *Justice participative,* (Montréal : École du barreau du Québec, 2016) à 71.
20 Robert A. Baruch Bush et Sally Ganong Pope « Changing the Quality of Conflict Interaction: The Principles and Practice of Transformative Mediation », (2002) 3 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 1, 67 à 71.
21 Jean-Yves Brière, « La conciliation et la médiation » dans Jocelyne Tremblay (ed.), *Justice participative,* (Montréal : École du barreau du Québec, 2016) à 76.
22 Id., à 80.
23 Id., à 76.
24 Xavier Jarque, Clara Ponsati et Jozsef Sakovics, « Mediation: Incomplete information bargaining with filtered communication » (2003) 37 Journal of Mathematical Economics 7, 803 à 804.
25 Maria Goltsman, Johannes Horner, Gregory Pavlov et Francesco Squintani « Mediation, Arbitration and Negotiation » (2009) 144 Journal of Economic Theory 1397.
26 Id., à 1398.
27 Robert Cooter, Stephen Marks et Robert Mnookin « Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior » (1982) 11 Journal of Legal Studies 2, 225 à 235.
28 Ian Ayers et Jennifer Geranda Brown « Economic Rationales for Mediation », (1999) 80 Virginia L. Rev. 2, 323, à 326.
29 John Peter Weldon « La médiation transformative au soutien de l'autodétermination des parties », (2012) 21 Journal d'arbitrage et de médiation du Canada 1, 37, à 41.
30 Thomas C. Schelling, *The Strategy of Conflict*, (Cambridge: Harvard University Press, 1960) à 148.
31 *Supra note 25*, à 1407.
32 Donald H. Regan, « The Problem of Social Cost Revisited » (1972)15 J. Law & Econ. 42, 427 à 437.
33 *Supra note 27*, à 239.
34 Ibid.
35 *P.ex.* Selon une étude dirigée par Pierre Noreau examinant les coûts des activités judiciaires dans les matières civiles relevant de la compétence de la Cour du Québec, le coût moyen du différend réglé par voie de gestion d'instance et de conciliation est de 2133$, tandis que le coût moyen d'un procès normal est de 6036$; Pierre Noreau, « Les Conférences de conciliation et de Gestion judiciaire, Cour du Québec. Projet pilote de Longueuil », *http://www.droit-justice.ca/files/sites/23/2015/03/Rapport-Longueuil-final.pdf*, à p. 60.
36 *Supra note 27*, à 246.
37 *Code de déontologie des avocats*, RLRQ c B-1, r 3.1, art 36.
38 Ronald J. Gilson et Robert H. Mnookin « Disputing through Agents: Cooperation and Conflict between Lawyers in Litigation » (1994) 94 Columbia Law Review 2, 509, à 514-522.
39 James Marshall « Lawyers, Truth and the Zero-Sum Game » (1971-1972) 47 Notre Dame Law, 919, à 926.
40 Carrie J. Menkel-Meadow « When Winning Isn't Everything: The Lawyer as Problem Solver », (2000) 28 Hofstra L. Rev., 905, à 921.
41 Ibid.
42 Carrie Menkel-Meadow « Lawyer Negotiations: Theories and Realities - What We Learn From Mediation » (1993) 56 The Modern Law Review, 361, à 364.
43 Steven J. Brams, *Negotiation Games: Applying Game Theory to Bargaining and Arbitration*, (New York: Routledge, 2003), à 64.
44 Robert J. Rhee « A Price Theory of Legal Bargaining: An Inquiry into the Selection of Settlement and Litigation under Uncertainty » (2006) 56 Emory L.J., 619 à 668-673.
45 *Supra note 39*, à 921.
46 Richard Thaler et Cass Sunstein, *Nudge - La méthode douce pour inspirer la bonne décision,* (Paris: Vuibert, 2010); Frédérix Orobon, « Le 'paternalisme libéral', oxymore ou avenir de l'État-providence ? » (2013) 7 Esprit, 16, à 22.
47 Iyad Rahwan et Kate Larson «Pareto Optimality in Abstract Argumentation » (2008) Proceedings of the Twenty-Third AAAI Conference on Artificial Intelligence 150, à 155.
48 *Supra note 27,* à 246; *supra note 21*, à 375.

DÉSIGNATIONS PROFESSIONNELLES POUR MÉDIATEURS ET POUR ARBITRES

Les titres professionnels décernés par l'IAMC dans les domaines de la médiation et de l'arbitrage permettent de différencier leurs détenteurs et de les désigner. Ils sont la preuve, pour les clients potentiels, que vous avez suivi la formation requise et possédez le niveau d'expérience reconnu par vos pairs, à l'appui d'une évaluation objective effectuée par un comité de praticiens chevronnés et hautement respectables.

Arborer le titre de Méd.A, Méd.B, Arb.A ou Arb.B[1] renforce votre crédibilité et la possibilité de faire valoir vos compétences. Reconnus à l'échelle nationale, ces titres indiquent que vous appartenez à une organisation nationale qui se consacre à la promotion du processus de règlement extrajudiciaire des conflits; ils soulignent également que vous démontrez de l'engagement dans l'exercice de vos fonctions et avez à coeur de vous perfectionner dans le cadre de la formation continue.

Les désignations de Médiateur agréé (Méd.A) et d'Arbitre agréé (Arb.A) sont les seules désignations officielles reconnues au Canada donnant aux médiateurs et aux arbitres le droit d'exercer; ce sont les désignations les plus élevées qu'offre l'Institut.

Les désignations de Médiateur Breveté (Méd.B) et d'Arbitre Breveté (Arb.B) sont les toutes nouvelles désignations officielles reconnues au Canada qui donnent aux médiateurs le droit d'exercer et leur permettent de faire valoir leur savoir-faire, leur formation et leurs titres de compétences. Ces désignations attestent la reconnaissance de votre travail et de votre expérience à ce jour; elles constituent une solide assise, dans votre progression, pour passer au niveau suivant et obtenir une désignation plus élevée dans le domaine des PRD.

Ces désignations sont connues et réputées au Canada et à l'étranger. Ces critères sont souvent considérés comme les critères minimums pour figurer sur les listes de spécialistes.

Pour de plus amples renseignements et les critères d'évaluation, **visitez *ADRIC.ca***

STEPHEN MORRISON, MÉD.A, ARB.A, FCIARB

LA MÉDIATION COMMERCIALE MULTIPARTITE COMPLEXE : DÉFIS ET STRATÉGIES

Stephen est médiateur, adjudicateur et arbitre à temps plein. Son travail a été reconnu par l'IAMC par les désignations Médiateur agréé et Arbitre agréé. Il est également fellow du Chartered Institute of Arbitrators.

