Vol. 25, No. 1 Printemps/Eté 2016

# 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**

Entretien du Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien avec Marc Lalonde, c.p. O.C. c.r. ..... 8
**Marc Lalonde, c.p. O.C. c.r.**

Règlement judiciaire des différends à La Cour du Banc de la Reine : rendre les règlements accessibles ..... 14
**L'honorable N. C. Wittmann**

Les effets de l'arrêt *Sattva* sur le contrôle judiciaire des sentences arbitrales commerciales ..... 19
**Jim Robson**

La médiation d'un divorce et le bien-être des parties ..... 29
**Alyssa Lane, BHSc, MSc**

La médiation et l'arbitrage dans le processus de coordination des tâches parentales ..... 34
**Craig Neville**

Prix d'Excellence à la Mémoire de Lionel J. McGowan — Demande des nominations pour 2016 ..... 40

MARC LALONDE, C.P. O.C. C.R. -
ENTRETIEN SPÉCIAL - VOIR LA PAGE 8

## NOUVELLES ET ÉVÉNEMENTS

**PAGE 3** - CONFÉRENCE IAMC 2016 - DU 13 AU 15 OCTOBRE 2016
**PAGE 7** - CONFÉRENCE GLOBAL POUND - 15 OCTOBRE 2016
**PAGE 40** - PRIX MCGOWAN - DEMANDE DES NOMINATIONS
**PAGE 22** - NOS NOUVEAUX TITULAIRES DE TITRES PROFESSIONNELS

VOL. 25, NO. 1
PRINTEMPS/ETÉ 2016
SPRING/SUMMER 2016

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 405
Toronto, Ontario M4P 1K5
416-487-4733
1-877-475-4353
416-487-4429
journal@adric.ca
www.adric.ca

**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. ©2016. 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. ©2016, 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:**
https://adrcanada.secure.force.com/UserSubscribePage

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

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

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 2015-2016

### 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 génénal - Calgary, Alb.

**Josie Parisi**
Administratrice et trésorière - Toronto, Ont.

### ADMINISTRATEURS

**Naim-Alexandre Antaki**
Administrateur / Représentant corporatif - Gowling Lafleur Henderson LLP, Montreal, QC

**Stephen Antle, LL.B., C.Arb**
Administrateur / Représentant corporatif - Borden Ladner Gervais LLP, Vancouver, C.-B.

**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- Représentant corporatif - Imperial Oil Limited, Calgary, Alb.

**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.

**Chuck Smith, CHRP, Q.Med**
Administrateur / Représentant de filiale - ADRIA, Alb.

**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
Burnet Duckworth & Palmer LLP
Bruno Group Inc.
Canadian Institute for Conflict Resolution
Cox & Palmer
Dentons Canada LLP
Environmental Appeals Board
Gowling Lafleur Henderson LLP
Ismaili Conciliation and Arbitration Board of Canada
Imperial Oil Ltd.
Insurance Bureau of Canada
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*

# IAMC 2016
# PRD : RÉFLEXIONS ET INNOVATIONS

## L'ÉVÈNEMENT EN PRD LE PLUS PRESTIGIEUX ET IMPORTANT AU CANADA[MD] !

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.

La participation de l'ACCJE et la tenue de séances d'information enrichissantes destinées aux conseillers juridiques d'entreprises feront en sorte que cet événement sera d'intérêt à tous les publics.

**RENDEZ-VOUS**
**du 13 au 15 octobre 2016**

***L'ÉVÈNEMENT LE PLUS IMPORTANT EN PRD AU CANADA !***

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) en plus un atelier d'une demi-journée sur la justice réparatrice / communautaire !

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, des crédits de FPC, ainsi que l'hospitalité luxueuse de l'hôtel Ritz-Carlton.

**PLUS**

Atelier post-conférence d'une journée, le 15 octobre : **« Getting the Most Out of Arbitration: A Canadian Commercial Arbitration Workshop »** - une occasion rêvée d'entendre des arbitres parmi les plus renommés au Canada.

**ET**

La **« IMI Global Pound Conference - Canadian Edition »** le 15 octobre - une journée complète de discussions organisée sur le développement des outils de résolution des disputes civiles et commerciales au 21ème siècle, au niveau local, régional, et international.

**INSCRIVEZ-VOUS DES AUJOURD'HUI!**

Visitez *http://adric.ca/fr/adric2016/* pour le formulaire d'inscription, pour des renseignements pour devenir commanditaire, et pour restez à l'affût des mises à jour. Rencontrez les 13 au 15 octobre prochains des professionnels chevronnés et des consommateurs aguerris en matière de services d'arbitrage et de médiation.

Lieu : Hôtel Ritz-Carlton Toronto, 181 rue Wellington ouest, Toronto (Ontario) M5V 3G7, sans frais : 1-866-342-6974. Nous avons un nombre limité de chambres aux taux spécial de 275 $ par nuit, ainsi qu'un rabais pour les membres de l'IAMC !
Rabais sur les vols d'Air Canada, de West Jet et de Porter Airlines.

**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.**

VISITEZ LE *HTTP://ADRIC.CA/FR/ADRIC2016* POUR DES MISES À JOUR RÉGULIÈRES.

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

# MESSAGE DU PRÉSIDENT

M. SCOTT SIEMENS, MÉD.A, B. COM., FICB

**DEUX ÉVÉNEMENTS EXTRAORDINAIRES !**

La Conférence nationale annuelle de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada « **IAMC 2016** : **PRD – Réflexions et innovations** » se tiendra à Toronto du 13 au 15 octobre 2016, au luxueux hôtel Ritz-Carlton. Les séances comprendront un volet sur l'arbitrage international le 13 octobre (ainsi ceux qui sont en ville pour la conférence de la Chambre de commerce internationale [CCI] du 14 octobre pourront y participer), de même que des volets sur : la prévention et le règlement des différends familiaux et des conflits de travail, l'arbitrage commercial, la médiation, notamment la médiation commerciale, et aborderont d'autres sujets spécialisés d'intérêt tout le long de la conférence. Nous entendrons aussi des orateurs principaux exceptionnels, profiterons d'occasions privilégiées de réseautage et verrons le retour des « Présentations IAMC » inspirées des conférences *TED Talks,* qui ont été si populaires l'année dernière. Nous nous attendons à accueillir près de 500 participants à la conférence de cette année et espérons vous compter parmi eux! Inscrivez-vous dès aujourd'hui à *ADRIC.ca* pour profiter des meilleurs prix et réserver votre place!

Envisagez de commanditer cet événement pour rejoindre plus de 10 000 personnes dans le cadre de notre campagne de marketing. Il y a plusieurs niveaux de commandite possibles, associés à des droits différents. Les commandites sont offertes pour une durée limitée selon le principe du premier arrivé, premier servi. Visitez *ADRIC.ca* dès maintenant pour plus de renseignements.

Le 15 octobre, immédiatement après IAMC 2016, l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada (IAMC) accueillera le seul événement au Canada de la renommée ***Global Pound Conference Series (GPCS)***, où les parties intéressées de tous les aspects de la prévention et du règlement des différends (PRD) se réunissent pour une conférence style Nations Unies afin de considérer des questions fondamentales, ce qui provoquera des débats sur les outils et techniques actuels, stimulera de nouvelles idées et produira des données utilisables sur ce dont les entreprises ou particuliers faisant appel aux services de règlement des différends ont vraiment besoin et ce qu'ils veulent, tant localement qu'à l'échelle mondiale. Ne manquez pas votre chance d'exprimer votre point de vue sur le développement des politiques, et de jouer un rôle dans la création de l'avenir de la prévention et résolution des différends. Visitez *ADRIC.ca* et inscrivez-vous dès aujourd'hui !

En plus, le 15 octobre, l'IAMC présentera également un atelier pour tirer le maximum de l'arbitrage commercial au Canada, « ***Getting the Most Out of Arbitration: A Canadian Commercial Arbitration Workshop*** », présidé par Bill Horton et d'autres arbitres éminents, qui dirigeront chacun un module pendant cet atelier d'une journée. L'arbitrage commercial au Canada présente plusieurs caractéristiques particulières, souvent négligées dans les programmes qui se concentrent principalement sur l'arbitrage international et les institutions d'arbitrage. La nature essentiellement non institutionnelle (*ad hoc*) de l'arbitrage au Canada crée de nombreuses occasions d'expérimenter des approches souples et créatives de la procédure d'arbitrage. Cependant, les avocats et les arbitres doivent bien connaître les choix disponibles, les compromis et les limites, afin de satisfaire les utilisateurs, qui s'attendent à ce que l'arbitrage fournisse des processus effectivement plus efficaces et plus économiques que le règlement judiciaire. Cet atelier sera sans doute une attraction pour les juristes d'entreprise et les juges à la retraite. Comme le nombre de places est limité, inscrivez-vous bientôt.

**ENREGISTREMENTS DE LA CONFÉRENCE**

Des enregistrements de séances sélectionnées de la conférence IAMC de l'an dernier, qui s'est tenue à Calgary, sont maintenant accessibles, individuellement ou par ensembles, sur le site *ADRIC.ca* de même que des enregistrements gratuits des conférences IAMC 2013 et IAMC 2014. Regardez ces séances, et découvrez pourquoi il est indispensable d'assister à la conférence IAMC 2016!

**LES NOUVELLES RÈGLES D'ARBITRAGE DE L'IAMC**

Nos nouvelles règles d'arbitrage ont été bien reçues par plusieurs des principaux cabinets d'avocats. L'IAMC fournit aussi des services d'organisation d'arbitrage conformément à ces règles. Pour nous assurer que l'IAMC offre un niveau de service élevé, nous avons nommé un groupe de travail pour évaluer la qualité des services. Ce groupe a engagé une organisation externe pour interroger les utilisateurs de ces services. Son rapport 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.

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.

Ces services comprennent la nomination de spécialistes en PRD, pour laquelle l'IAMC utilise la base de données des membres à l'échelle nationale *Se connecter à la PRD* afin de trouver des professionnels expérimentés dans le domaine voulu.

Les règles d'arbitrage étant évaluées et révisées, nous nous tournons maintenant vers nos règles de médiation, et nous mettons sur pied un comité pour examiner, mettre à jour et améliorer ces dernières.

L'IAMC s'est aussi lancée dans la création de lignes directrices et de modèles nationaux pour les processus de médiation-arbitrage. Si vous souhaitez participer à l'un ou l'autre de ces deux projets, ou à tout autre projet, veuillez nous en aviser.

**APPROBATION DES COURS NATIONAUX PAR L'IAMC**

En 2015, l'IAMC a lancé ses **cours nationaux d'in-**

**troduction** à l'arbitrage et à la médiation. Beaucoup de nos membres et partenaires offrent aussi d'excellents cours en PRD, et souhaitent aligner ceux-ci sur l'organisation d'arbitrage et de médiation dominante au Canada, c'est pourquoi l'IAMC fournira des services d'**approbation de cours**. Appelez-nous pour savoir ce qu'une telle approbation pourrait apporter à vos cours.

**MARQUE DE L'IAMC ET LOGOS DE MEMBRE RENOUVELÉS**

L'IAMC continue de diffuser, sur toutes ses plateformes de communications, sa nouvelle image de marque et ses nouveaux logos, créés l'année dernière par le comité des ressources pour les membres et du marketing. Nos sections régionales ont adopté le nouveau logo et ont aussi renouvelé, ou sont sur le point de le faire, leur image de marque. Les nouveaux logos de membre sont disponibles auprès de votre section régionale affiliée. Vous pouvez les utiliser sur vos cartes professionnelles, vos profils en ligne, vos sites Web, etc. Communiquez avec votre section affiliée pour savoir comment accéder à ces logos.

**EN CONTACT AVEC L'IAMC**

Notre présence continue de s'accroître sur les plateformes de médias sociaux Facebook, LinkedIn, Twitter et YouTube. Joignez-vous à nous : nous sommes impatients d'entrer en contact avec vous!

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

## 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

## SE CONNECTER À LA PRD

**POUR OBTENIR UNE LISTE EXHAUSTIVE, NOUS VOUS RECOMMANDONS D'EFFECTUER DES RECHERCHES DANS LES DEUX LISTES, ÉTANT DONNÉ QUE TOUS LES PROFESSIONNELS BILINGUES PEUVENT NE PAS AVOIR ENCORE AFFICHÉ LEURS PROFILS DANS LES DEUX BASES DE DONNÉES.**

*HTTP://ADRIC.CA/FR/BUSINESS-DIRECTORY/*

## 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.
- Six numéros par année – SANS FRAIS.
- Pour consulter les numéros antérieurs : http://adric.ca/fr/resources/adr-perspectives-newsletter/
- POUR S'ABONNER : https://adrcanada.secure.force.com/UserSubscribePage

## 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/*

# MOT DU RÉDACTEUR EN CHEF

WILLIAM G. HORTON, FCIARB, ARB.A

Dans cette édition du *Journal*, nous sommes particulièrement honorés de vous présenter le discours du **juge en chef Wittman de l'Alberta** sur un sujet qui se trouve sur bien des lèvres en ce moment, la médiation judiciaire, ainsi qu'un entretien, que j'ai eu le privilège de mener, avec **Marc Lalonde**, figure marquante de l'histoire politique canadienne et arbitre international de premier rang.

M. Lalonde et moi avons discuté de beaucoup de choses pendant notre trop brève conversation. M. Lalonde nous offre un regard très personnel des premiers jours de l'arbitrage international, alors que se formaient certains des quelques organismes qui dominent le secteur aujourd'hui, au moment même où sa carrière d'arbitre international d'élite commençait, jusqu'à la prolifération actuelle des organismes et des praticiens de l'arbitrage autour du monde. Sa connaissance approfondie de la dynamique de la prise de décision du tribunal et sa vision de l'avenir de l'arbitrage (à la fois commercial et entre investisseur et État) seront appréciées par les arbitres autant chevronnés et que néophytes. Son point de vue sur le rôle des arbitres nommés par les parties et sur la dissidence relative aux décisions de la majorité sera d'un intérêt tout particulier pour les nouveaux arbitres. Il convient de noter que cet entretien a eu lieu avant la publication du texte du nouvel Accord commercial Canada-Europe (AECG). Toutefois, M. Lalonde s'exprime (défavorablement) sur l'idée d'un tribunal spécialisé pour les arbitrages entre investisseurs et État, qui a été incorporée dans l'AECG.

Le discours du **juge en chef Wittman** sur la médiation judiciaire rassemble de manière approfondie et réfléchie les arguments pour une utilisation plus large des juges en tant que médiateurs dans les affaires en suspens devant les tribunaux. Il discute ouvertement des préoccupations voulant que les juges qui participent à cette forme de règlement des différends puissent paraître agir de manière incompatible avec certaines valeurs fondamentales du système judiciaire, comme l'ouverture au public et l'expression d'une opinion judiciaire fondée sur un examen de tous les éléments de preuve et une procédure régulière. À l'évidence, dans une procédure de litige dont les coûts dépassent régulièrement le montant en cause, il est nécessaire d'agir pour sauver le système de lui-même. En fin de compte, comme le juge en chef Wittman le souligne, seulement 5 % environ de tous les dossiers déposés auprès des tribunaux se rendent à procès, peu importe la forme de règlement des différends utilisée pour régler les autres 95 %. La véritable question est la suivante : combien de temps et d'argent les parties dépensent-elles avant que chacun des dossiers qui constituent le 95 % soit résolu? Le juge en chef Wittman plaide en faveur de la médiation judiciaire comme un moyen pour les tribunaux de jouer un rôle dans la gestion de ce problème.

Dans son article *Les répercussions de l'arrêt* Sattva *sur le contrôle judiciaire des sentences arbitrales commerciales*, **Jim Robson** explore les incidences importantes de la décision historique de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Sattva*, plus particulièrement en ce qui concerne l'application de la notion de déférence et de la norme de la décision raisonnable du droit administratif aux appels des sentences arbitrales, même lorsqu'une décision fait l'objet d'un contrôle sur une question de droit. En effet, il s'agit là de l'un des aspects les plus révolutionnaires de l'arrêt *Sattva* un aspect qui a généré un certain réflexe de « rejet » chez les juristes traditionalistes. D'autre part, l'idée que même « la loi » est souvent dans l'œil de l'arbitre ou du juge qui l'évalue, et plus encore quand elle est appliquée aux faits, est tellement évidente qu'il est surprenant qu'il ait fallu si longtemps pour reconnaître cet état de choses comme une réalité. Les répercussions transformatrices de cette notion dans le cadre de l'exercice de la déférence en appel seront longues à évaluer et à absorber. L'article de Jim Robson est une importante contribution à cette conversation.

Deux articles de cette édition du *Journal* examinent le rôle de la neutralité dans les conflits matrimoniaux. **Alyssa Lane**, avec une grande perspicacité, étudie en détail le rôle de la médiation et des médiateurs pour faciliter le processus de divorce. **Craig Neville** explore et explique le domaine en croissance de coordination des tâches parentales, dans laquelle les experts neutres facilitent la résolution des litiges permanents associés à la garde des enfants. Ces deux articles ont toutefois un intérêt plus large. En effet, ils considèrent le rôle des médiateurs dans des litiges qui perdurent, par opposition aux litiges isolés qui peuvent être réglés en un seul « événement » de médiation ou d'arbitrage. Les dynamiques humaines constantes sont alors cruciales pour définir les services requis et façonner une proposition de valeur du processus des PRD pour les parties au différend.

Le comité de rédaction du *Journal* espère que vous serez heureux de cette sélection de lectures et que vous y trouverez des points de vue applicables à votre pratique. Comme d'habitude, nous espérons que vous envisagerez l'idée de contribuer à nos éditions futures, en exprimant vos propres idées et en nous faisant part de vos expériences. Nous sommes heureux de travailler avec des auteurs potentiels de manière proactive pour évaluer et élaborer vos articles en vue d'une éventuelle publication.

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/*

GLOBAL POUND CONFERENCE SERIES 2016-17

FAÇONNER L'AVENIR DE LA RÉSOLUTION DES DIFFÉRENDS & AMÉLIORER L'ACCÈS À LA JUSTICE

# LA IMI GLOBAL POUND CONFERENCE SERIES 2016-2017 – ÉDITION CANADIENNE

Participez à la Conférence Global Pound et aidez à façonner l'avenir du règlement des différends.

**Samedi le 15 octobre 2016**

Atrium Barbara Frum - Centre Radio-Canada, Toronto immédiatement suivant **IAMC 2016 : CONFÉRENCE NATIONALE ANNUELLE**

*Visitez www.adric.ca/fr/ pour des mises à jour régulières.*

**L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada joue un rôle clé en accueillant le volet canadien de la IMI Global Pound Conference Series 2016-2017**, le 15 octobre à Toronto, immédiatement après notre conférence nationale annuelle.

La Global Pound Conference (GPC) Series 2016-2017 facilitera le développement d'outils pour le règlement des différends civils et commerciaux du 21e siècle, aux niveaux national, régional et international.

Débutant à Singapour et se terminant à Londres, la série GPC voit se rassembler à diverses destinations internationales toutes les parties intéressées dans le domaine du règlement des différends – des parties à des différends commerciaux, des chambres de commerce, des avocats, des universitaires, des juges, des arbitres, des médiateurs, des décideurs, des représentants gouvernementaux, entre autres. Un total de 36 villes de 26 pays sont déjà confirmées.

Ces conférences vont favoriser des débats sur les techniques et les outils existants, stimuler l'émergence de nouvelles idées et générer des données exploitables sur ce dont les particuliers et entreprises qui font appel aux modes de prévention et de règlement des différends ont besoin et souhaitent avoir, à l'échelle locale comme à l'échelle internationale.

*Participez à la Global Pound Conference Series et aidez à façonner l'avenir du règlement des différends.*

**INSCRIVEZ-VOUS!**

**DEVENEZ COMMANDITAIRE !**

# ENTRETIEN DU JOURNAL D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION CANADIEN AVEC MARC LALONDE, C.P. O.C. C.R.

Marc Lalonde compte aujourd'hui parmi les arbitres internationaux les plus remarquables dans le monde. C'est l'un des seuls, et des rares, arbitre canadien à se distinguer ainsi. Avant de devenir arbitre, Marc Lalonde a connu une carrière extraordinaire dans les domaines du droit, du gouvernement et de la politique. Entré dans la fonction publique sous le gouvernement progressiste-conservateur de John Diefenbaker, il a ensuite agi comme conseiller du gouvernement Pearson. Plus tard, il fut l'un des principaux membres du cabinet de Pierre-Elliot Trudeau, occupant plusieurs portefeuilles aussi critiques à l'époque qu'aujourd'hui. Il a notamment été ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources, ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, ministre délégué à la Situation de la femme, en plus d'avoir été ministre de la Justice et ministre des Finances. Sa contribution dans plusieurs de ces domaines, sinon tous, a façonné l'histoire et la culture populaire du Canada. Marc Lalonde s'est entretenu avec l'éditeur en chef du *Journal*, William G. Horton, à propos de ses expériences et de sa vision de l'arbitrage international.

WGH : Marc, vous êtes aujourd'hui l'un des deux ou trois arbitres internationaux canadiens les plus reconnus dans le monde. Cela, après une carrière remarquable au sein du gouvernement et en politique. Votre carrière a commencé sous l'administration Diefenbaker, et vous avez ensuite dirigé presque tous les ministères importants de l'ère Trudeau sans doute devrions-nous dire la *première* ère Trudeau. Aujourd'hui, je voudrais que nous parlions un peu de votre carrière dans l'arbitrage international. Si je comprends bien, votre toute première nomination à titre d'arbitre s'est en fait concrétisée à la suite d'une recommandation de Pierre Trudeau, alors retraité de la vie politique.

ML : En fait, l'histoire a commencé en 1986 lorsque Larry Craig, du cabinet Freshfields m'a appelé à propos de l'arbitrage d'une affaire très importante à la CCI [Chambre de commerce internationale]. C'était une poursuite contre l'Iran de plus d'un milliard de dollars, une somme qui ne serait pas inusitée de nos jours. Dans ce temps-là, c'était beaucoup d'argent. Le client de Larry voulait une personne reconnue à l'échelle internationale, et Larry voulait savoir si je pensais que Trudeau pouvait être intéressé. Je lui ai répondu que je ne savais pas, mais j'ai organisé une réunion pour qu'ils puissent en discuter. Lors de la réunion, Trudeau a dit que le poste ne l'intéressait pas, mais qu'il croyait que, en tant qu'ancien ministre de l'Énergie et ancien ministre de la Justice, j'avais les qualifications requises et qu'ils devraient me nommer, moi! Et c'est ce qu'ils ont fait.

WGH : Pas si mal pour un début de carrière.

ML : J'ai été très chanceux. Le président du tribunal était Pieter Sanders, considéré comme le père de la Convention de New York [*Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*] et l'un des fondateurs du Conseil international pour l'arbitrage commercial (CIAC). C'était une personne exceptionnelle à tous égards. L'affaire a suivi son cours en vertu des règles de la CCI, puis, à mi-parcours, Larry Craig m'a approché de nouveau pour m'informer qu'une affaire parallèle avait été instituée par l'Iran contre une société d'État française, concernant un prêt de deux milliards de dollars relatif à la construction d'une usine d'enrichissement d'uranium. Larry m'a demandé si j'acceptais d'être nommé arbitre par l'intimé. J'ai dit oui. Cette fois, le président du tribunal était un célèbre juge à la retraite de la Cour de cassation de France, du nom de Pierre Bellet, lui aussi co-fondateur du CIAC. Je n'aurais pas pu avoir de meilleure introduction à l'arbitrage international.

WGH : Pas mal comme CV en arbitrage international, après seulement deux nominations.

ML : Tout d'un coup, j'avais mes deux premières affaires, et je siégeais avec deux des plus importants arbitres internationaux de l'époque. Ces deux affaires ont duré un certain temps et voilà, d'autres cabinets m'ont appelé pour d'autres affaires. C'est comme ça que tout s'est enclenché, lentement au début, mais petit à petit, j'ai été nommé à un nombre grandissant de tribunaux et, d'une certaine façon, je suis devenu « un arbitre reconnu ».

MARC LALONDE, C.P. O.C. C.R.

Après une période de 22 ans passée au cabinet STIKEMAN ELLIOTT S.E.N.C.R.L., s.r.l. où il a occupé les rôles d'associé et d'avocat-conseil principal, M. Lalonde exerce maintenant à titre individuel, et accepte uniquement des mandats d'arbitre ou de médiateur international. Il a participé à plus de 100 cas sous l'égide des plus importantes institutions d'arbitrage au monde, en plus de participer à des cas *ad hoc*.

WGH : Est-ce que tous les autres arbitres très connus étaient membres du CIAC? Comment avez-vous atterri là?

ML : Il n'y avait pas beaucoup de Canadiens en arbitrage international à l'époque. Très peu, en fait. Un des membres du CIAC était un professeur de droit de l'Université d'Ottawa. À son décès, j'ai dit à Pieters Sanders, le président du CIAC de l'époque, que s'ils cherchaient de la relève, je serais heureux qu'on présente ma candidature. Il m'a répondu : « D'accord! C'est réglé! » Dans ces années-là, le CIAC était un club très restreint de 35 arbitres, européens pour la plupart, qui aimaient se croire la « crème de la crème ».

WGH : On dirait que vous avez commencé par des arbitrage concernant des États, peut-être en rai-

son de votre expérience au gouvernement. Avez-vous participé à des arbitrages commerciaux, à un certain moment?

ML : J'ai commencé avec des affaires commerciales. Mes premières affaires, les douze premières, je dirais, étaient des arbitrages commerciaux. Même si certaines parties étaient des États ou des entités nationales, les affaires étaient de nature commerciale, et mettaient en cause des différends commerciaux. Les affaires iraniennes n'étaient pas des arbitrages État contre État ou investisseur contre État. En plus de la CCI, on a commencé à me connaître à la American Arbitration Association [AAA], où on a commencé à me confier des affaires commerciales. J'ai du mal à me souvenir de ce qu'a été ma première affaire de traité d'investissement, mais je ne me souviens que c'était au début des années 1990 et que j'avais été nommé par les mêmes cabinets d'avocats internationaux que dans les affaires commerciales. C'est ce qui a lancé ma carrière dans ce domaine. En fin de compte, la plupart des affaires que j'ai arbitrées au cours des 20 dernières années étaient des affaires d'investisseur contre État.

WGH : Vous avez parlé du club restreint qui composait le CIAC et, peut-être, le monde de l'arbitrage international en général, lorsque vous avec commencé dans ce domaine. Cela a-t-il changé depuis? Quels changements avez-vous constaté, et quels effets ont-ils eu sur le déroulement des arbitrages commerciaux en particulier?

ML : À l'origine, le CIAC tenait des conférences et produisait quelques publications, mais c'était une petite organisation, gérée rigoureusement par un très petit conseil d'administration, sans plus. À l'initiative de certaines personnes, comme Jan Paulsson et Albert Jan van den Berg, élus en tant que président au cours des dix dernières années, il a été décidé que le CIAC deviendrait un organisme ouvert : toute personne intéressée pouvait devenir membre, à condition de posséder certaines qualifications élémentaires. Ce fut un changement radical. Cela étant dit, en pratique, le CIAC est géré par des arbitres chevronnés dans le domaine, mais ses conférences et ses réunions ont maintenant beaucoup plus d'envergure. Je me souviens que, quand je suis devenu membre, nous étions peut-être une soixantaine. (Rire.) Aujourd'hui, nous sommes facilement 1 200.

WGH : En ce cas, avez-vous l'impression que l'arbitrage commercial passe toujours par des organismes comme le CIAC, ou avez-vous le sentiment qu'il s'est élargi?

ML : Oh, oui, il s'est énormément élargi. Le CIAC est un forum, il n'administre pas les affaires d'arbitrage. Fondamentalement, c'est un institut d'enseignement. Ce que vous avez constaté, c'est une prolifération des institutions d'arbitrage, des organismes qui administrent des arbitrages internationaux. J'ai participé, de loin, à la création des premières institutions au Canada : Le Centre canadien d'arbitrage commercial au Québec et le BCICAC [British Columbia International Commercial Arbitration Centre] à Vancouver, vers la fin des années 1980. Je suis sûr qu'il y a plus d'une centaine d'institutions d'arbitrage commercial dans le monde aujourd'hui. Tous et chacun semblent vouloir établir une institution d'arbitrage international. Cependant, je soupçonne que, aujourd'hui encore, le rôle de 95 % de ces institutions compte très peu d'affaires internationales. La CCI, le CIRDI, [Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements], l'ICDR [International Centre for Dispute Resolution] et la CAIL [Cour d'arbitrage international de Londres] sont quelques-unes, parmi ces institutions, qui entendent la plupart des affaires d'arbitrage international.

WGH : La Chambre de commerce de Stockholm.

ML : Oui, La Chambre de commerce de Stockholm et la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye, en ce qui concerne les arbitrages relatifs aux investissements, sont également des joueurs clés. Bien sûr, Singapour (SIAC [Singapore International Arbitration Centre]) entend certaines affaires. Hong Kong (HKIAC [Hong Kong International Arbitration Centre]), oui. La Chine (CIETAC [China International Economic and Trade Arbitration Commission et SIETAC [Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission, aujourd'hui SHIAC, Shanghai International Arbitration Centre] reçoit aussi quelques affaires d'arbitrage international. Toutefois, dans l'ensemble, en dépit de la prolifération des institutions d'arbitrage, il n'en demeure pas moins qu'un très petit nombre d'entre elles réussissent comme celles que je viens de mentionner. Parmi les plus récentes, certaines s'établiront peut-être une réputation et on fera plus souvent appel à elles, mais je pense que, pour la majorité d'entre elles, leur avenir se situe davantage dans l'arbitrage national que dans l'arbitrage international.