INTRODUCTION

Des volumes ont été écrits sur l'éventail de techniques et de stratégies de gestion d'une médiation commerciale typique entre deux parties, avec un seul demandeur et un seul défendeur. Beaucoup moins d'encre a coulé sur les défis et les stratégies de la médiation commerciale multipartite complexe, dans laquelle interviennent au moins trois parties, et souvent plus d'une douzaine de parties distinctes. Pourtant, ces médiations sont beaucoup plus exigeantes et difficiles que leur pendant typique à deux parties et elles méritent qu'on y porte une réelle attention.

QUE FAUT-IL ENTENDRE PAR MÉDIATION COMMERCIALE MULTIPARTITE COMPLEXE?

Tout d'abord, par médiation commerciale, j'exclus le règlement de la plupart des différends communautaires ou de relations de travail, les litiges associés aux conventions collectives, les conflits matrimoniaux ou les réclamations pour faute professionnelle médicale, même s'il peut mettre en cause plus de deux parties. Je mets ici l'accent sur la responsabilité délictuelle ou contractuelle, qui provient souvent d'allégations de négligence entraînant une perte financière pour un ou plusieurs demandeurs, qui auraient été causées communément ou séparément par un ou plusieurs défendeurs, les troisième, quatrième ou cinquième parties. Bien qu'ils puissent être soulevés dans plusieurs contextes, ces différends surgissent souvent dans le cadre de réclamations relatives aux domaines de la construction, de l'environnement ou de la responsabilité du fait du produit, ou encore lorsque des opérations immobilières ont échoué, pour n'en citer que quelques-uns.

QUELQUES EXEMPLES SERONT UTILES POUR ÉVALUER LES DÉFIS QU'ILS COMPORTENT.

1) Au cours de l'orage du siècle, une partie du toit d'un grand entrepôt s'est effondrée, permettant ainsi à de grands volumes d'eau de pénétrer dans les locaux, causant des millions de dollars de dommages aux marchandises s'y trouvaient. L'entrepôt avait été construit dix ans plus tôt. Des réclamations totalisant plus de 8 millions $ sont faites et payées par les assureurs du propriétaire de l'entrepôt, du locataire exploitant des locaux et de deux entreprises dont les marchandises étaient stockées dans l'entrepôt.

Ces quatre assureurs ont intenté un recours par subrogation contre l'architecte et le maître d'œuvre, qui, à leur tour, ont fait des réclamations tierces contre l'ingénieur en structure et le sous-traitant d'éléments en acier de construction. Ces parties ont déposé des mises en cause subséquentes contre le sous-traitant monteur d'éléments d'acier de construction et la firme d'ingénierie retenue par le propriétaire pour veiller au respect du cahier des charges pendant la construction. Un ingénieur indépendant retenu pour examiner les assemblages de charpente dans les dessins d'atelier est ajouté en tant que cinquième partie par le sous-traitant monteur. Chacune des parties répondantes est aussi défendue par un assureur. Enfin, dans des actions distinctes mais connexes, les parties dont les biens ont été endommagés dans l'entrepôt ont fait des réclamations contre le propriétaire et le locataire exploitant de l'entrepôt, tandis que le propriétaire et le locataire exploitant ont intenté des procédures l'un contre l'autre.

La cause de la perte a été identifiée comme une erreur de conception des structures, initialement causée par l'ingénieur du projet, un travailleur autonome ayant une protection d'assurance limitée. Chacune des autres parties a approché les théories de la responsabilité soit sur la base de la responsabilité contractuelle directe à l'égard des travaux de l'ingénieur négligent, soit sur la base de leur propre négligence lorsqu'elles ont omis de repérer l'erreur de conception. Les enjeux se sont davantage compliqués en raison d'un éventail de positions relativement aux protections d'assurance et de défenses de limitation de la responsabilité. Le premier jour, plus de 45 conseillers juridiques, représentants d'assurance, et parties intéressées se trouvaient à la séance

L'IAMC APPRÉCIE LE SOUTIEN QUE LUI OFFRENT SES MEMBRES COLLECTIFS : ADRIC IS GRATEFUL FOR THE SUPPORT OF ITS CORPORATE MEMBERS:

Alberta Energy Regulator

Alberta Environmental Appeals Board

BLG Borden Ladner Gervais

CCCA ACCJE Canadian Corporate Counsel Association Association canadienne des conseillers (ères) juridiques d'entreprises

THE CANADIAN BAR ASSOCIATION L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN INFLUENCE. LEADERSHIP. PROTECTION.

CICR ICRC Canadian Institute for Conflict Resolution Institut canadien pour la résolution des conflits

COX & PALMER

大成 DENTONS

GOWLING WLG

IBC BAC

Imperial

Ismaili Conciliation and Arbitration Board of Canada

MCINNES COOPER

NORTON ROSE FULBRIGHT

OSLER Osler, Hoskin & Harcourt LLP

ROSE LLP

Shell Canada Limited

conjointe d'ouverture.

2) Depuis environ 30 ans, les propriétaires d'un petit centre d'achats louaient un local à une entreprise de nettoyage à sec. Les produits chimiques utilisés dans les activités de nettoyage à sec ont progressivement trouvé leur chemin dans les eaux souterraines au bâtiment et ont migré, directement ou indirectement, en dessous de cinq immeubles voisins. Les propriétaires voisins immédiats de la source ont poursuivi les propriétaires de cet immeuble en justice, ainsi que les exploitants actuels et antérieurs de l'entreprise de nettoyage à sec. D'autres propriétaires, voisins des propriétaires voisins immédiats, ont poursuivi ces derniers en justice en tant que source indirecte de la contamination de leur immeuble respectif.

3) Un promoteur immobilier a conclu un accord d'achat et de vente avec un constructeur de bâtiment. Le promoteur devait remplir une condition particulière à une certaine date et en informer l'acheteur, ou obtenir une prorogation de délai pour satisfaire à cette exigence, à défaut de quoi l'accord serait caduc. Plusieurs prorogations de délai ont été demandées et accordées, mais, que ce soit en raison d'un oubli de l'avocat du promoteur ou d'un manque de communication entre les deux avocats, une autre prorogation n'avait pas été officialisée à l'expiration de la plus récente échéance. Pendant ce temps, le marché a connu une décroissance considérable et le constructeur s'est servi de cette violation technique pour se retirer de l'entreprise et recevoir un remboursement de son acompte. Ultimement, il y a eu des réclamations, des demandes reconventionnelles, et des réclamations entre le promoteur et le constructeur, entre le promoteur et son propre avocat, ainsi qu'entre les deux avocats, tous deux assurés par le même assureur.

QUELLES SONT QUELQUES-UNES DES COMPLEXITÉS DE CES MÉDIATIONS?