Il n'y a pas un nombre extraordinaire d'affaires dans le domaine de l'arbitrage relatif aux investissements. L'institution qui reçoit le plus d'affaires, comme vous le savez, est le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) entre États et investisseurs. En 2011, il a traité 38 affaires. En 2012, cinquante. En 2013, il en avait 40 et, jusqu'au milieu de l'année dernière, il avait 14 affaires. Ainsi, le nombre d'affaires dans le domaine de l'investissement est, et restera, plutôt faible par rapport aux nombre d'affaires commerciales.

WGH : Qu'en est-il des arbitrages potentiels en vertu des nouveaux traités, comme l'AECG Canada-Europe (*Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*) et le PTP (*Partenariat transpacifique* entre 12 États), qui couvrent de vastes zones géographiques, mais qui limitent supposément davantage la responsabilité des États comparativement aux traités plus anciens?

ML : À mon avis, la création de l'AECG et du PTP, avec leurs tentatives de restreindre la responsabilité des États, ne donnera pas lieu à une réduction du nombre d'affaires entre investisseur et État. En fait, ces instruments vont probablement conduire à une augmentation de ce type d'arbitrage, par rapport au nombre d'affaires soumises à l'arbitrage par les investisseurs en vertu de traités économiques bilatéraux ou multilatéraux (comme l'ALENA [*Accord de libre-échange nord-américain*]), auxquels les signataires de l'AECG ou du PTP sont déjà parties. Il y a aujourd'hui plus de 3 000 de ces traités. Je suis convaincu que les États couverts par l'AECG et le PTP ne sont pas tous, à l'heure actuelle, partie à des traités d'investissement bilatéraux entre l'un et l'autre. Deuxièmement, même si les États modifient le libellé traditionnel des traités d'investissement, il est loin d'être sûr que ces changements feront hésiter les investisseurs à entamer une poursuite s'ils estiment avoir été lésés par un pays hôte. Aucun de ces changements ne constitue, à mon avis, un changement radical par rapport à l'interprétation traditionnelle donnée aux traités d'investissement par les tribunaux d'arbitrage.

WGH : Dans le domaine particulier de l'investissement, qui semble plutôt institutionnalisé, il semble parfois y avoir moins d'arbitres qu'il n'y a d'institutions. Je suppose que c'est une exagération, mais vous voyez ce que je veux dire : si, comme je l'ai fait hier, vous consultez la liste des personnes qui arbitrent des affaires du CIRDI, vous remarquerez que ce sont toujours et encore les mêmes.

ML : Oui, c'est vrai. C'est grandement lié au fait que les arbitres sont choisis par les parties. La même question se pose en ce qui concerne les nominations effectuées par des demandeurs du secteur privé et les États intimés. Si un État a été satisfait du travail accompli par une personne qu'il a nommée, il sera enclin à renouveler le mandat de cette personne. D'autres États intimés dans une

poursuite relative aux investissements vérifieront également qui a été nommé au cours des dix dernières années par les autres États; ils vont découvrir un nombre très limité de personnes et ils auront tendance à nommer ces mêmes personnes. En outre, il y a aussi un nombre relativement restreint de cabinets d'avocats dans le domaine et ils sont naturellement enclins à recommander à leurs clients un arbitre avec qui ils ont une certaine expérience ou qui a déjà une réputation dans le domaine. On me dit que, grâce à la technologie électronique, les cabinets d'avocats font des recherches dans des publications professionnelles et dans le nombre croissant d'arbitrages publics, afin d'évaluer les opinions précédemment exprimées par un arbitre potentiel. Un avocat m'a dit un jour : « À côté des recherches qui précèdent nos nominations, les activités de l'ancien chef du FBI Herbert Hoover auraient paru frileuses. » C'est effrayant, quand on y pense.

WGH : Il y a beaucoup de recherche. Ce sont des affaires très importantes.

ML : Ils passent en revue toutes les décisions que vous avez rendues dans le passé pour évaluer les opinions que vous avez exprimées sur n'importe quel sujet. Les deux parties ont tendance à jouer de prudence.

WGH : Qu'en est-il du fait qu'il semble y avoir un certain degré de spécialisation des arbitres dans les affaires entre investisseur et État, en ce sens où ces personnes sont soit nommées par les États, soit par les investisseurs; peut-on présumer qu'il y a des attentes, comme vous le dites, quant au fait qu'ils prendront fait et cause pour la partie qui les nomme habituellement? Est-ce un problème?

ML : Ah, je crains que cela fasse partie de la nature humaine. Et dans un sens, cela démontre un manque de volonté de prendre des risques, ou de risquer quoi que ce soit, de la part de l'avocat ou des parties, qu'ils s'agisse d'un État ou d'un investisseur-demandeur. Toutefois, il ne faut pas exagérer. Par exemple, plusieurs de mes collègues et moi-même, après avoir été nommés par des parties, sommes à l'occasion nommés à titre de président d'un tribunal, ce qui exige généralement le consentement des deux parties. Je reconnais cependant que le répertoire des arbitres internationaux actifs est inutilement limité. Par exemple, on fait valoir à bon droit qu'il faudrait nommer davantage de femmes à la fonction d'arbitre. Il y a maintenant un nombre croissant de femmes nommées arbitre dans le domaine de l'arbitrage relatif aux investissements, mais, en réalité , vous vous retrouvez toujours avec les trois ou quatre mêmes femmes qui obtiennent, peut-être, 90 % des nominations.

WGH : Cependant, je dois avouer que j'ai le sentiment qu'il y a énormément de femmes très qualifiées dans le domaine, y compris des femmes plus jeunes, à l'avenir prometteur.

ML : C'est vrai! Et de jeunes hommes aussi! J'aime dire aux plus jeunes : « Vous savez, la nomination la plus difficile à obtenir est la première. Si vous êtes nommé et que vous faites un bon travail, vous allez rapidement devenir un arbitre international respecté. » C'est tout le problème du processus de nomination, et je dois avouer que je n'ai pas de meilleure solution à offrir. Les services d'un cabinet d'avocats sont retenus, et le cabinet se lance à la recherche d'un arbitre qui sera nommé par une partie. Ensuite, il choisit une personne et dit à son client : « Je pense que nous devrions nommer untel ou untel. » La première question du client va être : « Est-ce qu'il ou elle a de l'expérience? » Si la réponse est non, le client dira très probablement : « C'est hors de question. Je ne vais pas prendre ce risque. »

WGH : Même si tout le monde qui le fait doit l'avoir fait une première fois.

ML : Absolument. Mais soyons francs. C'est la même chose dans tous les domaines : l'emploi le plus difficile à obtenir est toujours le premier. Vous devez avoir d'excellentes qualifications, un bon CV, et un peu de chance. Je pense qu'une bonne façon de devenir arbitre est de commencer par la pratique dans le domaine, en tant qu'avocat. Le cabinet d'avocats qui vous offre votre première nomination pourra au moins dire à son client : « Elle n'a jamais agi comme arbitre, mais elle a plaidé 10 affaires, et elle en a remporté plusieurs sur les éléments essentiels de votre affaire. »

WGH : J'aimerais vous poser des questions sur la dynamique, pas nécessairement en ce qui concerne particulièrement les affaires entre investisseur et État, mais en utilisant ce domaine comme exemple, parce que c'est un domaine plus transparent de l'arbitrage. Les attentes des parties lorsqu'elles nommes ces mêmes personnes, généralement nommées par leur camp est-ce que l'on s'attend à ce que ces personnes expriment la même opinion une fois nommées? Pensez-vous qu'il est acceptable que ces personnes nommées représentent le point de vue de la partie qui les a nommées dans l'arbitrage, ou est-ce que cela pose problème?

ML : C'est ce que je répète sans cesse aux jeunes et aux autres personnes approchés pour une nomination : je leur dis que le plus grand tort qu'elles peuvent faire à la partie qui les nomme est de croire qu'elles doivent agir pour elle comme un deuxième avocat et qu'elles sont nommées pour se battre pour leur cause, pour la simple raison que, si vous semblez partial, vous perdez toute crédibilité auprès de vos collègues du tribunal. Très vite, le président va se mettre à ignorer votre opinion. Et l'autre arbitre, s'il est neutre, ou aussi neutre que possible, aura l'oreille du président plus que l'arbitre qui ne fait que répéter les arguments de la partie qui l'a nommé. Je dois dire que je l'ai connu très peu de cas où j'ai eu le sentiment que les arbitres nommés par les parties essayaient seulement de se battre pour la partie qui les avait nommés. Cela dit, certains arbitres sont si souvent nommés par les États que vous connaissez leurs antécédents, en ce sens où ils ont été choisis parce qu'ils ont une opinion légitime sur certains enjeux qui reviennent souvent : la force majeure ou la norme du traitement juste et équitable, etc.

ML : Ainsi donc, vous acceptez le fait qu'ils aient un parti pris, ou une position connue, et que cela devienne alors acceptable, parce que tout le monde sait que c'est comme ça que ça fonctionne? Ou est-ce plutôt qu'ils s'efforcent réellement d'être neutres dans ce rôle?

ML : Vous savez, le parti pris d'une personne est l'opinion instruite d'une autre. C'est une chose qui existe aussi dans les tribunaux, avec les juges. Ils ont des opinions. Ce n'est pas nécessairement un parti pris, en ce sens où ils ont des préjugés sur une affaire ou...

WGH : ... l'espoir d'un résultat particulier.

ML : Bien entendu. Je ne vois pas cela comme un problème important dans l'arbitrage international relatif aux investissements. Dans la mesure où cela existe, je dirais que c'est probablement plus fréquent dans l'arbitrage commercial. Mais pour ce qui est l'arbitrage relatif aux investissements, l'argument selon lequel le système a un parti pris pour les investisseurs ou les États est de la foutaise, en ce qui me concerne. Je n'ai rien vécu de la sorte dans toutes les affaires auxquelles j'ai pris part.

WGH : Comment gérez-vous cette question lorsque l'on vous approche pour être nommé par une partie?

ML : Tout d'abord, les approches sont très professionnelles. Les avocats qui les font sont généralement dans le domaine depuis des années. Ils savent qu'il n'est pas permis de discuter du bien-fondé de l'affaire avec les arbitres potentiels. J'ai toujours

ADRIC Full-day Workshop, October 15, 2016, Toronto - in conjunction with ADRIC 2016: Annual National Conference.

# Getting the Most Out of Arbitration

## A Canadian Commercial Arbitration Workshop

## Chaired by William G. Horton C.Arb, FCIArb

Canadian businesses are turning to arbitration with increasing frequency as a way to resolve business disputes within time frames and budgets that make business sense. All types of business disputes are being resolved in this manner and, increasingly, arbitration is seen as a way to provide customized solutions for particular types of disputes.

Commercial arbitration in Canada has many unique features that are often overlooked in programs that focus more heavily on international arbitration and arbitration institutions. The predominantly *ad hoc* nature of Canadian arbitration creates many opportunities for flexible and creative approaches to arbitration procedure. However, lawyers and arbitrators must be familiar with the available choices, trade offs and limitations in order to meet the expectation that arbitration will in fact provide more efficient and cost effective processes.

This program will focus on key elements of the commercial arbitration process in which participants will hear from and interact with leading practitioners to develop an enhanced understanding of how commercial arbitration is being practised in Canada today, and how it may be improved.

**William G. Horton** has arbitrated over 100 substantial commercial disputes and is ranked among the most highly recommended arbitrators in international and Canadian surveys. He has written and lectured extensively on arbitration and many of his publications are available on his website: wgharb.com

### Learn from an outstanding faculty:

Edward J. Babin, LL.M, Babin Bessner Spry LLP

J. Brian Casey, FCIArb, Bay Street Chambers

Mary Comeau, LL.B, Norton Rose Fulbright Canada LLP

Bryan C. Duguid, Q.C., FCIArb, Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes LLP

Gerald Ghikas, Q.C., C.Arb, Ghikas Arbitration

David McCutcheon, LL.B., C.Arb, Dentons Canada LLP

Participants will be encouraged to send in questions before the program and to present those or other questions during the program. Each module will begin with a 10 to 20 minute presentation in total by one or more speakers, followed by an open discussion format guided by the topic outline.

**Who Should Attend: An ideal workshop for Corporate Counsel, Retired Judges and Others Interested in the Process.**

**CPD ACCREDITATIONS PENDING FROM CANADIAN LAW SOCIETIES. EARN UP TO 12 ADRIC CEE POINTS.**

**For more information and to register: adric.ca/adric2016**

405-234 Eglinton Avenue East, Toronto, Ontario, Canada, M4P 1K5

1-877-475-4353 · 416-487-4429 · ADRIC.ca

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

eu une réponse standard à la personne qui considérait ma candidature à une nomination. Mon approche est de leur dire : « Je ferai en sorte que vos arguments soient pleinement pris en compte. » Je ne vais pas plus loin.

WGH : Ne devriez-vous pas faire en sorte que les arguments des deux parties soient pris en compte?

ML : Bien entendu. Si un tribunal ne tient pas compte d'un argument important d'une partie ou de l'autre, sa sentence peut faire l'objet d'une demande d'annulation.

WGH : Alors, quel message donnez-vous à la partie qui vous sollicite si vous lui dites : « Je ferai en sorte que vos arguments soient compris » ?

ML : Le message est que les arguments de cette partie seront pris en compte, ce qui est juste. Mais il reste entendu que, lors des discussions du tribunal, vous interviendrez également dans l'examen des arguments de l'autre partie. Par contre, je n'ai pas la possibilité de dire la même chose à l'autre partie.

WGH : Mais vous le feriez si vous le pouviez?

ML : Bien sûr! Quand on propose ma nomination en tant que président d'un tribunal, je dis la même chose à chaque partie. Dans la pratique, le tribunal établit la liste des arguments soulevés par chaque partie. Nous passons beaucoup de temps à les rédiger dans la première partie de la décision, et vous n'assisterez que très rarement à une annulation basée sur le fait que les arguments d'une partie en particulier n'ont pas été pris en compte. Si c'est arrivé, c'est que quelqu'un dormait au gaz.

WGH : C'est la responsabilité du président. Toutefois, vous savez, selon mon expérience en arbitrage commercial, je ne pense pas que je dirais la même chose quant au comportement des arbitres nommés par les parties. Vous savez, si chaque arbitre nommé par une partie se sent une obligation particulière de vous rassurer et de vous dire que les arguments de cette partie seront pris en compte, n'insère-t-il pas alors potentiellement une sorte de procédure contradictoire au sein de tribunal? Chaque arbitre nommé par une partie met en avant ou met l'accent sur les arguments de la partie qui l'a nommé.

ML : Non. Quand vous dites à une partie « je ferai en sorte que vos arguments soient pris en compte », vous ne dites pas que vous allez vous battre pour ses arguments. La partie peut présenter un argument et vous pouvez éventuellement dire que c'est de la foutaise. Et il m'arrive de le dire, à l'occasion. Même si une partie m'a nommé, j'ai mes propres opinions. Mais je vais faire en sorte que, même si je crois que l'argument est mauvais, il sera au moins l'objet des discussions. Et c'est ce que signifie réellement veiller à ce que le processus fonctionne correctement.

WGH : De plus, de toute façon, il me semble que la plupart des décisions sont unanimes. Donc, quelqu'un peut aller à l'encontre de la position de la partie qui l'a nommé, mais, d'autre part, la quasi-totalité des dissidences sont en faveur de la partie qui a nommé l'arbitre dissident.

ML : C'est vrai, mais une dissidence ne couvre pas tous les arguments. Il y a beaucoup de décisions dans lesquelles, à la fin, un arbitre nommé par une partie dit : « Eh! bien, je ne suis pas d'accord, mais je ne vais pas en faire une dissidence. » Je pense que c'est important pour la crédibilité du système. Il n'y a pas beaucoup de dissidences sur le montant des dommages-intérêts, par exemple, bien que, vous savez, les décisions portent sur des centaines de millions, voire des milliards, de dollars.

WGH : Avez-vous déjà rédigé une dissidence?

ML : Oui, Je l'ai fait à quelques reprises. Et même, alors que j'avais émis une dissidence, l'avocat de la partie qui ne m'avait pas nommé m'a ensuite appelé en disant : « En passant, je suis d'accord avec votre dissidence, mais je devais plaider la cause comme je l'ai fait. » Je pense que c'était un grand compliment.

WGH : Lorsque vous exprimez une dissidence, avez-vous avez à l'esprit d'influencer d'autres affaires ou d'autres arbitres en ce qui concerne l'approche relative à l'enjeu de votre dissidence? Est-ce l'une de vos considérations? Ou êtes-vous plus motivé à faire en sorte que les gens ne vous associent pas avec une certaine idée?

ML : Oh, je ne me suis jamais soucié d'être associé ou non à une idée. Je ne me suis jamais posé cette question. Par exemple, j'ai une affaire en cours, où j'exprime une dissidence par rapport à la décision majoritaire sur les dommages-intérêts; c'est une affaire d'exploitation minière et elle met en cause la définition des ressources par rapport à la définition des réserves. La majorité des membres du tribunal sont d'avis que nous ne devrions tenir compte que des réserves, alors que je suis d'avis qu'une certaine valeur doit être accordée aux ressources. Si un acheteur achète une propriété minière, il va payer pour les réserves, mais il sera également prêt à payer un peu plus pour les ressources. Dans cette affaire en particulier, ce n'est pas un enjeu important, mais je voudrais qu'il soit noté au dossier que, pour les affaires à venir, il s'agit d'un enjeu qui ne sera pas considéré comme ayant été décidé à l'unanimité, ou que l'on doive ignorer les ressources, point. La question sera sans doute soulevée devant d'autres tribunaux; j'ai mis mon pied à terre cette fois-ci, non pas en raison de l'affaire en particulier, mais parce que la question va sûrement se poser dans d'autres affaires, et que je voudrais que les tribunaux aient un point de vue différent à considérer.

WGH : Vous souhaitez que votre opinion soit reprise par les tribunaux futurs.

ML : J'ai essayé de convaincre mes collègues arbitres et je n'ai pas réussi, et c'est très bien. Mais je décidé de l'inscrire au dossier parce que je pense que c'est un mauvais précédent. Au moins, ils ne pourront pas dire que c'était une opinion unanime.

WGH : Faut-il que l'enjeu ait cette qualité, à savoir qu'il puisse revêtir un intérêt pour d'autres arbitres dans d'autres tribunaux, avant que vous n'exprimiez une dissidence? Exprimeriez-vous un avis dissident s'il avait une incidence seulement dans cette affaire en particulier?

ML : Bien sûr que j'exprimerais ma dissidence si j'avais le sentiment qu'elle était fondamentale ou si j'avais l'impression qu'il y avait une mauvaise interprétation de la loi. Encore une fois, il n'y a pas beaucoup de dissidences dans les affaires relatives aux investissements parce que, dans de nombreux cas, le jugement porte sur les faits et, vous savez, la crédibilité du système est importante. Vous finissez par dire : « Eh! bien, je pense quand même que j'arriverais à une conclusion différente, mais je comprends que des personnes raisonnables puissent en arriver à conclure comme vous le faites; c'est une pure question de jugement sur des questions factuelles. » Je ne pense pas que l'on doive faire valoir sa dissidence dans un tel cas.

WGH : Pensez-vous que, dans l'ensemble, il est sain d'avoir des dissidences au sein du système?

ML : De temps à autre. Si vous finissez par avoir des dissidences tous azimuts, je pense que cela voudra dire le système est endommagé. Les arbitres seraient généralement dissidents en faveur des enjeux présentés par la partie qui les a nommés. Par conséquent, cela pourrait donner l'impression que les arbitres décident des enjeux avec des préjugés ou parti pris.

WGH : La conclusion pourrait être que les arbitres

nommés par les parties sont en fait partiaux et que, dans les faits, c'est le président qui prend la décision.

ML : Oui.

WGH : À d'autres occasions, vous avez parlé de la notion de la judiciarisation de l'arbitrage. Pouvez-vous nous en parler – comment avez-vous observé ce phénomène et pourquoi pensez-vous qu'il existe?

ML : Eh! bien, si vous vous rappelez, la deuxième affaire, que j'ai traitée avec le juge Bellet, un ancien juge de la Cour de cassation, était une affaire de deux milliards de dollars. Le tribunal a délibéré dans le petit appartement du juge, à Paris. Le juge Bellet avait rédigé un projet de décision sur une feuille de papier plus petite que la taille légale. La décision faisait 14 pages, en gros caractères. Aujourd'hui, vous avez des décisions de 500 pages, ou plus. À mon avis, c'est là l'influence des cabinets de common law sur les arbitres. Ils ont instauré beaucoup de pratiques issues de la common law des États-Unis ou de la Grande-Bretagne, qui consistent à présenter tous les arguments possibles, et plus encore. La communication de la preuve, vous voyez, devient énorme, prend beaucoup de temps, et les objections de procédure sont de plus en plus fréquentes. Tout comme le sont les contestations de compétence, ou les contestations des arbitres, et ainsi de suite. Nous avons introduit dans l'arbitrage international certains des aspects les moins attrayants du processus judiciaire des États-Unis. Je pense que notre système est devenu très lourd. Je pense que cela a eu pour effet net de limiter le recours à l'arbitrage, en particulier l'arbitrage relatif aux investissements, par des demandeurs qui auraient des revendications légitimes. Pour les recours de moins de vingt millions de dollars, il n'est tout simplement pas rentable d'entamer le processus.

WGH : Les coûts sont prohibitifs.

ML : Le coût des frais juridiques et d'expertise dans certains affaires, dont les montants en cause n'étaient pas énormes, ont atteint les vingt millions de dollars. Vous savez, si, comme partie, vous envisagez l'arbitrage relatif aux investissements, vous vous dites : « Je pense avoir un bon dossier, mais, qui sait, je peux perdre. Si je perds, je pourrais devoir payer les institutions d'arbitrage, les arbitres, mes avocats et mes experts, en plus des avocats et des experts de l'autre partie. » Allez-vous risquer, pour dix millions de dollars, d'avoir à payer trente-cinq? Absolument pas! Ainsi, le système est devenu très risqué et il empêche, je pense, des revendications légitimes d'être soumises à l'arbitrage.

WGH : Y a-t-il une solution?

ML : Il y a le financement par des tiers. Certaines personnes n'aiment pas cette notion, mais je pense que c'est une réponse du marché à un véritable problème. Un demandeur peut ainsi faire appel à un bailleur de fonds pour qu'il étudie l'affaire avec ses avocats, avant de dire : « Eh! bien, je pense que le dossier est bon et je vais risquer mon propre argent. » Cela peut donc aider un peu. Mais, vous savez, certaines institutions d'arbitrage commercial ont développé des techniques et des systèmes où vous pouvez avoir un processus court, limité...

WGH : ... proportionnel.

ML : ... et rapide.

WGH : Que pensez-vous du récent article de David Rivkin dans le *CIArb Journal* et sa proposition selon laquelle, dans l'arbitrage international, les arbitres devraient fixer la procédure, peu importe si les parties y consentent ou non?

ML : Je pense qu'il y a des précédents de tribunaux très rigoureux qui en imposent aux parties. Je pense qu'il faut en imposer aux parties. Le tribunal ne doit pas simplement siéger et accepter tout ce dont les parties ont convenu. Par contre, substituer vos propres vues à la volonté des parties est une approche que je suis très réticent à adopter. L'élément de base du système d'arbitrage est qu'il s'agit d'un système consensuel. Certains peuvent ne pas aimer ça, mais c'est une chose sur laquelle les parties s'entendent et, donc, si deux parties sont d'accord sur un processus, un arbitre doit avoir une très bonne raison avant de leur imposer autre chose en disant : « Je suis l'arbitre et je ne vais pas accepter cela. » Un tribunal a le devoir de veiller à ce que le système n'implose pas. Vous devez également respecter les règles institutionnelles, le cas échéant, qui régissent l'arbitrage. Je comprends que, à certaines occasions, il puisse être nécessaire d'imposer certaines choses aux parties. Si vous constatez qu'elles demandent une année pour produire un mémoire ou qu'elles demandent la communication d'un million de documents, je pense que vous devez intervenir.

WGH : Marc, je vous remercie beaucoup d'avoir pris le temps de partager avec nous certaines de vos expériences et points de vue sur l'arbitrage international. Avez-vous un dernier mot pour nos lecteurs à propos de l'avenir de l'arbitrage international?

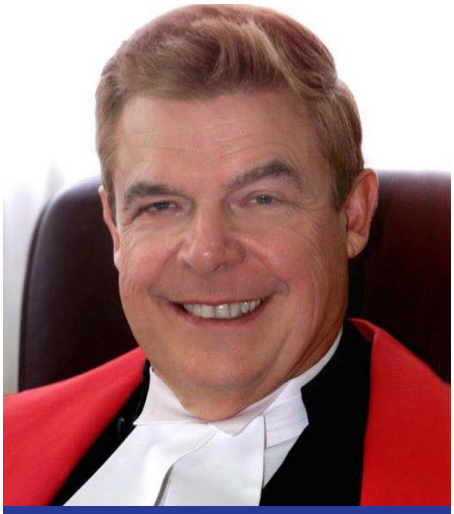
ML : Churchill disait que la démocratie est la pire forme de gouvernement – à l'exception de toutes les autres qui ont été essayées. C'est un peu la même chose en ce qui concerne l'arbitrage international. C'est un modèle auquel on doit aspirer, à savoir que des parties lésées de toutes nationalités sont prêtes à confier leur sort entre les mains d'un système judiciaire autre que celui de leur pays. Ou que des États sont prêts à consentir à l'arbitrage institué par des investisseurs d'un autre État, sans insister sur la réciprocité de traitement pour leurs propres ressortissants. Qu'il s'agisse de l'arbitrage entre investisseur et État ou de l'arbitrage purement commercial, personne n'a encore proposé de meilleur outil. On apportera sans nul doute des ajustements au système avec le temps, mais je ne suis pas impressionné par la sagesse de bon nombre des propositions actuelles, comme celle récemment avancée par l'Union européenne de créer un système judiciaire international pour les investissements. Loin de disparaître, j'ai l'impression que l'arbitrage international continuera de prendre de l'ampleur dans le monde entier.

# RÈGLEMENT JUDICIAIRE DES DIFFÉRENDS À LA COUR DU BANC DE LA REINE : RENDRE LES RÈGLEMENTS ACCESSIBLES

Propos de
l'honorable Neil C. Wittmann, juge en chef
Cour du Banc de la Reine de l'Alberta

CONFÉRENCE NATIONALE ANNUELLE
DE L'INSTITUT D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION DU CANADA
GRAND CIEL; GRANDES IDÉES EN PRD
Calgary, 29 octobre 2015

THE HONOURABLE N. C. WITTMANN



Neil Wittmann a été avocat d'exercice privé en Alberta, principalement à Calgary, pendant environ 31 ans avant sa nomination à la Cour d'appel de l'Alberta en 1999. Il a été nommé juge en chef adjoint de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta en 2005 et juge en chef en 2009.

**RÈGLEMENT JUDICIAIRE**
**DIFFÉRENDS — RJD**

Le règlement judiciaire des différends, aussi connu sous le sigle RJD, n'est pas nouveau à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Il fait partie de la pratique officielle depuis plus de vingt ans. Avant d'aborder ses origines, je commencerai par une histoire vraie qui démontre son utilité. Après une journée et demie de témoignage lors d'un procès, un de nos juges a appelé les avocats en chambre parce que les questions à trancher n'avaient pas été énoncées clairement, si elles l'avaient été tout court. Après avoir entendu ce que constituait véritablement l'enjeu en cause, le juge du procès a fait remarquer, en termes clairs, que c'était folie que de poursuivre le procès, et a suggéré que les parties procèdent immédiatement à un règlement judiciaire du différend devant un autre juge. Les avocats ont accepté.

Le rapport du juge de règlement judiciaire des différends allait comme suit : [traduction]
Un ensemble résidentiel avait été commercialisé en tant que petite collectivité fermée. Cinquante vastes demeures ont été vendues à des propriétaires qui acceptaient de faire partie d'une association des propriétaires et d'en payer les frais. Cette association était responsable de la tonte des pelouses, de l'élagage des arbres et de l'entretien esthétique général des lieux, vraisemblablement pour le préserver en bon état. Personne ne conteste que c'étaient là les conditions de l'achat et de la vente des demeures et que l'association était maîtresse de ces questions. Chaque propriétaire y avait consenti.