Le premier domaine de complexité concerne généralement la matrice factuelle. Dans une médiation bipartite ordinaire, déterminer « qui a fait quoi à qui » est parfois difficile, mais le processus est essentiellement un exercice binaire. Dans le contexte multipartite, le médiateur doit établir les relations entre les différentes parties et comprendre les allégations factuelles que chaque partie peut faire concernant une ou plusieurs autres parties. En fonction de la qualité des mémoires de médiation, il est possible de procéder en grande partie à cette détermination avant la séance, mais, souvent, il faut combler des lacunes en rencontrant chacune des parties. En tout état de cause, le simple fait de suffisamment comprendre la matrice factuelle pour décrire le dossier avec confiance et discuter des enjeux avec les parties exige un effort important de la part du médiateur. En outre, il arrive qu'il faille résoudre des divergences factuelles entre deux ou plusieurs parties, même si ces divergences ne mettent pas en cause les autres parties.

Le deuxième domaine de complexité concerne le lien juridique entre chacune des parties. Comme il ressort des exemples, le lien juridique entre certaines parties peut reposer exclusivement sur un contrat, et les réclamations et demandes reconventionnelles de ces parties peuvent porter sur des allégations de violation, dont la négligence ou la mauvaise foi dans l'exécution d'un contrat. Dans le cas des autres parties, les revendications peuvent reposer sur la négligence, la responsabilité stricte, la nuisance, l'intrusion, l'ingérence dans les relations contractuelles, l'abus de pouvoir ou la violation de droits conférés par la loi.

Différents enjeux de limitation peuvent survenir entre différentes parties, en fonction de la nature des réclamations, la possibilité de découvrir le préjudice, et le fait que les parties ont fait des demandes de contribution et d'indemnisation contre des tiers ou des parties subséquentes. Il est maintenant évident que les combinaisons et les permutations théoriques des liens juridiques entre les parties individuelles peuvent devenir assez lourdes. Pourtant, le médiateur doit savoir gérer ces questions pour élaborer sa stratégie de médiation.

Un troisième domaine de complexité concerne les moyens financiers, y compris la couverture d'assurance, des parties individuelles. Bien que cette question se pose souvent dans les dossiers bipartites, elle se multiplie lorsque plus de deux entités sont en cause. Les demandeurs peuvent faire des réclamations de subrogation, accompagnées des réclamations d'une partie assurée pour le manque à gagner dans le montant remis par l'assurance, de sorte que deux avocats réclamant un recouvrement à plusieurs défendeurs peuvent se retrouver en compétition l'un contre l'autre. De même, les assureurs d'une ou plusieurs parties défenderesses peuvent refuser une protection ou la défense des dossiers sous réserve de leurs droits et, dans certains cas, il peut y avoir des demandes de mesures de redressement déclaratoires en suspens entre ces parties. Dans d'autres cas, comme dans le premier exemple ci-dessus, un défendeur clé peut être sous-assuré et exercer ses activités par l'entremise d'une société à l'abri des jugements. Il arrive également que des parties se présentent à la médiation, mais, intentionnellement ou par inadvertance, qu'elles aient omis d'inscrire leurs assureurs sur l'avis de réclamation. Dans bien des cas, rien de tout cela ne ressortira des mémoires de médiation présentés par les parties. Le médiateur devra s'enquérir et découvrir la capacité de chaque partie à contribuer à un règlement au cours de la séance de médiation.

De toute évidence, toutes ces subtilités factuelles, juridiques et financières n'entrent pas en jeu dans chaque médiation multipartite, mais il devrait maintenant être évident que plus il y a de parties en cause, plus la complexité avec laquelle le médiateur doit traiter, souvent de manière impromptue, risque d'être grande. Les défis que cela représente pour le médiateur comprennent l'obtention d'assez d'information dès le départ pour travailler, organiser l'information avant la séance, veiller à la pré-

sence de tous les participants nécessaires et compartimenter et retenir l'information, ainsi que le reste du matériel appris au cours de la séance de médiation. Bien que les notes peuvent aider, mon expérience me dicte que le médiateur doit être en mesure d'internaliser une grande partie de cette information pour gérer le processus efficacement.

QUELLES SONT QUELQUES-UNES DES QUESTIONS PRATIQUES ET DES DYNAMIQUES À L'ŒUVRE?

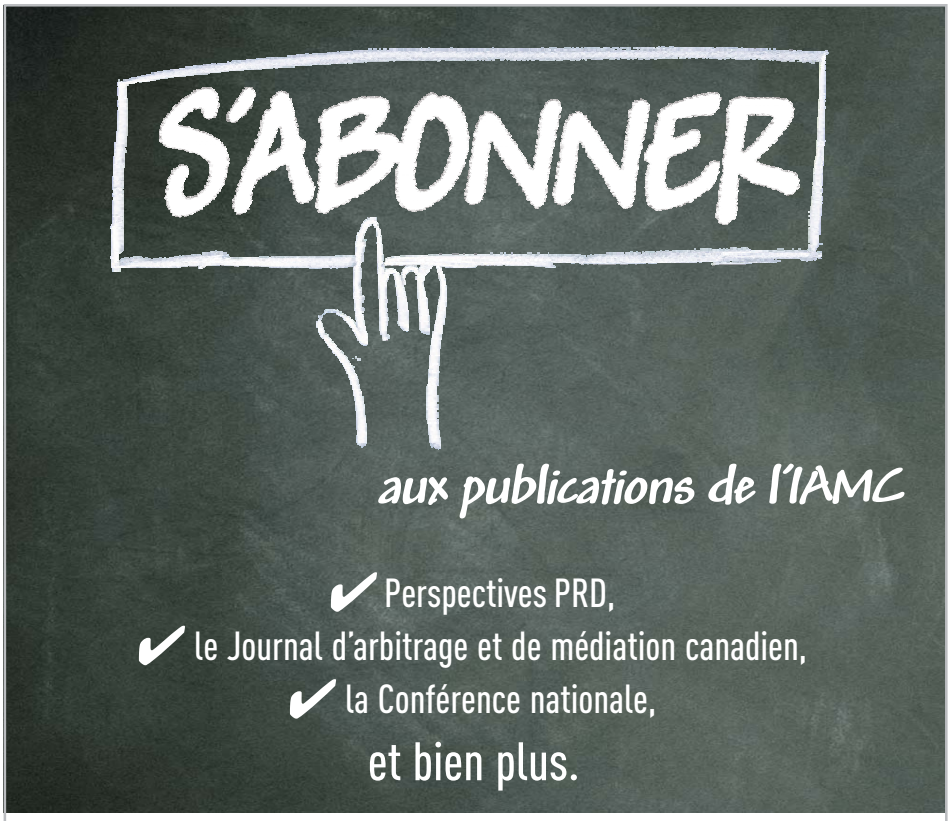
QUESTIONS LOGISTIQUES

Dans une médiation ordinaire entre deux parties, décider de la date, de l'heure et du lieu de la séance de médiation est généralement assez simple. Dans certains cas, même une demi-journée suffit. Dans les médiations multipartites, la première décision que les parties devront prendre est de savoir s'il faut réserver un, deux, voire trois jours. Compte tenu de la difficulté de coordonner les horaires, certaines parties voudront réserver une période plus longue pour être certaines d'avoir suffisamment de temps pour arriver un règlement. D'autres parties, peut-être plus pessimistes quant à l'issue, ne voudront pas assumer les coûts associés à un processus de trois jours et proposeront de réserver une seule journée avec la possibilité de revenir à une autre date, si la médiation progresse. Bien sûr, étant donné le nombre de participants, trouver une date de reprise mutuellement acceptable peut faire trainer la question pendant des mois, perdant ainsi tout élan vers un règlement.