Le différend portait sur l'abattage des arbres. Les défendeurs étaient des propriétaires, mari et femme, dont l'un avait 50 ans, qui ne voulaient pas que les arbres autour de leur demeure soient coupés. L'association a rejeté leur demande parce que l'association désirait garder la maîtrise de l'esthétique des lieux en limitant la hauteur des arbres de manière à conserver des vues et à en remplacer certaines autres. Les défendeurs ont refusé de payer leurs frais, évalués au montant de 100 $, en guise de protestation contre ce programme d'abattage des arbres. L'association des propriétaires a ensuite poursuivi les défendeurs pour 100 $. Les défendeurs ont interdit l'accès à leur propriété au préposé à l'entretien de l'association, qui devait couper leurs arbres, et ont embauché leur propre préposé à l'entretien pour faire le travail pendant une courte période. Ils ont payé cet autre préposé à l'entretien 350 $. Non seulement contestent-ils la réclamation de 100 $, ils ont fait une demande reconventionnelle de 350 $, soit le montant qu'ils ont payé pour les services d'entretien.

Vous vous demandez sans doute : pourquoi cette réclamation s'est-elle retrouvée devant la Cour du Banc de la Reine? Conformément à l'entente signée par tous les propriétaires, qui prévoyait une disposition concernant le non-paiement des frais, l'association avait enregistré une opposition au titre foncier des défendeurs et entrepris la procédure de forclusion de la propriété. Comme vous le savez, les forclusions doivent être entendues par la Cour du Banc de la Reine. Les avocats ont convenu avec le juge de RJD que le mieux qu'ils pouvaient espérer obtenir était soit un jugement de 100 $ pour le demandeur, si l'affaire était remportée par le demandeur, soit un jugement de 350 $ et un rejet de la réclamation du demandeur si le jugement était favorable aux défendeurs et demandeurs reconventionnels.

L'affaire était inscrite sous la gestion des instances. Les parties ont catégoriquement refusé que l'enjeu soit soumis à la médiation ou au RJD, ou à toute autre forme de RAD. En deuxième lieu, les parties avaient participé à onze jours d'interrogatoires préalables. En troisième lieu, et cela ne cesse d'étonner, les frais juridiques de l'association des propriétaires à la date du procès s'élevaient à 150 000 $. Le procès devait durer deux semaines. Les défendeurs avaient dépensé 30 000 $ en frais juridiques à la date du procès. Ironie du sort, l'as-

sociation des propriétaires avait demandé une cotisation aux propriétaires, y compris les défendeurs, aux frais juridiques de l'association pour un montant de 3000 $ chacun. Les défendeurs avaient payé leur cotisation!

Le juge de RJD a réussi à amener les parties à s'entendre sur un protocole d'abattage des arbres acceptable pour tous. Il s'est ensuite réuni avec les avocats en privé, sans leurs clients, et leur a posé ce qu'il a appelé la question « en une des journaux », à savoir : croyaient-ils que la confiance du public envers les avocats allait être renforcée lorsqu'il apprendrait le montant des frais juridiques facturés par rapport au montant en cause et, plus fondamentalement, comment avait-on pu laisser cette situation se produire? Les avocats ont admis qu'ils avaient « laissé les choses devenir hors de contrôle, mais qu'ils ne pouvaient plus, en quelque sorte, arrêter le train ». Chacun a fait porter le blâme à l'autre. Néanmoins, les défendeurs ont indiqué qu'ils allaient demander à être indemnisés pour leurs frais.

À ce stade, le juge de RJD s'est dit préoccupé du montant des frais juridiques facturés à l'association. Il a suggéré à l'avocat de l'association d'envisager de rembourser une partie du montant qu'il avait déjà reçu, sur la base de sa responsabilité envers son client de veiller à ce que le litige soit mené d'une manière délicate et à ce qu'il y ait une certaine proportionnalité entre le litige et son coût. Il a suggéré à l'avocat de l'association de remettre un tiers de ses honoraires, ce qui le laissait avec 100 000 $. L'avocat a accepté. Le juge a également suggéré à l'avocat des défendeurs de rembourser une partie de ce qu'il avait facturé et de remettre ce montant aux demandeurs, au motif que si l'affaire avait été à procès, les défendeurs auraient probablement perdu leur cause. L'avocat des défendeurs a finalement accepté de déposer 20 000 $ en vue d'un règlement. Le résultat a été une réduction des frais à 70 000 $ et un protocole d'abattage des arbres. Une entente formelle a été conclue, ce qui a mis fin à l'affaire.

Je souhaite citer le rapport que m'a remis le juge de RJD sur cette affaire. Je tiens également à préciser que, étant donné que les RJD sont confidentiels, je ne connais pas le nom des parties ni l'identité des avocats. Par ailleurs, je ne reçois pas régulièrement de rapports ou de communications sur les RJD traités par notre Cour, en raison de leur confidentialité. Toutefois, j'ai demandé ce rapport en particulier après avoir entendu un rapport oral expliquant pourquoi un procès de deux semaines avait été abandonné après une journée et demie. Le rapport du juge de RJD va comme suit :

> traduction
>
> « Deux éléments de réflexion en ce qui concerne le rôle de la Cour. Je crois que, à l'occasion, nous devrions intervenir lorsque notre intuition nous dit que "ce procès est ridicule" et ne doit pas aller de l'avant. De toute évidence, nous devons être très prudents à cet égard, mais sûrement, une telle décision s'inscrit ultimement dans le pouvoir de la Cour de contrôler son propre processus. Le second élément est plus problématique. En dernière analyse, j'ai fait des remontrances aux avocats, dans une certaine mesure. Je ne l'ai pas fait devant leurs clients. Ils ont transmis une partie de mon discours sur leur rôle à leurs clients, comme leur contribution en tant que partie au règlement. Je ne sais pas comment ils ont traduit mes propos à leurs clients. Ma préoccupation est que nous ne devrions pas être perçus comme une police du Barreau. C'est à toutes fins utiles la responsabilité du Barreau. Cependant, je ne crois que si nous avons un peu plus de flexibilité dans notre arsenal dans le contexte du RJD, nous pouvons alors sans doute, dans ce rôle, faire des choses que nous ne ferions pas dans une salle d'audience. »

Quelles leçons pouvons-nous tirer de cette anecdote? Premièrement, certains litiges civils sont hors de contrôle, même sous la gestion des instances et lorsque le RJD et le RAD sont possibles. Deuxièmement, la plupart de ces problèmes doivent absolument être résolus plus tôt que tard. Troisièmement, la proportionnalité des coûts par rapport à la valeur du litige est une notion fondamentale. Quatrièmement, il peut y avoir une certaine valeur à limiter la disponibilité des ressources du système en fonction du genre de réclamation en cause.

## LE RJD EN ALBERTA

J'ai choisi de vous parler du règlement judiciaire des différends à notre Cour parce que je pense que cette forme de règlement des différends a marqué un tournant dans l'administration de la justice civile à partir du début des années 1990.

## BRÈVE HISTOIRE DU RJD EN ALBERTA

Ce sont les tentatives de la Cour du Banc de la Reine de renverser l'augmentation des délais d'instruction qui ont donné le jour au programme de RJD. Les causes de l'augmentation des délais sont nombreuses, et nous sommes encore aux prises avec ce problème aujourd'hui. Parmi ces causes, notons l'hyperlégalisation de la société et l'augmentation du nombre de justiciables sans avocat, l'augmentation de la complexité et de la durée des procès et, par conséquent, de leurs coûts, ainsi que la réticence du gouvernement à fournir aux tribunaux les ressources nécessaires pour gérer un volume toujours croissant.

La Cour du Banc de la Reine exerce une certaine forme de règlement alternatif des différends depuis 1991.

En Alberta, le mini-procès judiciaire était une forme préliminaire de RAD, par lequel vous pouviez obtenir un avis non contraignant sur ce que le juge croyait être l'issue probable du procès. C'était une sorte de conférence de règlement modérée. Le premier [traduction] « mini-procès privé », un terme inventé par le New York Times, a eu lieu aux États-Unis en 1977 dans une affaire très complexe de contrefaçon de brevet informatique[1]. Les parties avaient dépensé 500 000 $ chacune. Devant les coûts énormes de la poursuite du litige et la futilité potentielle du processus pour le perdant, les parties ont décidé de tenter un mini-procès. Il n'a fallu que deux jours pour présenter leurs positions au juge. À la fin, les membres de la haute direction ont repris les négociations et sont parvenus à un règlement en trente minutes, sauvant ainsi des millions de dollars.

Les premiers programmes de règlement de notre Cour ont été mis en œuvre sans formalités, mais on dit que lorsqu'ils sont choisis, ils donnent lieu à un règlement dans 90 % des cas.[2] En 1994, nous avons commencé à offrir une forme modifiée due mini-procès : la médiation judiciaire. Le Barreau a adhéré à notre offre de RJD avec beaucoup d'enthousiasme. Le programme est maintenant si profondément intégré à notre rôle qu'il est une partie essentielle de notre processus. La plupart de nos RJD sont des médiations, mais nous offrons encore le mini-procès ou la médiation-arbitrage, parfois appelée médiation contraignante.

La gestion des instances continue de jouer un rôle important au sein du cadre de la gestion des litiges, mais d'une manière différente du programme de RJD. La gestion des instances sert à isoler les problèmes et les procédures à utiliser au procès, alors que l'objectif d'un RJD est d'éviter la nécessité d'un procès, en tout ou en partie. À l'occasion, la gestion des instances peut aboutir à un règlement, mais elle n'a pas été conçue à cette fin.

En revanche, un RJD fournit au juge, à la demande des parties, un cadre pour faciliter un processus dans lequel les parties peuvent régler, en tout ou en partie, une réclamation à l'amiable. C'est un mécanisme de réduction des coûts efficace et bien aimé pour ses résultats, qui profitent à tous les participants. Sa principale différence par rapport

aux programmes de médiation est que le RJD est dirigé par un juge. Et le juge ne coûte rien. En outre, il n'a lieu qu'après qu'une affaire ait été instruite devant la Cour du Banc de la Reine. En règle générale, l'approche adoptée est une approche fondée sur les droits, qui consiste à évaluer les garanties juridiques en cause.

**ACCÈS AU PROGRAMME DE RJD**

On raconte que lorsqu'il était avocat, on a posé à Abraham Lincoln la question suivante : « Préféreriez-vous tenir un procès devant un juge seul ou devant un juge et un jury? » Et que sa réponse a été : « Qui est le juge? » Le programme de RJD offert par la Cour du Banc de la Reine permet aux parties de choisir un juge d'un commun accord. Bien entendu, il y a des limites à cela. Si on va sur le site Web public albertacourts.ca, puis à « Court of Queen's Bench », il y a une section intitulée « Assignments ». [en anglais seulement] Sous cette rubrique, pour une session donnée de la Cour, les juges affectés au RJD pour une semaine en particulier sont énumérés par date et par jour. Les parties peuvent choisir un jour qui n'a pas déjà été réservé pour leur RJD, et le réserver auprès du coordonnateur des RJD à Calgary et à Edmonton. Un processus similaire, mais pas en ligne, est offert dans nos autres centres judiciaires. Le fait est que la possibilité de choisir le médiateur judiciaire a toujours été envisagée, sous réserve évidemment du consentement du juge. Étant donné que la prémisse veut qu'il s'agisse d'un processus consensuel, les parties devraient être en mesure de choisir qui doit le mener.

Les règles de procédure de l'Alberta, promulguées en 1969, sont demeurées inchangées, sauf quelques modifications, jusqu'en novembre 2010. À ce moment, de nouvelles règles de procédure ont été créées et, pour la première fois, le processus de règlement judiciaire des différends y a été défini. L'objectif énoncé était de fournir à un juge, à la demande des parties, un cadre pour faciliter un processus dans lequel les parties peuvent régler, en tout ou en partie, une réclamation à l'amiable. Ces mots ont été soigneusement choisis. La plateforme, une fois établie, appuyait une règle voulant que le processus de règlement judiciaire des différends puisse être généralement activé seulement avec l'accord des participants, sous la direction du juge qui préside, et exigeait que l'on convienne minimalement de certaines choses, à savoir :

1. que chaque partie devant participer au processus accepte d'y prendre part, à moins d'avoir une bonne raison de ne pas accepter complètement;
2. que les lignes directrices comprendraient une définition de la nature du processus, soit les questions à traiter au cours du processus et son déroulement, la date et le lieu, ainsi que le rôle du juge et tout résultat attendu du rôle du juge;
3. que les documents soient communiqués avant la date, de même que l'identité des participants et une stipulation explicite dictant que les personnes qui ont l'autorité d'accepter un règlement en fassent partie, à moins qu'elles ne soient relevées de cette obligation. Une disposition expresse exige également que les parties qui sont d'accord sur le processus soient autorisées à y participer et que les parties puissent demander [traduction] « un juge nommé par les parties ».

D'autres dispositions des règles de procédure prévoient l'obligation de confidentialité et l'utilisation de l'information. Par exemple, des dispositions spécifiques prévoient que les déclarations faites et les documents produits dans le cadre du processus, sauf convention contraire, sont confidentiels et sont faits ou produits sans préjudice. Rien ne sera admissible dans une demande ou une procédure ultérieure dans la même action en justice. Les seuls documents tirés d'un processus de règlement judiciaire des différends sont une entente rédigée par les parties et tout autre document nécessaire pour sa mise en œuvre, ainsi qu'une Ordonnance sur consentement ou un Jugement sur consentement résultant du processus.

Les règles de procédure ont également reconnu des options de règlement des différends. Après avoir énoncé qu'il est de la responsabilité des parties de gérer leur différend, les règles stipulent que cette responsabilité comprend la participation de bonne foi à un ou plusieurs des processus de règlement des différends ci-dessous :

a. un processus de règlement des différends dans le secteur privé ou public dans lequel intervient une tierce personne impartiale;
b. un processus de règlement des différends attaché au tribunal;
c. un processus de règlement judiciaire des différends, soit le RJD;
d. tout programme dans lequel le tribunal désigne un processus aux fins de la décision.

Nous n'avons aucune intention de rivaliser avec le RAD privé. Un grand nombre de nos dossiers sont réglés devant des médiateurs ou des arbitres privés.

Les juges croient que les gens devraient avoir le choix. Notre objectif est le même que celui de tous les intervenants du système judiciaire, soit de parvenir à un règlement pas seulement par procès, mais par tous les moyens qui permettent aux justiciables d'obtenir un résultat équitable ", et de préserver des valeurs qui sont peut-être plus importantes pour eux que de se sauver avec le plus d'argent possible. Parfois, de simples excuses suffisent.

**LE SUCCÈS DU RJD**

De notre point de vue, nous croyons que le programme de RJD joue un rôle important dans la réduction spectaculaire des délais d'instruction des procès civils à la Cour, c'est-à-dire la date la plus rapprochée à laquelle un procès peut être instruit. En une décennie, nous avons réduit nos délais d'instruction au civil de plus de moitié. Le taux de règlement du RJD en 2001 était de 80 %, au moment même du RJD, et d'autres encore étaient réglés par la suite. Cela n'a pas changé aujourd'hui. Ce taux élevé est peut-être dû au fait que les parties à un RJD ont déjà une date de procès imminente et savent qu'un procès va s'ensuivre si l'affaire ne se règle pas. C'est pour cette raison que Martin Teplitsky, un arbitre de premier plan de l'Ontario, a découvert que la médiation-arbitrage fonctionne mieux que la médiation seule parce que [traduction] « lorsque les parties savent qu'une décision contraignante est imminente, ils préfèrent la certitude d'un règlement à l'incertitude d'un résultat arbitré. »[3]

Pourtant, il est impossible de dire si ces affaires auraient pu être réglées autrement. Comme le choix de se soumettre au RJD est volontaire, les parties y arrivent prédisposées à discuter de leurs positions, ce qui favorise peut-être la réussite du processus.

Cela ne veut pas dire que le RJD est toujours le bon choix. D'une part, le RJD est peu probable de réussir si l'une des parties est intransigeante sur une question cruciale, ou si l'affaire dure depuis si

**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**

longtemps que les parties ont fini par se retrancher derrière leurs positions. En outre, dans les situations où les parties ne font pas une communication complète, un juge peut ne pas être en mesure de fournir une opinion évaluative. Le RJD n'a nécessairement approprié si la crédibilité en jeu. Il est difficile de mener un RJD efficace sans avocats, étant donné que le caractère exécutoire d'un accord peut dépendre d'avis juridiques indépendants.

**LES DÉSAVANTAGES DU RJD**

Je suis perplexe devant le fait que, malgré la pléthore d'alternatives y compris l'arbitrage, la médiation ou les conférences de règlement, l'intervention rapide, le droit collaboratif, la justice réparatrice et le règlement judiciaire des différends la profession juridique est toujours considérée comme étant contradictoire. Cela a déjà été vrai, mais ce temps est révolu. Le fait est que, dans les territoires de common law dans le monde, moins de 5 % des affaires civiles se rendent réellement jusqu'au procès. Certains avocats se préparent encore comme s'ils allaient invariablement jusque-là. Loin de moi l'idée de diminuer la valeur des procès. Seulement, certains différends ne devraient être réglés que par un arbitre impartial. Toutefois, pour un grand nombre de litiges, c'est un mode de règlement très coûteux, même si les parties affirment que c'est ce qu'elles veulent.

Le RJD peut aussi avoir, par inadvertance, créé un autre problème. Certains critiques affirment que nous avons déplacé le fardeau de trouver des façons créatives de résoudre les différends, le faisant passer des épaules des avocats aux épaules des juges. Certains avocats oublient qu'ils peuvent être des agents de résolution de problèmes qui ont la capacité de trouver des solutions positives pour leurs clients en dehors du tribunal.

En tant que tribunal, nous ne sommes pas en concurrence avec le secteur privé. Nous avons déjà plus de travail que nous ne pouvons en gérer. Par contre, nous croyons que la plupart des gens sont à la recherche d'une résolution rapide et peu coûteuse. Nous savons que certaines personnes choisissent le RJD non seulement à cause du facteur coût, mais aussi pour la sanction d'un juge. Les membres du Barreau ont adhéré au programme en grand nombre depuis sa création.

En 1994, six RJD ont eu lieu à Calgary. Un an plus tard, nous avions effectué 137 RJD à Calgary et à Edmonton. À la fin de 1999, notre Cour est devenue la première au Canada à intégrer des semaines de règlement des différends à l'horaire des juges. En 2008, nous avons mené 716 RJD. La popularité du programme de RJD a commencé à créer des difficultés de planification. Au fil du temps, nous avons augmenté le nombre de juges affectés aux semaines de RJD, d'un à quatre, à Calgary et à Edmonton.

En 2013, nous en avons mené plus de mille RJD. Nous allions être submergés par la demande pour les services de la Cour dans tous les domaines, y compris le RJD, et nos délais d'instruction empiraient. Il est devenu évident que le RJD, dans une certaine mesure, se substituait aux discussions de règlement qui auraient dû avoir lieu entre les avocats. En février 2013, nous avons pris une décision. Le déroulement des procès dans un délai raisonnable est notre obligation première. Par conséquent, nous avons suspendu l'exigence des règles de procédure[4] voulant que les parties qui demandent un procès soient tenues de participer à un processus de règlement des différends, pas nécessairement un RJD, mais l'une des formes mentionnées précédemment. Le résultat en est que le nombre de RJD menés en 2014 est passé à 726, puis à 528 en 2015. À l'automne 2014, nous avons réduit nos affectations à deux juges de RJD par semaine à Calgary et Edmonton, ce qui est encore le cas aujourd'hui.

**QUESTIONS ÉTHIQUES**

Il existe différents types de RJD : en plus des mini-procès, il est possible de recourir à la médiation traditionnelle, ou, si cela échoue, à la médiation-arbitrage.

Bien que le Barreau ne voie pas de problème éthique au RJD, il s'agit d'une question beaucoup plus controversée pour les juges. L'ancien juge en chef de l'Ontario, Warren Winkler, a résumé le problème.

> [traduction]
> « Certains juges estiment qu'il est inapproprié pour eux de se livrer à toute forme de médiation. Ils soutiennent que le pouvoir judiciaire est formé pour décider des dossiers, et non pas pour négocier des ententes. La médiation, selon eux, les oblige à descendre "dans l'arène", un lieu incompatible à l'exercice de leurs fonctions de juge. D'autres juges, dont le nombre continue de croître à mon avis, estiment que la médiation judiciaire fait maintenant partie de l'ADN d'un système de droit civil en constante évolution, et que nous devons la conserver pour répondre à l'évolution des besoins et des attentes des justiciables. Selon ce point de vue, afin de mieux servir le public, la médiation doit faire partie intégrante de tout système de justice civile moderne et efficace. »[5]

La plupart des territoires au Canada ont adopté des

GLOBAL POUND CONFERENCE SERIES 2016-17

# FAÇONNER L'AVENIR DE LA RÉSOLUTION DES DIFFÉRENDS & AMÉLIORER L'ACCÈS À LA JUSTICE

programmes de règlement alternatif des différends. Cependant, l'abandon des juges présidant les questions à trancher dans un système contradictoire pour un rôle de facilitateur de règlement a conduit à l'émergence de nouvelles questions éthiques sur rôle des juges dans le système de justice.

Le recours au caucus par le juge en est un exemple. Le Code of Judicial Conduct [traduction : Code de déontologie judiciaire] du Barreau des États-Unis a codifié le pouvoir des juges de recourir au

caucus : [traduction] « Un juge peut, avec le consentement des parties, conférer séparément avec les parties et leurs avocats dans un effort pour régler les questions en suspens devant le juge. »[6] Certains juges craignent que les conférences séparées avec les parties donnent lieu à l'apparence, sinon à la possibilité, de coercition, ce qui compromet l'apparence d'impartialité. Contrairement au Code de 1990 qui l'a précédé, le Code de 2007 aborde maintenant la coercition judiciaire inappropriée en énonçant six facteurs dont le juge doit tenir compte pour évaluer la pertinence des pratiques de règlement. L'un d'eux consiste à savoir si les parties et leurs avocats ont consenti ou ont demandé un certain niveau de participation du juge. La participation au-delà de ce niveau serait problématique. Un autre consiste à se demander si les avocats et leurs clients sont relativement férus en matière juridique. Un troisième facteur consiste à savoir si le procès se fera devant juge et jury. Si le juge doit être le juge des faits, une négociation agressive préalable pourrait conduire à la perception que le juge sera moins impartial au procès. Il ne s'agit pas d'un facteur en ce qui concerne les règles de procédure en Alberta. En vertu des règles albertaines, un juge de RJD ne peut pas être le juge de première instance ni intervenir dans l'affaire après une RJD, à moins que les parties y consentent par écrit.

Au Canada, la première étape pour savoir comment mener un RJD ou une conférence de règlement de manière éthique est le renvoi aux principes fondamentaux. Pour les juges, ceux-ci sont énoncés dans le *Code de déontologie judiciaire* du Conseil canadien de la magistrature. Les principes de base sont l'indépendance, l'intégrité, la diligence, l'égalité et l'impartialité. La valeur de ces principes est fondée sur le rôle crucial du juge dans le maintien de l'intégrité de l'administration de la justice et de la primauté du droit. Certains juristes affirment que ces principes n'offrent pas une orientation adéquate dans le contexte des conférences de règlement[7].

Le problème se résume ainsi : comment pouvons-nous parler de l'éthique du recours au caucus, par exemple, dans un contexte différent de celui que les rédacteurs avaient à l'esprit lorsqu'ils ont élaboré le *Code de déontologie*?

Une des critiques formulées concerne le modèle évaluatif du règlement judiciaire. Le modèle évaluatif est celui dans lequel un juge évalue les garanties juridiques étroites des parties et donne son avis sur l'issue probable du litige. Les tribunaux du Québec, qui favorisent les « conférences de règlement à l'amiable » en fonction des intérêts, ont adopté une position claire contre les juges qui donnent un avis sur le fond d'un dossier ou l'issue probable d'un différend s'il devait se rendre au procès. En Alberta, l'approche évaluative est la norme et, donc, le recours au caucus l'est aussi. Cependant, cela se fait toujours avec l'accord des parties.

Des critiques soutiennent également que la position et l'autorité du juge peuvent faire en sorte qu'il soit difficile pour les parties, sauf si ce sont des justiciables possédant de vastes connaissances juridiques, de faire la distinction entre le juge qui évalue leurs chances en tant que médiateur, et le juge qui rend la décision définitive du tribunal. Ce reproche a été exprimé il y a vingt ans, alors que le RAD judiciaire était encore jeune. L'argument a perdu en faveur, car il relève peut-être d'une analyse trop simpliste. En réalité, tant les techniques évaluatives que les techniques de facilitation trouvent leur expression dans un éventail de pratiques. Dans la salle du RJD, aucune n'existe sous une forme non diluée.

Les mini-procès ou les RJD contraignants ont également suscité la controverse dans notre Cour. Certains juges croient qu'une grande part de leurs techniques de persuasion pour arriver à un règlement sont détruites peur un mini-procès contraignant. D'autres ont du mal à concilier le fait qu'un avis non contraignant puisse donner lieu à un montant alors que, pour un règlement, un autre montant puisse être approprié. L'Alberta Law Research and Reform Institute [traduction : Institut de recherche et de réforme du droit de l'Alberta] a mis en doute l'autorité d'un juge de prendre une décision contraignante qui n'est pas officielle[8]. Selon l'Institute, du moment qu'un juge intervient dans un mini-procès contraignant, il assume un rôle d'arbitre, et pas un rôle de facilitateur, ce que devrait être un RJD.

Même si l'une de nos règles de base est que le juge de RJD peut mener un procès sur la question seulement s'il a obtenu le consentement des parties, cette règle n'a pas apaisé les préoccupations de certains juges concernant le caractère problématique de la fusion des rôles de médiateur et d'enquêteur sur les faits. Comme remède, les juges de notre district judiciaire d'Edmonton sont tenus d'effectuer une conférence préalable au RJD pour déterminer les procédures avec lesquelles les parties seront d'accord. À Calgary, l'approche adoptée par les juges est généralement plus pragmatique, plutôt qu'orientée vers les processus, et la pratique est laissée à la discrétion du juge de RJD.

Ces préoccupations sont importantes. En tant que tribunal, nous continuons à affiner nos pratiques au fur et à mesure que ce domaine évolue. Je voudrais cependant faire écho à Teplitsky lorsqu'il affirme, au sujet de ces problèmes, que même s'il était possible d'atteindre la norme de perfection procédurale, nous n'en aurions pas les moyens.[9]

J'ai déjà dit plus tôt que je crois que les gens devraient avoir le choix. Le programme de RJD s'est avéré un ajout important aux méthodes d'amélioration de l'accès à la justice. Si nous voulons que les gens puissent accéder à un règlement abordable et rapide, les tribunaux n'ont pas le choix. Nous avons découvert quelque chose que les gens et le Barreau désirent, une méthode qui permet de résoudre les problèmes de façon équitable et efficace. Nous devons continuer à peaufiner un cadre éthique qui permet aux juges d'être à la fois arbitres et médiateurs, de manière à préserver les normes les plus élevées de l'administration de la justice, sans pour autant sacrifier un précieux moyen de régler les différends.

Cela dit, j'ai demandé à notre comité des règles de donner expressément à la Cour le pouvoir de contraindre les parties à participer à une médiation privée. On me dit que cette proposition fait l'objet de délibérations en ce moment. La question de savoir quand, comment et dans quelles circonstances un juge devra-t-il ordonner une médiation privée, sera au centre du débat.

1 *Telecredit Inc. v.TRWV, Inc., No.* CV 74-1127-RF (C.D. Cal. 1977).
2 L'honorable W. Kenneth Moore, *Judicial Mini-Trials in Alberta*, CCH Canadian Limited, 1er août 1995, page 1256 [en anglais seulement].
3 Martin Teplitsky, O.Ont., c.r., MB, LL.D., *Mediation/arbitration in commercial cases: A remedy for litigants who have run out of patience and cash*, The Advocates' Journal, Automne 2015, page 14 [en anglais seulement].
4 Règles 8.4 (3)(a) et 8.5(1)(a).
5 L'honorable Warren Winkler, « *Some Reflections on Judicial Mediation: Reality or Fantasy?* », Faculté de droit, Université Western Ontario, Distinguished Speakers Series, 24 mars 2010 [en anglais seulement].
6 Règle 2.9(A)(4).
7 Michaela Keet et Brent Cotter (Faculté de droit, Université de Saskatchewan), *Settlement Conferences and Judicial Role: The Scaffolding for Expanded Thinking about Judicial Ethics"*, (2013) 91 Revue du Barreau canadien 363, page 377. [en anglais seulement, sommaire en français]
8 Alberta Law Research and Reform Institute, « *Promoting Early Resolution of Disputes by Settlement* », Consultation Memorandum No. 12.6, Rules of Court Project, juillet 2003, paragraphes 258-275 [en anglais seulement].
9 Teplitsky, *supra*, note 3, page 18.

# LES EFFETS DE L'ARRÊT *SATTVA* SUR LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DES SENTENCES ARBITRALES COMMERCIALES

JIM ROBSON

Jim Robson
Juris Doctor, Université de Toronto
Baccalauréat ès arts (Honours), Université de Toronto
Jim termine actuellement son stage à Blake, Cassels et Graydon S.E.N.C.R.L. Il a acquis de l'expérience dans les groupes du droit de la concurrence, du droit des entreprises et du droit des valeurs mobilières du cabinet.

## 1. INTRODUCTION

Dans l'arrêt *Sattva Capital Corp. c Creston Moly Corp.*, la Cour suprême du Canada (la « Cour suprême ») a établi que l'interprétation contractuelle constitue une question de droit et de fait[1]. Cette décision, qui découle d'un appel du règlement d'un différend contractuel imposé par un arbitre commercial, aura des effets énormes sur le contrôle judiciaire des sentences arbitrales commerciales à venir.