Du point de vue du médiateur, il est généralement souhaitable d'avoir un processus continu. Non seulement cela maintient l'élan vers un règlement, mais la résistance est inévitablement brisée après quelques jours; ce bienfait sera perdu si les parties reviennent avec une détermination renouvelée des semaines ou mois plus tard. Et, en pratique, en cas d'ajournement important, le médiateur doit à nouveau prendre du temps pour reprendre le fil sur les faits et les liens entre les parties.

Une autre question de logistique concerne la sélection d'installations appropriées. D'aucuns sont d'avis que, outre une très grande salle pour la séance conjointe d'ouverture, il faut disposer d'une petite salle de pause pour chaque partie, dans laquelle le médiateur discutera en groupes individuels. Quand il y a quatre ou cinq parties, ce n'est pas un problème majeur, mais il peut être difficile et onéreux dans des situations où il y a un plus grand nombre de parties individuelles en présence.

Il m'arrive de prévoir une grande salle de conférence pour la séance conjointe et trois ou quatre salles pour les pauses. En règle générale, j'installe le demandeur dans une petite salle, un défendeur principal dans une autre, et je me réserve une salle. Je rencontre le demandeur et le défendeur principal dans leur salle respective, mais je laisse les autres parties dans la grande salle et je les fais passer tour à tour dans la salle que je me suis réservée, au besoin. Le principal défi de cette approche est le besoin d'obtenir un engagement ferme de tous les autres participants voulant qu'ils ne passent pas leur temps ensemble dans la salle de réunion à discuter du dossier et de leurs contributions relatives ou à essayer de conclure des règlements parallèles. Si cela devait se produire, le médiateur perdrait le contrôle complet du processus, et l'échec serait assuré.



DÉCIDEZ CE QUE VOUS DÉSIREZ RECEVOIR!

VISITEZ ADRIC.CA/FR

ADR Institute of Canada
Institut d'arbitrage et de médiation du Canada TM/MC

SUIVEZ-NOUS SUR LES MÉDIAS SOCIAUX

ARBITRAGE. MÉDIATION. RÉSOLUTION.

Ce souci souffre d'une exception, soit les cas impliquant des assurés et leurs assureurs. Par exemple, un demandeur peut demander le recouvrement de la partie non assurée de sa perte, et son assureur peut poursuivre une réclamation de subrogation dans la même action pour les sommes versées à la partie assurée au titre de la police d'assurance. Dans de tels cas, il n'est pas rare que l'assuré et l'assureur soient représentés par un avocat distinct. De même, l'avocat de l'assureur peut représenter le défendeur dans une réclamation pour négligence, alors que son propre avocat peut agir pour l'assuré dans une demande reconventionnelle connexe pour une partie non payée du prix du contrat. Dans ces situations, il peut être utile pour ces parties et leurs avocats respectifs de se rencontrer et de conférer en l'absence du médiateur pour résoudre des problèmes qui entrent inévitablement en jeu dans ces situations.

Le représentant d'une partie qui détient un pouvoir de décision ultime est tenu d'assister à la séance de médiation. De même, lorsque l'assureur intervient, les *Règles de procédure civile* de l'Ontario exigent la participation d'un représentant de la compagnie d'assurance. Il arrive que ce ne soit pas le cas. Le représentant d'une partie peut prétendre détenir un pouvoir ultime de décision, mais, au fur et à mesure que la journée avance, il devient évident que son pouvoir est considérablement limité, et que le vrai décideur n'est pas dans la chambre. De même, il n'est pas rare que les représentants des compagnies d'assurance qui assistent à la médiation aient un pouvoir limité qui repose sur des réserves établies pour le dossier. Bien que la plupart des médiations réussissent, la principale cause de leur échec est l'absence de personnes habilitées.

Ce problème est amplifié dans le cas des différends multipartites. Dans ces cas plus complexes, généralement, deux ou trois jours avaient été réservés avec le médiateur. Compte tenu de la préparation et de la participation des avocats et de plusieurs représentants des parties, des frais de location des installations et des frais du médiateur, le processus avait consommé beaucoup d'heures et exigé des investissements financiers importants. Si une seule partie en présence ne dispose pas du pouvoir nécessaire, la capacité du médiateur de parvenir à obtenir un règlement global du différend peut être sévèrement limitée et, quand les autres parties apprennent que la médiation est menacée de ce fait, cela crée de l'animosité envers la partie fautive. Pourtant, dans les faits, le médiateur a peu de contrôle sur cette question. Même si le médiateur peut exiger que les personnes qui assistent à la séance aient les pouvoirs nécessaires, il n'a aucun pouvoir d'exécution en cas de non-respect de cette consigne. Il est important que les avocats qui participent à ces médiations fassent en sorte que toutes les autres parties s'engagent à ce que les bons représentants soient présents.

Enfin, demeure la question de savoir si toutes les parties peuvent être présentes tout au long du processus. À l'évidence, tous les participants doivent être présents à la séance d'ouverture. À la suite de la réunion conjointe, cependant, il se peut que j'aie besoin de passer une ou deux heures avec le demandeur, puis plusieurs heures avec un ou plusieurs défendeurs clés. Lorsque huit ou dix parties défenderesses sont en cause, je peux prédire avec certitude que je ne les rencontrerai pas toutes pendant le reste de la première journée. Dans ces circonstances, je pourrais excuser plusieurs parties pour le reste de la journée et leur demander de revenir à des moments précis le lendemain. Par exemple, je pourrais demander à certaines parties d'arriver à 10 h le lendemain et en excuser d'autres jusqu'à midi, et ainsi de suite. Lorsque cela se produit, par habitude, je demande aux avocats de me donner un numéro de téléphone auquel je peux les joindre en cas de besoin. Inévitablement, je désire que toutes les parties soient présentes tout au long de la dernière journée.