L'effet principal de l'arrêt *Sattva* est clair. Comme les questions de droit et de fait reçoivent généralement une plus grande déférence que les questions de droit seulement, les tribunaux feront preuve de plus d'une plus grande retenue judiciaire à l'endroit des décisions des arbitres commerciaux, qui évaluent si souvent des questions d'interprétation contractuelle. Cependant, la pleine ampleur des effets de l'arrêt *Sattva* dépendra également de la mesure dans laquelle il ouvre la porte à l'application de l'analyse du droit administratif dans le contrôle judiciaire des arbitrages commerciaux. Avant l'arrêt *Sattva*, les tribunaux d'examen des sentences arbitrales prenaient pour hypothèse que, dans une certaine mesure, les principes du droit administratif s'appliquaient. Bien que l'arrêt *Sattva* n'élimine pas entièrement l'ambiguïté qui entoure cette relation, son raisonnement indique que le contrôle judiciaire des arbitrages commerciaux empruntera de plus en plus aux principes du droit administratif.

Sur la base de l'arrêt *Sattva*, et en mettant l'accent sur l'Ontario, par le présent essai, nous tentons de prédire l'avenir de la relation entre le droit administratif et le contrôle judiciaire des arbitrages commerciaux. Notre conclusion générale est la suivante : en recadrant les questions d'interprétation contractuelle et en encourageant l'importation des notions du droit administratif dans le contrôle judiciaire de l'arbitrage commercial, l'arrêt *Sattva*, par des mécanismes multiples et parfois imprécis, accroît considérablement le degré de déférence que les tribunaux doivent accorder aux arbitres commerciaux[2].

## 2. LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DES SENTENCES ARBITRALES COMMERCIALES AVANT L'ARRÊT *SATTVA*

Les tribunaux de l'Ontario peuvent exercer un contrôle judiciaire des sentences arbitrales sur des questions de fond ou de procédure. Le contrôle quant au fond survient lorsque l'on peut en appeler d'une sentence arbitrale sur le fond; à l'inverse, les motifs d'ordre procédural d'une intervention judiciaire peuvent comprendre une apparence de partialité chez l'arbitre ou un dépassement de ses compétences par l'arbitre[3]. Nous examinerons le contrôle quant au fond et pour des motifs d'ordre procédural dans le contexte des principales lois régissant l'arbitrage en Ontario : la *Loi sur l'arbitrage commercial international*[4] et la *Loi sur l'arbitrage*[5].

### I. LA *LOI SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL*

La LACI intègre la *Loi type sur l'arbitrage commercial international* (*Loi type*) dans le droit de l'Ontario. La LACI s'applique entre autres aux arbitrages entre des parties établies dans des pays différents au moment de l'exécution de la convention d'arbitrage[6].

Bien que la LACI n'autorise pas à en appeler d'une sentence arbitrale sur le fond, elle fournit un certain nombre de motifs d'ordre procédural pouvant donner lieu à l'annulation d'une telle décision par un tribunal. Aux fins du présent essai, le principal motif de procédure d'une intervention judiciaire se trouve à l'alinéa 34(2)a)(iii) de la LACI, qui stipule qu'une sentence arbitrale ne peut être annulée que si la partie qui fait la demande d'annulation apporte la preuve :

> que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire [...].

La jurisprudence relative à l'alinéa 34(2)a)(iii) concerne trois thèmes importants. L'affaire *United Mexican States v Cargill, Incorporated*[7] constitue une excellente base de discussion de ces trois thèmes. Les faits de l'arrêt *Cargill (CA Ont.)* sont les suivants. Une société des États-Unis, Cargill, Incorporated, et sa filiale mexicaine ont lancé une procédure d'arbitrage contre le Mexique pour contraventions au chapitre 11 de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (« ALENA ») entre le gouvernement du Canada, le gouvernement du Mexique et le gouvernement des États-Unis. Le tribunal arbitral, après avoir établi que le Mexique avait effectivement contrevenu au chapitre 11, a accordé des dommages-intérêts substantiels à Cargill, Incorporated, pour sa perte de ventes à la filiale[8].

Le Mexique a contesté la sentence arbitrale en vertu de l'alinéa 34(2)a)(iii) de la LACI, faisant valoir que le tribunal n'avait pas compétence pour accorder des dommages-intérêts pour les ventes perdues de Cargill, Incorporated[9]. En décidant de la contestation du Mexique, la Cour supérieure de justice l'Ontario a cité l'arrêt *Desputeaux c Éditions Chouette (1987) inc.*[10], dans lequel la Cour suprême a déclaré :

> Les parties à une convention d'arbitrage jouissent d'une autonomie quasi illimitée pour identifier les différends qui pourront faire l'objet de la procédure d'arbitrage. Tel que nous le ver-

rons par la suite, cette convention constitue l'acte de mission de l'arbitre et définit le cadre fondamental de son intervention, sous réserve des dispositions législatives pertinentes. En effet, la source première de la compétence d'un arbitre réside dans le contenu de la convention d'arbitrage [...].

Par conséquent, pour déterminer si la décision relevait de la compétence du tribunal, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a procédé à une analyse détaillée du texte de l'ALENA. La Cour, en appliquant la norme de la décision raisonnable, a jugé que le tribunal avait agi dans le cadre de sa compétence et a rejeté la demande du Mexique[11].

Le Mexique en a appelé de la décision de la Cour supérieure de justice à la Cour d'appel de l'Ontario. La Cour d'appel a procédé à une discussion approfondie de la norme de contrôle à appliquer aux tribunaux d'arbitrage en général, et a conclu que, en ce qui concerne l'article 34, [traduction] « rien ne porte atteinte à la règle normale voulant qu'un tribunal ne puisse outrepasser sa compétence ». La Cour, empruntant au droit administratif l'expression « question touchant véritablement à la compétence », a appliqué la norme de contrôle de la décision correcte. En dépit de cette norme d'examen rigoureuse, la Cour a conclu que le tribunal n'avait commis aucune erreur de compétence et a refusé d'annuler la décision[12].

Parmi les trois thèmes remarquables de l'arrêt *Cargill (CA Ont.)*, notons l'application transparente des principes du droit administratif aux arbitrages internationaux. Pour déterminer que la norme de contrôle était la norme de la décision correcte, la Cour d'appel de l'Ontario a fait de nombreux renvois à la décision de principe du droit administratif, *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick (Conseil de gestion)*[13]. Le seul point sur lequel la Cour s'est éloignée du cadre établi par l'arrêt *Dunsmuir* concerne une remarque, à savoir que la mise en garde de la majorité contre l'utilisation de motifs d'ordre procédural pour renverser la substance d'une sentence arbitrale devait s'appliquer encore plus impérativement dans le contexte de l'arbitrage international[14]. Qui plus est, l'applicabilité présumée du droit administratif n'était pas un phénomène nouveau au moment de l'arrêt *Dunsmuir*; dans l'arrêt *United Mexican States v Karpa*[15], la Cour d'appel de l'Ontario avait établi une distinction encore plus minime entre le droit administratif et le droit de l'arbitrage international. Pour déterminer la norme de contrôle applicable à la décision d'un arbitre, la Cour a simplement appliqué les facteurs de l'analyse de la norme de contrôle décrits dans l'affaire de droit administratif antérieure *Pushpanathan c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*[16].

Un autre thème remarquable de l'arrêt *Cargill (CA Ont.)* est l'interprétation de la Cour d'appel de l'Ontario de l'article 34 de la LACI. En effet, selon la Cour, l'article invite le contrôle judiciaire des sentences arbitrales au motif que l'arbitre a outrepassé sa compétence. Dans le contexte du droit administratif, la catégorisation d'un enjeu comme une question de compétence est une forte indication que le tribunal d'examen appliquera la norme de contrôle de la décision correcte. Compte tenu de l'absence de débat entourant l'utilisation du terme dans l'arrêt *Cargill (CA Ont.)*, il nous semble que la Cour a présumé, sans se poser de questions, de l'entière applicabilité de l'étiquette de la question de compétence dans le contexte de la LACI. Une telle hypothèse étonne, étant donné les références fréquentes de la Cour à l'arrêt *Canada (Procureur général) c SD Myers Inc.*[17], qui concernait aussi un contrôle judiciaire en vertu de l'article 34 de la *Loi type*[18]. La Cour d'appel de l'Ontario a erré en affirmant que l'arrêt *Myers* appuie la position selon laquelle la norme de contrôle pour les questions de compétence est la norme de la décision correcte[19]; en fait, le jugement *Myers* est beaucoup moins décisif. Dans l'arrêt *Myers*, la Cour fédérale s'est largement appuyée sur l'arrêt *Dynamex Canada Inc. c Mamona*[20], qui a établi que « le fait de définir une question comme point de droit ou de compétence n'entraîne pas que la norme de contrôle soit nécessairement la décision correcte »[21]. Par conséquent, L'arrêt *Cargill (CA Ont.)* illustre simultanément l'importance du vocabulaire des questions de compétence, combinée à l'incertitude conceptuelle entourant son usage.

Le troisième et dernier thème qui émerge de l'arrêt *Cargill (CA Ont.)* est la prise de conscience de la Cour d'appel de l'Ontario de l'opportunité de faire preuve de déférence à l'endroit des décisions des tribunaux arbitraux internationaux. La Cour affirme que [traduction] « [l]es tribunaux sont avisés de se limiter le plus strictement et à n'intervenir que rarement dans les décisions prises par des tribunaux consensuels, composés d'experts et internationaux » et [traduction] qu'« [i]l est important [...] de se rappeler que le fait que la norme de contrôle des questions de compétence soit la décision correcte ne donne pas aux tribunaux un vaste champ d'intervention dans les décisions des tribunaux internationaux »[22] Dans l'arrêt *Karpa*, antérieur à l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour d'appel de l'Ontario avait exprimé l'importance de la déférence en termes de politique, affirmant que « [l]es notions de comité international et de marché mondial suggèrent que les tribunaux devraient user de parcimonie lorsqu'ils exercent leur pouvoir d'intervenir dans les décisions d'arbitrage commercial international. »[23]

Ces trois thèmes – l'applicabilité des concepts du droit administratif dans le contexte du contrôle judiciaire d'une sentence arbitrale, l'utilisation du raisonnement fondé sur la question de compétence, et la déférence à l'égard les tribunaux d'arbitrage – ont refait surface dans l'arrêt *Sattva*.

## II. LA *LOI SUR L'ARBITRAGE* DE L'ONTARIO

Deuxième des deux lois principales sur l'arbitrage de l'Ontario, la *Loi sur l'arbitrage* s'applique à tous les arbitrages qui ont lieu en application d'une convention d'arbitrage, à moins que de tels arbitrages ne soient exclus par la loi ou régis par la *Loi sur l'arbitrage commercial international*[24].

Contrairement à la LACI, la *Loi sur l'arbitrage* contient des dispositions régissant l'appel des sentences arbitrales sur des questions de droit. À moins que les parties ne prennent d'autres dispositions dans leurs conventions d'arbitrage, les appels se font seulement sur autorisation du tribunal d'examen. L'autorisation d'appel est subordonnée à l'importance pour les parties des questions en jeu et à l'importance de la question de droit pour les droits des parties[25]. Une partie a également la possibilité de demander l'annulation d'une sentence arbitrale pour un éventail de motifs d'ordre procédural. Effectivement, dans un libellé similaire à celui de l'alinéa 34(2)a)(iii) de la LACI, la disposition 3 du paragraphe 46(1) de la *Loi sur l'arbitrage* stipule qu'un tribunal peut annuler une sentence arbitrale si « [l]a sentence porte sur un différend que la convention d'arbitrage ne prévoit pas, ou comporte une décision sur une question qui dépasse les termes de la convention ».

Nous retrouvons les trois thèmes soulevés dans le contexte de l'arbitrage international dans celui de l'arbitrage national. Premièrement, en ce qui concerne la relation entre le droit administratif et le contrôle judiciaire des tribunaux arbitraux nationaux, la jurisprudence sur la *Loi sur l'arbitrage* indique que le droit antérieur à l'arrêt *Sattva* était entièrement réglé, mais sans base conceptuelle solide. Dans l'arrêt *Smyth v Perth and Smiths Falls District Hospital*, qui faisait suite à un appel à l'encontre d'une application de la disposition 3 du paragraphe 46(1) de la *Loi sur l'arbitrage*, la Cour d'appel de l'Ontario s'est appuyée sur le raisonnement de l'arrêt *Dunsmuir*, tout en déterminant la norme de contrôle à appliquer au contrôle de la décision d'un arbitre concernant sa propre compétence. Cependant, en dépit des références à l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour n'a pas expliqué pour quelles raisons une affaire de droit administratif devrait

# 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.

- 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/*

# 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:**

Charmaine Panko, C.Med (SK)
Barbara Robert, C.Med (ON)
Clive Tolley, C.Med (SK)
Andrew Wychnenka, C.Med (MB)

**NOUVEAUX ARB.A / NEW C.ARBS:**

Cheryl L. Vickers, C.Arb (BC)
Ivan Weleschuk, C.Arb (AB)
Leanne Young, C.Arb (AB)

**NOUVEAUX MÉD.B / NEW Q.MEDS:**

Kevin Aguiar, Q.Med (ON)
Arvind Babajee, Q.Med (BC)
Beth Barbour-Wetzel, Q.Med (Atlantic)
Darren Bohmann, Q.Med (SK)
Rhonda Campbell Moon, Q.Med (ON)
Sarah S. Daitch, Q.Med (BC)
Jillian Flath, Q.Med (SK)
Kirryn Grace Hashmi, Q.Med (ON)
Debbie L. Kassirer, Q.Med (ON)
Shauna Kennon, Q.Med (SK)
Michèle Khitab, Q.Med (ON)
Joshua Lam, Q.Med (ON)
Megan Mitchell, Q.Med (SK)
Terence O'Brien, Q.Med (ON)
Gunathilakarani Pirapakaran, Q.Med (ON)
Lynne Poirier, Q.Med (Atlantic)
Derek J. Sarluis, Q.Med (ON)
Joy Vascotto, Q.Med (ON)
Winnifred Nadine White, Q.Med (ON)

**NOUVEAUX ARB.B / NEW Q.ARBS:**

Dave Anderson, Q.Arb (SK)
Nancy Aquilina, Q.Arb (ON)
Marion Hill, Q.Arb (Atlantic)
Chaowu Jin (Horace King), Q.Arb (ON
Lynne Poirier, Q.Arb (Atlantic)
Myer Rabin, Q.Arb (Atlantic)
Donald Taliano, Q.Arb (ON)
Clive Tolley, Q.Arb (SK)

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/*

The Chartered Mediator (C.Med) and Chartered Arbitrator (C.Arb) are senior designations. These, as well as the Qualified Mediator (Q.Med) and Qualified Arbitrator (Q.Arb) are Canada's only generalist designations for practicing mediators and arbitrators. They demonstrate the member's specific credentials, education and expertise. Recognized and respected across Canada and internationally, they allow the holder to convey their superior level of experience and skill. Clients and referring professionals can feel confident knowing that ADR practitioners holding an ADR Institute of Canada designation have had their education and performance reviewed, assessed and verified by a team of senior and highly respected practitioners.