FACTEURS PSYCHOLOGIQUES

Dans une médiation commerciale bipartite typique, le demandeur recherche habituellement un paiement le plus près possible de sa réclamation en dommages-intérêts, et le défendeur cherche à payer aussi peu que possible. Le médiateur met l'accent sur le besoin de faire des compromis et les conséquences de ne pas parvenir à un règlement en termes de risque de litiges, de dépens de partie à partie et d'exposition aux dépens de la partie adverse. Selon le style particulier du médiateur, il peut, pour mettre l'accent sur le risque de litige, faire une certaine évaluation, en vue de contrer les attentes irréalistes et de présenter une vision plus réaliste. La peur de l'inconnu est un facteur de motivation commun dans ces situations.

Dans un scénario multipartite, le demandeur ou les demandeurs veulent de toute évidence obtenir le montant le plus élevé possible, mais les dynamiques psychologiques qui entrent en jeu peuvent être très variées. Tout d'abord, le demandeur peut n'avoir poursuivi directement qu'une ou deux parties, mais, en raison des réclamations de contributions et d'indemnisation, il peut se trouver devant un procès impliquant un grand nombre de parties, ce qui augmente inévitablement les retards et les coûts associés au règlement de sa réclamation. Si une simple poursuite en justice peut prendre deux ou trois ans pour arriver au procès, un différend multipartite peut prendre beaucoup plus de temps, compte tenu de la nécessité pour toutes les parties de produire des documents, de participer aux interrogatoires préalables et de planifier la médiation et les rencontres préliminaires au procès. Des coûts de litige déjà impossibles à gérer peuvent devenir prohibitifs. La prise de conscience du demandeur qu'il a en effet perdu le contrôle de la poursuite judiciaire en raison de l'ajout des réclamations d'une troisième, quatrième et cinquième parties peut, dans bien des cas, être un facteur opérationnel favorable à un règlement.

La même préoccupation est également présente dans l'esprit des diverses parties défenderesses et, plus particulièrement, des parties qui se trouvent à la toute fin de la chaine de responsabilité avec peu, ou pas, d'exposition réelle. Il n'est pas rare que la soi-disant appro-

che à tous vents entraîne la mise en cause d'une multiplicité de parties minimalement exposées, dans l'espoir qu'elles contribuent à l'obtention d'un règlement, pour la simple raison qu'elles apportent une « valeur de nuisance ». Bien que ces parties n'aiment pas être mises en cause dans la procédure, elles seront soucieuses de ne pas être mêlées à un processus de longue haleine pour ne recouvrer que 50 % ou 60 % de leurs frais, et ce, seulement si elles sont jugées sans faute.

Les assureurs, qui n'ont parfois aucune exposition réelle à la responsabilité en bout de compte, sont néanmoins très motivés à acheter leur sortie d'une procédure qui se prolonge, en raison de leur obligation indépendante de défendre la réclamation au nom de l'assuré. Le coût d'une défense offerte au titre d'une police d'assurance peut considérablement dépasser une obligation d'indemnisation perçue et justifier une contribution importante au financement d'un règlement, voire d'un règlement partiel entre une ou plusieurs parties.

Bien que la plupart des assureurs adoptent une approche relativement pratique à l'égard des règlements, ce n'est pas le cas de tous. Certains, en particulier ceux qui servent un groupe identifiable de professionnels (comme les avocats, les architectes, les ingénieurs, les comptables, etc.), peuvent refuser de contribuer à un règlement sur une base purement pragmatique et insister sur l'adoption d'une méthode raisonnée. Ils ne paieront que s'il est possible de démontrer clairement un lien de responsabilité, sans égard au coût de la défense de la réclamation. Dans de tels cas, il arrive que ces assureurs soient captifs et financés entièrement par le groupe professionnel lui-même. Leur réticence à apporter une contribution du type « valeur de nuisance » repose sur l'obligation perçue de protéger la réputation de leurs professionnels assurés et la volonté de décourager les réclamations frivoles futures. Souvent, le médiateur ne peut pas faire grand-chose pour leur faire abandonner leur position, sauf l'utilisation des stratégies de règlement partiel, abordées ci-dessous.

Les accords de règlement partiel, souvent appelés accords Mary Carter et accords Pierringer, peuvent être utiles dans une médiation multipartite. Malgré les quelques différences entre ces deux types d'accords reconnus par les tribunaux (qui ne s'inscrivent pas dans le cadre de cette discussion), les deux formes d'entente permettent à un demandeur de régler le différend avec un ou plusieurs défendeurs, tout en poursuivant l'action contre les parties récalcitrantes. Les deux accords peuvent être utilisés dans la médiation multipartite pour résoudre des problèmes entre deux parties ou plus. Leur utilisation soulève cependant certaines questions éthiques pour le médiateur, qui a été payé à parts égales par toutes les parties pour régler globalement le différend, si possible. Par conséquent, de nombreux médiateurs n'abordent pas les règlements partiels. D'autres attendent qu'il soit manifeste qu'il est impossible d'en arriver à un règlement global, possiblement en raison du refus de contribution d'une ou de plusieurs parties.

La plupart des médiateurs, cependant, estiment qu'ils ont une obligation tout aussi claire de tenter de régler le dossier envers tous les participants consentants. Cela prendra parfois la forme d'un règlement entre un défendeur et le demandeur, le demandeur poursuivant le litige contre un ou plusieurs autres défendeurs. Dans d'autres cas, certaines tierces parties peuvent payer pour régler les réclamations de contribution et d'indemnisation contre elles par un ou plusieurs demandeurs. Les parties qui règlent peuvent alors quitter la procédure, tandis que les parties avec qui elles ont réglé bénéficient de ces paiements pour financer la poursuite du litige.

Un autre avantage de ces accords est qu'ils aident souvent à briser l'impasse qui peut survenir entre le demandeur et un défendeur têtu, y compris l'« assureur de raison », déjà mentionné. Lorsque le défendeur résistant se rend compte que d'autres sont prêts à régler le dossier, et qu'il restera seul pour se défendre, avec une exposition complète à la responsabilité restante, il se met souvent à douter de la sagesse de continuer ainsi. Les discussions reprennent souvent sur la bonne voie avec une partie récalcitrante lorsqu'elle est informée de la préparation d'un accord Pierringer, et il n'est pas rare d'arriver à un règlement global. C'est particulièrement vrai lorsqu'une clause de confidentialité de l'accord prévoit que le défendeur réticent ne

pourra pas connaître les modalités du règlement partiel.

L'autre facteur psychologique très important de la plupart des médiations multipartites concerne la question des contributions comparatives. Habituellement, le médiateur commence par déterminer le montant qui satisfera aux exigences du demandeur. Le médiateur passe ensuite la plupart du temps qu'il reste à essayer de rassembler cette somme auprès des différentes parties défenderesses. Bien que l'idéal est que chaque contributeur évalue sa propre contribution en se fondant exclusivement sur sa propre évaluation de sa responsabilité et son exposition aux coûts potentielles, il arrive trop souvent que les contributeurs veuillent connaître le montant global à recevoir par le demandeur et le montant que chaque autre contributeur défendeur met dans la cagnotte. Ensuite, s'ils estiment que le demandeur reçoit plus que ce qu'il mérite, ou si leur contribution individuelle n'est pas conforme à leur sens de la proportionnalité par rapport aux montants payés par les autres contributeurs, ils peuvent refuser de verser un montant important, et un règlement est alors impossible.

Un exemple typique est celui où un demandeur demande 1 million $ en dommages-intérêts, mais est prêt à régler si le médiateur parvient à une offre globale de 675 000 $. Supposons qu'il y a trois défendeurs dans ce scénario. Chacun, sur les faits en l'espèce, est exposé à peu près également à la responsabilité. Le médiateur rencontre le premier défendeur et réussit à obtenir un engagement de contribuer à hauteur de 225 000 $ au règlement. Le médiateur réussit à obtenir un montant similaire du deuxième défendeur, mais le troisième défendeur refuse ou est tout simplement incapable de contribuer à plus de 175 000 $ au règlement. Ainsi, le médiateur dispose d'un montant global de seulement 625 000 $ pour travailler.

Le médiateur rencontre ensuite le demandeur et, en insistant un peu, obtient de ce dernier qu'il accepte un règlement tout inclus de 625 000 $, mais pas un sou de moins! Lorsque le médiateur revisite les premier et second défendeurs pour les informer qu'un accord a été conclu, ces parties demandent le montant de la contribution des autres défendeurs. Quand ils apprennent que la contribution du troisième défendeur est inférieure de 50 000 $ à la leur, les émotions prennent le dessus, et un ou l'autre, ou les deux, peuvent décider qu'ils ne sont pas prêts à contribuer au règlement de façon disproportionnée. Cette position est souvent exprimée comme un refus de « renflouer » un autre défendeur. Étant donné que le troisième demandeur ne peut pas ou ne veut pas faire une contribution plus élevée et que le demandeur n'acceptera pas un montant moindre, cette journée de dur labeur ne mène à rien, sauf si le médiateur arrive à calmer le jeu.

La position de ces défendeurs est évidemment irrationnelle. Ils avaient déterminé, de manière indépendante, qu'une contribution de 225 000 $ au fonds de règlement avait du sens, en fonction de leur propre évaluation de leur exposition potentielle à la responsabilité et aux coûts. Ironie du sort, dans mon exemple, ce ne sont pas eux qui renflouent le troisième défendeur. C'est plutôt le demandeur qui prend le coup en réduisant son exigence de règlement. Malgré tout, il est parfois impossible de surmonter une telle réaction émotionnelle. Le médiateur se fait souvent dire que si le demandeur est maintenant prêt à accepter seulement 625 000 $, ce montant devrait être divisé en trois portions égales.

À titre d'illustration, je vous ai donné un exemple assez simple, mais dans les situations où il y a un plus grand nombre de parties diversement positionnées, les problèmes associés aux contributions comparatives peuvent devenir extrêmement difficiles à gérer. Certains médiateurs abordent ce problème en demandant à chaque partie contributrice ce que le demandeur devrait recevoir au total, et comment ce montant devrait être réparti entre les différents contributeurs. Parfois, le médiateur consignera les commentaires de chaque partie dans un tableau ou un graphique, pour voir s'il est possible de parvenir à un consensus concernant le pourcentage des contributions. Cet exercice doit parfois être repris plusieurs fois.

Plus tôt dans ma carrière de médiateur, j'ai utilisé cette méthode, mais, ces dernières années, j'ai mis au point une autre méthode, qui fonctionne mieux pour moi. Ma méthode consiste à obtenir l'adhésion de toutes les parties au cours de la séance d'ouverture, après que j'ai décrit ma méthode et mes raisons pour l'utiliser. Cette méthode est conçue pour traiter non seulement le problème de la contribution comparative décrit ci-dessus, mais aussi pour contrer la réticence des parties à révéler leur position ultime, jusqu'au moment où elles savent qu'un règlement est possible.

Comme la plupart des médiateurs l'ont vécu, les parties à un différend arrivent souvent dans le processus avec des positions ancrées, sachant pertinemment que le dossier ne sera pas réglé sur ces bases, mais, en même temps, ne voulant pas révéler ce qu'elles sont ultimement prêtes à faire pour mettre le différend derrière eux. Elles craignent que la révélation de leurs montants plancher et plafond soit considérée comme une faiblesse par la partie adverse. De plus, elles ont peur que la position mise de l'avant devienne le point de départ des négociations à venir en cas d'échec de la médiation. Par conséquent, les parties veulent préserver le secret de leur position réelle, jusqu'à ce qu'elles sachent que la médiation sera couronnée de succès, le cas échéant. Même si j'ai souvent le sentiment que ces préoccupations sont exagérées, je crois qu'il est raisonnable pour les parties de s'attendre à ce que le processus de médiation, en cas d'échec, ne cause de tort à personne.

Mon approche consiste à informer les parties, pendant la séance d'ouverture, que je vais les rencontrer individuellement pour discuter du dossier, à clarifier ma compréhension de toutes les questions de fait ou de droit, et, peut-être, à donner une évaluation préliminaire limitée. Je demande à chaque partie de révéler ses cartes de manière beaucoup plus réaliste, en toute confi-

dentialité. Je leur promets que je ne communiquerai ces informations à aucune des autres parties sans leur consentement, jusqu'à l'obtention d'un accord, le cas échéant. Je leur dis également que je ne leur révélerai pas le montant global à recevoir par le demandeur ni la contribution des autres participants. En d'autres termes, la discussion avec chaque partie porte sur ce qu'elle considère comme un montant de contribution logique, en fonction seulement de l'évaluation de sa propre exposition à la responsabilité et aux coûts et de son profil de risque. Bien que je puisse leur demander ce qu'elles pensent que les autres contributeurs devraient payer, je ne révélerai pas la contribution de tout autre participant.

Comme chaque partie sait que je ne divulguerai pas sa position en cas de résultat infructueux, elle ressent moins le besoin de jouer un jeu devant moi. Bien entendu, les parties espèrent encore que je pourrai les sortir du différend pour un montant inférieur à ce qu'elles sont vraiment prêtes à payer, alors il se peut qu'elles se gardent quelque chose en réserve. Bien que cette méthode ne me permette pas toujours d'obtenir la position définitive d'une partie dès le départ, je reçois généralement un montant qui est beaucoup plus réaliste que la position d'ouverture typique entendue par un médiateur selon la méthode traditionnelle.

Après avoir fait le tour du demandeur et de tous les contributeurs potentiels, je sais ce dont j'ai besoin, et je sais ce que les contributeurs sont collectivement prêts à payer. En règle générale, je dois de nouveau rencontrer chaque salle, parfois plusieurs fois, pour faire augmenter les contributions, mais, une fois de plus, je ne discute que de la contribution de la partie devant moi. En fonction de l'ensemble des informations dont je dispose, mes commentaires vont généralement en ce sens : « Je suis heureux que vous m'ayez fait part de votre volonté de faire une contribution de 200 000 $ pour régler ce différend. Bien que je ne crois pas pouvoir vous sortir de cette situation pour ce montant, j'ai raisonnablement confiance que la question peut être réglée si vous êtes prêt à contribuer à hauteur de 230 000 $. Peut-on en discuter? Est-ce que c'est sensé, selon vous? »

Malgré mes observations préliminaires, les parties me demandent souvent quelle est la contribution de l'un ou l'autre des participants. Je rappelle alors à cette partie que, en échange du maintien de la confidentialité de leur position, je me suis engagé à ne pas révéler la position des autres parties. Dans certains cas, je crois qu'ils posent la question pour tester la légitimité du processus, et mon refus de réponse sert à renforcer leur confiance dans le fait que je ne communique pas leur position aux autres parties. Cela augmente leur confiance et, par conséquent, nous pouvons avoir une discussion plus ouverte et sans détour.

Quand j'ai rassemblé le montant de contributions le plus élevé possible, je retourne voir le demandeur et je l'informe si je peux satisfaire à sa réclamation. Bien sûr, le demandeur demande souvent un montant un peu plus élevé que ce qu'il est vraiment prêt à accepter, et, avec un peu d'insistance, j'arrive généralement à obtenir un règlement, pourvu que je sois près de satisfaire ses attentes raisonnables. En cas d'accord, je demande alors à chaque partie de confirmer le montant de sa contribution de manière indépendante dans le compte-rendu officiel du règlement et, lorsque toutes les parties ont signé, elles découvrent combien le demandeur reçoit et combien tous les autres contributeurs ont versé. Dans les rares cas où il est impossible de parvenir à un règlement, toutefois, les parties quittent le processus en sachant qu'aucune autre partie ne connaît leur position, tout comme elles ne connaissent pas la position d'aucune des autres parties.

Si cette méthode offre les avantages décrits ici, elle n'est pas sans comporter ses propres défis. Tout d'abord, je dois faire très attention à ne pas révéler par inadvertance ce que j'ai convenu de ne pas divulguer. D'autre part, certains partis voient une certaine valeur même dans un échec de la médiation, si elles sortent du processus avec une idée claire de ce qu'elles auraient pu obtenir, ou du montant global que le demandeur était prêt à accepter. Elles pensent que ces informations peuvent les avantager dans les négociations futures. En ayant recours à cette méthode, cependant, elles peuvent avoir une idée approximative de leur contribution potentielle à un règlement global, mais elles ne connaissent ni le montant plancher du demandeur, ni la volonté des autres parties à contribuer à un règlement, ni les montants.

Enfin, cette méthode exige que le médiateur se livre à un exercice d'équilibre, en quelque sorte. Si, à la fin du processus, une partie dont la responsabilité perçue est de 20 % de la réclamation découvre qu'elle a payé 80 % du montant du règlement, il sera naturel qu'elle soit mécontente, même si sa contribution est basée sur une évaluation rigoureuse fondée sur le risque. Même si un médiateur ne promet jamais aux parties que leur sentiment respectif de la justice des contributions comparatives sera comblé, il faut éviter les contributions grossièrement disproportionnées par rapport à une évaluation raisonnable de la responsabilité. Si cette préoccupation existe en théorie, la situation se pose rarement dans la réalité, puisque chaque partie est généralement représentée par un avocat compétent et capable d'évaluer intelligemment ce qui est logique, tandis que le médiateur travaille généralement à l'intérieur des marges de cette évaluation.

CONCLUSION

Pour ces raisons, et d'autres, la conduite des médiations commerciales multipartites complexes n'est pas pour les cœurs sensibles. D'autre part, une fois qu'un médiateur a développé l'ensemble des compétences et des stratégies pour surmonter leurs différents défis, ces médiations peuvent être extrêmement gratifiantes. Le règlement réussi d'un tel différend, surtout s'il survient à un stade précoce du processus judiciaire, fera souvent économiser aux parties des millions de dollars en frais juridiques et en dépenses. Dans mon expérience, les expressions de gratitude reçues en tant que médiateur à la fin du processus sont manifestes et authentiques.

HONORÉS SPÉCIAUX DE L'IAMC
ADRIC SPECIAL HONOUREES

ANCIENS PRÉSIDENTS / PAST PRESIDENTS

1974-1975 **L. J. McGowan**
1975-1976 **J. T. Fisher**
1977-1979 **W. E. Hickey**
1979-1981 **P. B. Walters, C.Arb**
1981-1981 **B. V. Orsini**
1981-1984 **Joseph W. Myers**
1984-1985 **W. John C. Stikeman**
1985-1986 **Norman A. Richards**
1986-1988 **William G. Geddes**
1988-1990 **C. H. Laberge**
1990-1991 **D. C. Andrews**
1991-1994 **H. J. Wilkinson**
1994-1995 **Joanne H. Goss**
1995-1997 **Roman Evancic**
1997-1999 **Gervin L. Greasley**
1999-2000 **Heather A. de Berdt Romilly**
2000-2001 **Allan Stitt, C.Med, C.Arb**
2001-2002 **Kent Woodruff, C.Med, C.Arb**
2002-2004 **Barry C. Effler, C.Arb**
2004-2007 **P. David McCutcheon, C.Arb**
2007-2009 **Donald E. Short, C.Arb, FCIArb**
2009-2012 **R.J. (Randy) Bundus**
2012-2014 **James (Jim) Musgrave, Q.C., C.Med**

DISTINGUÉS / FELLOWS

Archie M. Doyle, BSc (EE), MEIC, PEng.
Basil V. Orsini, CMP, CIE, MCIQS, FCIArb
Carson F. Morrison, BE, MSc, FEIC, PEng.
Charles H. Laberge, BComm, MBA, C.Arb.
David C. Elliott, C.Arb.
David Lemco, C.Arb.
Donald M. Batten, FCIArb., FIIC, FAIC
E. Leonard Weldon, Q.C.
H.D.C. Hunter, BA, MA, C.Arb.
Harold J. Wilkinson, PEng.
John A. Tuck, Q.C.
Joseph W. Myers
Lionel J. McGowan
Paul B. Walters, BASc, MBA, MEIC, PEng.
Philippe Ferland
Professor Roger Fisher
W. John Stikeman, MBE
William G. Geddes, LL.B., BSc, Civil Eng, C.Arb., Mediator
William R. Kay
Winston E. Hickley, LLD, FEIC, PEng.

DISTINGUÉS HONORAIRES / HONORARY FELLOWS

B.W. Vigrass
Past Director and Secretary,
The Chartered Institute of Arbitrators

Cedric Barclay
Past President
The Chartered Institute of Arbitrators

Robert Coulson
Past President
American Arbitration Association

Richard J. Soper
Past President
The Chartered Institute of Arbitrators

DIRECTEURS ÉMÉRITE / DIRECTORS EMERITUS

Alex S. Hamilton
Andrew G. Farquharson, BSc, PEng.
Angus McClaskey
Archie M. Doyle, BSc (EE), MEIC, PEng.
Carson F. Morrison, BE, MSc, FEIC, PEng.
Clifford A. Lincoln, FCIArb, FCII, FHC.
D.M. Batten, FCIArb., FIIC.
David L. Campbell, BSc, PEng.
Douglas V. Gonder
Francois Beauregard
Frank A. Wright, LLB, FCIArb, FCIS.
Gervin L. Greasley, C.Arb.
H.D.C. Hunter, BA, MA, C.Arb.
R.F. Legget, O.C. Deng, FRSC
W.F. James, PhD, FRSC, PEng
William J. Hartnett, Q.C.
William R. Kay
Winston E. Hickley, LLD, FEIC, PEng.

LAURÉATS DU PRIX D'EXCELLENCE LIONEL J. MCGOWAN / RECIPIENTS OF THE LIONEL J. MCGOWAN AWARDS OF EXCELLENCE

NATIONAL / NATIONAL:

1999 **Roman Evancic** (BC)
2000 **NIL**
2001 **William J. Hartnett** (AB)
2002 **Barry Effler,** C.Arb (MB)
2003 **P. David McCutcheon,** C.Arb (ON)
2004 **Noel Rea** (AB)
2005 **Gervin L. Greasley** (MB)
2006 **Gerald Ghikas,** C.Arb (BC)
2007 **Bill Remmer** (AB)
2008 **Harold J. Wilkinson,** C.Arb (ON)
2009 **Donald E. Short,** C.Arb (ON)
2010 **William G. Horton,** C.Arb (ON)
2011 **Nil**
2012 **Brian J. Casey** (ON)
2013 **Jeffrey Smith** (ON)
2014 **James (Jim) Musgrave,** Q.C., C.Med (Atlantic)
2015 **Anne M. Wallace,** Q.C., C.Med, C.Arb (SK)
2016 **Jim McCartney,** C.Med, C.Arb (AB)

RÉGIONAL / REGIONAL:

1999 **Harry Hunter**, (BCAMI)
2000 **Kent Woodruff**, C.Med/C.Arb (BCAMI)
2001 **Annette Strug**, C.Med (ADRAI)
2002 **Bernie McMullan**, C.Arb (ADRIM)
2003 **Randy A. Pepper**, (ADRIO)
2004 **Gary Fitzpatrick**, C.Arb (BCAMI)
2005 **Gary T. Furlong**, C.Med (ADRIO)
2006 **Kenneth A. Gamble**, C.Med/C.Arb (ADRSK)
2007 **Mary T. Satterfield**, C.Med/C.Arb (ADRIO)
2008 **Sheila Begg**, C.Med/C.Arb (BCAMI)
2008 **Bill Diepeveen**, (ADRIA)
2009 **Tom W. Smith**, C.Med (ADRIA)
2010 **Richard H. McLaren**, C.Arb (ADRIO)
2011 **Camilla Witt**, (ADRIA)
2011 **Dr. Barbara Landau**, C.Med, Cert.F.Med (ADRIO)
2012 **Pamela Large-Moran**, C.Med, C.Arb (ADRAI)
2013 **Dr. Barbara Benoliel**, (ADRIO)
2014 **Claude Métras**, Méd.A/Arb.A (IMAQ)
2015 **Dr. Jennifer L. Schulz** (ADRIM)
2016 **Andrew D. Butt,** C.Med, Q.Arb (ADRAI)

ADR Institute of Canada
Institut d'arbitrage et de médiation du Canada TM/MC

ADR Institute of Canada

Institut d'arbitrage et de médiation du Canada TM/MC

ARBITRAGE. MÉDIATION. RÉSOLUTION.

INSTITUT D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION DU CANADA, INC.
ADR INSTITUTE OF CANADA, INC.
Suite 407, 234 Eglinton Avenue East
Toronto, ON (Canada) M4P 1K5
1-877-475-4353
416-487-4733
416-901-4736
admin@adric.ca
www.adric.ca

AFFILIÉES / AFFILIATES

C.-B. / BC

ADR INSTITUTE OF BRITISH COLUMBIA
366-1275 West 6th Avenue
Vancouver, BC V6H 1A6
1-877-332-2264 (in BC)
604-736-6614
604-736-6611
info@bcami.com
www.bcami.com

ALB. / AB

ADR INSTITUTE OF ALBERTA
Room CE 223A -
Ralph King Athletic Centre
Concordia University Campus
7128 Ada Boulevard
Edmonton, AB T5B 4E4
1-800-232-7214
780-433-4881
780-433-9024
info@adralberta.com
www.adralberta.com

SASK. / SK

ADR INSTITUTE OF SASKATCHEWAN INC.
Box 22015, RPO Wildwood
Saskatoon, SK S7H 5P1
1-866-596-7275
info@adrsaskatchewan.ca
www.ardsaskatchewan.ca

MAN. / MB

ADR INSTITUTE OF MANITOBA INC.
1-877-489-7452
admin@adrmanitoba.ca
www.adrmanitoba.ca

ONT. / ON

ADR INSTITUTE OF ONTARIO, INC.
Suite 405, 234 Eglinton Avenue East
Toronto, ON M4P 1K5
416-487-4447
1-844-487-4447 (Outside of GTA)
416-487-4429
info@adr-ontario.ca
www.adr-ontario.ca

QUÉB. / QC

INSTITUT DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DU QUÉBEC
1445, rue Stanley, bureau 1501
Montréal (Québec) H3A 3T1
514-282-3327
514-282-2214
info@imaq.org
www.imaq.org

PROVINCES DE L'ATLANTIQUE / ATLANTIC PROVINCES

ADR ATLANTIC INSTITUTE
Box 123
Halifax CRO, NS B3J 2M4
admin@adratlantic.ca
www.adratlantic.ca