For more information and application criteria, visit *http://adric.ca/resources/professional-designations/*

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

fournir une orientation pour les autres formes d'arbitrage[26]. Malgré cette faiblesse fondamentale, et en dépit de sa nature non commerciale, l'arrêt *Smyth* s'est établi comme précédent pour le contrôle judiciaire des sentences arbitrales commerciales[27]. L'Ontario n'est pas seul à présumer qu'il n'y a pas de distinction entre le droit administratif et le contrôle judiciaire en matière d'arbitrage; les tribunaux d'autres provinces ont aussi utilisé l'arrêt *Dunsmuir* pour établir la norme de contrôle dans les contrôles judiciaires de sentences arbitrales non administratives[28].

Le deuxième thème, l'utilisation du vocabulaire des questions de compétence comme base du contrôle pour motif d'ordre procédural, ressort également de la jurisprudence du droit arbitral national. Dans la décision *Ford*, instituée dans le cadre d'un appel en vertu de la disposition 3 du paragraphe 46(1) de la *Loi sur l'arbitrage*, la Cour supérieure de justice de l'Ontario s'est appuyée sur l'arrêt *Smyth* pour conclure que la norme applicable au contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre à l'égard de sa propre compétence devait être la norme de la décision correcte[29]. D'autres tribunaux provinciaux sont arrivés à la même conclusion dans le contrôle des questions de compétence. En ce qui concerne l'article 30 de la *Commercial Arbitration Act* de la Colombie-Britannique[30], qui stipule que le tribunal peut [traduction] « annuler » une sentence arbitrale si [traduction] « un arbitre a commis une erreur d'arbitrage », la Cour suprême de Colombie-Britannique, en *obiter*, a affirmé que l'article en question [traduction]« traite des erreurs allant au cœur de la compétence de l'arbitre. Ces questions ne sont pas de nature à privilégier l'exercice de la retenue judiciaire à l'égard du tribunal ».[31]

Le dernier thème, la déférence à l'égard des tribunaux d'arbitrage, n'est pas aussi prononcé dans les arbitrages nationaux que dans le contexte international. La Cour suprême, dans l'arrêt *Desputeaux*, a mentionné en *obiter* que « [l]e contrôle de la justesse des sentences arbitrales compromet l'autonomie voulue par le législateur »,[32] mais la jurisprudence traitant de l'arbitrage national en général ne contient pas de telles déclarations péremptoires, si répandues dans le contexte international, exhortant à la déférence à l'égard des tribunaux d'arbitrage.

### 3. LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DANS L'ARRÊT *SATTVA*

L'arrêt sans précédent *Sattva* concernait l'interprétation d'un contrat entre Creston Moly Corporation (« Creston ») et Sattva Capital Corporation (« Sattva »). Selon les modalités du contrat, Sattva avait droit à un montant de 1,5 million de dollars, payable en actions, en espèces, ou dans une combinaison de ces deux modes de paiement. Toutefois, les parties ne s'entendaient pas sur l'interprétation à donner à la formule de calcul du prix des actions inscrite au contrat. Incapables d'en arriver à un règlement, elles ont eu recours à l'arbitrage. L'arbitre a interprété le contrat en faveur de Sattva.

### I. LES DÉCISIONS DE LA COUR SUPRÊME ET DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Creston a répondu en demandant à la Cour suprême de la Colombie-Britannique l'autorisation d'en appeler de la décision de l'arbitre, conformément à l'article 31 de la BCCAA, qui permet à une partie, à la discrétion de la cour, d'en appeler des questions de droit découlant d'un arbitrage. La Cour a refusé l'autorisation d'en appeler au motif que [traduction] « la question posée par Creston n'est pas une question de droit étroite, mais plutôt une question de fait ou une question de droit et de fait »[33]. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a ensuite infirmé cette décision, au motif que l'interprétation du contrat soulevait une question de droit[34]. L'affaire a été renvoyée à la Cour suprême de la Colombie-Britannique qui, dans le cadre du contrôle judiciaire quant au fond de la sentence arbitrale, a conclu que l'arbitre n'avait commis aucune erreur de droit dans l'interprétation du contrat[35]. Creston a de nouveau fait appel, et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a autorisé l'appel au motif que l'arbitre avait commis une erreur de droit en omettant d'interpréter le contrat comme un tout[36].

À la suite d'un dernier appel de Sattva, l'affaire a finalement abouti à la Cour suprême du Canada (la « Cour suprême »). À ce stade, il est toutefois important de faire une pause pour aborder l'analyse de la norme de contrôle effectuée par les cours inférieures. Le juge Armstrong de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a entrepris de déterminer la norme de contrôle applicable en procédant à une simple application de l'arrêt *Dunsmuir*. Il a tout d'abord évalué si la jurisprudence portant sur la BCCAA avait établi une norme de contrôle pour les questions de droit découlant des différends d'arbitrage. Après avoir conclu que ce n'était pas le cas, il a ensuite appliqué la partie de l'analyse de l'arrêt *Dunsmuir* qui traite spécifiquement des questions de droit. Constatant, entre autres facteurs pertinents à l'analyse de l'arrêt *Dunsmuir*, que la BCCAA ne prévoyait pas de régime administratif dans lequel le décideur possède une expertise particulière, et que l'affaire concernait l'application des principes généraux du droit, le juge Armstrong a appliqué la norme de la décision correcte[37]. Devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, les deux parties ont convenu que la norme de contrôle pour la question de droit en cause était la décision correcte[38]. Ainsi, l'étude de la bataille juridique entre Sattva et Creston révèle clairement que les tribunaux de la Colombie-Britannique ont suivi en grande partie le même chemin que les tribunaux de l'Ontario : une application non critique de l'analyse de l'arrêt *Dunsmuir* au contrôle judiciaire des arbitrages non administratifs.

### II. LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME

Sur les cinq questions en appel à la Cour suprême, deux sont pertinentes aux fins du présent essai. La première question consiste à savoir si le demandeur avait demandé une autorisation d'en appeler sur une question de droit. La Cour suprême a déclaré que, même si les tribunaux avaient historiquement considéré l'interprétation des contrats comme une question de droit, une tendance à délaisser cette approche historique s'inscrit dans la jurisprudence canadienne récente. La Cour suprême a expliqué cette tendance par deux catalyseurs. Le premier est l'adoption du fondement factuel comme méthode d'interprétation. La Cour décrit le fondement factuel comme le fait de tenir compte des circonstances dans l'interprétation d'un contrat écrit. Le deuxième découle des explications formulées récemment par la Cour concernant la distinction fonctionnelle entre les questions de droit et de fait et les questions de droit. Comme l'indique la jurisprudence récente de la Cour suprême, les questions de droit « concernent la détermination du critère juridique applicable », tandis que les questions de droit et de fait consistent en « l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits ». La Cour suprême a expliqué que la distinction entre les deux catégories vise à restreindre l'intervention des tribunaux d'appel aux affaires ayant des répercussions qui ne seraient limitées aux parties au litige, et que le fait de limiter les questions de droit à des questions générales a l'avantage de limiter le « nombre, la durée et les coûts des appels ». La Cour a conclu que, étant donné que l'arbitre avait appliqué les bons principes juridiques, la question soulevée par la demande de Creston était, tout simplement, une question d'interprétation contractuelle et, par conséquent, une question de droit et de fait[39].

Même en affirmant que l'absence d'une question de droit suffisait à décider de l'affaire, la Cour suprême a tout de même traité du second enjeu pertinent pour notre discussion, à savoir la norme de contrôle appliquée à l'examen des sentences arbitrales par un tribunal d'appel. La Cour a commencé par qualifier la pertinence de l'arrêt *Dunsmuir*. La Cour suprême a souligné que les arbitrages institués par des parties mutuellement consentantes se

distinguent en théorie et en pratique des arbitrages découlant d'une application de la loi. Toutefois, la Cour a poursuivi en mentionnant diverses similitudes entre les arbitrages administratifs et les arbitrages commerciaux, notamment l'expertise présumée du décideur. Sur la base de la discussion qui précède, la Cour suprême a conclu que certains « éléments » de l'analyse de l'arrêt *Dunsmuir* s'appliquent à la détermination de la norme de contrôle des sentences arbitrales commerciales. Comme la jurisprudence antérieure et ultérieure à l'arrêt *Dunsmuir* suggérait que la nature de la question en cause pouvait être déterminante, la Cour suprême a déclaré :

> En matière d'arbitrage commercial, la possibilité d'interjeter appel étant subordonnée à l'existence d'une question de droit, la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, à moins que la question n'appartienne à celles qui entraînent l'application de la norme de la décision correcte, comme les questions constitutionnelles ou les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise du décideur [...].

La Cour suprême a ensuite conclu que la norme de contrôle applicable en l'espèce était le caractère raisonnable.[40]

## 4. LES RÉPERCUSSIONS DE L'ARRÊT *SATTVA* SUR LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DES SENTENCES ARBITRALES COMMERCIALES

L'arrêt *Sattva* aura plusieurs effets sur le contrôle judiciaire des sentences arbitrales. Les répercussions les plus directes, que nous aborderons en premier, proviennent de la relation entre l'interprétation contractuelle et le contrôle judiciaire quant au fond. Les répercussions du deuxième groupe sont plus subtiles et concernent la relation entre l'interprétation contractuelle et les motifs d'ordre procédural d'un contrôle judiciaire.

### I. L'ARRÊT *SATTVA* ET LE CONTRÔLE JUDICIAIRE QUANT AU FOND DES SENTENCES ARBITRALES COMMERCIALES

L'arrêt *Sattva* a plusieurs répercussions directes. Comme la disposition par défaut de la *Loi sur l'arbitrage* n'autorise les appels que sur des questions de droit, les erreurs présumées d'interprétation contractuelle, considérées comme des questions de droit et de fait, ne pourront plus constituer la base d'un appel. Cependant, un facteur de complication important réside dans le droit des parties à établir des dispositions contractuelles pour contourner les dispositions de la *Loi sur l'arbitrage* en matière de contrôle quant au fond. Les parties répondront-elles à l'arrêt *Sattva* en insérant des questions d'interprétation contractuelle dans les motifs d'appel des sentences arbitrales? La réponse est incertaine. D'une part, les parties ont avantage à pouvoir contester les mauvaises sentences arbitrales. D'autre part, l'augmentation des motifs de recours possibles compromet la confidentialité, la flexibilité, la rapidité, le coût et le caractère définitif des arbitrages. Dans l'ensemble, étant donnée la valeur que les parties contractantes accordent généralement à l'efficacité et au caractère définitif de l'arbitrage, la plupart s'appuieront probablement sur la disposition législative par défaut sur les questions de droit[41].

Une autre répercussion de l'arrêt *Sattva* sur le contrôle quant au fond consiste dans le fait que les affaires qui ne pourront faire l'objet d'un appel sur le fond sont désormais susceptibles de faire l'objet d'une norme moins rigoureuse de contrôle judiciaire. Pour les affaires faisant l'objet d'un appel sur une question de droit et de fait, les tribunaux sont susceptibles de faire preuve de déférence dans le choix de la norme de contrôle. Considérons, par exemple, l'arrêt *Martenfeld v Collins Barrow Toronto LLP*[42], ultérieure à l'arrêt *Sattva*. Dans cette affaire, deux membres d'un partenariat étaient en désaccord sur l'interprétation à donner à une disposition de l'entente de partenariat. Cette disposition exigeait d'un partenaire qui se retire et qui devient un concurrent qu'il verse des dommages-intérêts liquidés au partenariat. En première instance, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a interprété l'entente de partenariat d'une manière très défavorable à une partie, qui a ensuite interjeté appel. La Cour d'appel de l'Ontario, dans le contrôle de la décision, a commencé son analyse en s'appuyant sur le cadre établi dans l'arrêt *Sattva* sur l'analyse de la norme de contrôle applicable des questions de droit et de fait. Tenant compte de la mise en garde de l'arrêt *Sattva*, à savoir que les tribunaux doivent faire preuve de prudence avant « d'isoler une question de droit dans un litige portant sur l'interprétation contractuelle », la Cour a appliqué la norme de l'erreur manifeste et dominante, avant de confirmer la décision de la Cour supérieure de justice[43]. Bien que ne concernant pas l'appel d'un arbitrage en vertu de la *Loi sur l'arbitrage*, l'arrêt *Martenfeld* démontre que la Cour d'appel de l'Ontario adhère aux principes de l'arrêt *Sattva* et qu'elle aura désormais tendance à faire preuve de retenue judiciaire alors que, dans le passé, une telle détermination par un tribunal d'examen aurait probablement conduit à l'application de la norme de la décision correcte[44].

L'affaire *Ottawa (City) v The Coliseum Inc*[45] peut jeter un doute sur les répercussions de l'arrêt *Sattva*, à la fois sur l'autorisation d'en appeler en vertu de la *Loi sur l'arbitrage* et sur la norme de contrôle. Dans l'affaire *Ottawa*, où la Cour supérieure de justice de l'Ontario devait décider d'autoriser ou non l'appel d'une sentence arbitrale en vertu du paragraphe 45(1), la Cour a eu peu de difficulté à isoler des erreurs de droit.[46] En outre, la Cour a annulé la décision de l'arbitre, tout en appliquant la norme de la décision raisonnable, ce qui a conduit un commentateur à suggérer que [traduction] « [l]e raisonnement employé par la [Cour supérieure de justice de l'Ontario] suggère l'application de quelque chose qui se rapproche davantage de la norme de la "décision correcte" »[47].

En résumé, en élevant les exigences de l'autorisation d'appel et en abaissant la norme de contrôle pour les affaires qui se rendent en appel, l'arrêt *Sattva* donnera globalement lieu à une diminution du nombre d'autorisations d'appel des sentences arbitrales. Néanmoins, la capacité des parties de prévoir des dispositions contractuelles pour contourner les dispositions de la *Loi sur l'arbitrage*, ainsi que la récente décision *Ottawa*, ouvrent la porte à la possibilité de limiter quelque peu les répercussions de l'arrêt *Sattva*.

### II. L'ARRÊT *SATTVA* ET LES MOTIFS D'ORDRE PROCÉDURAL POUR LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DES SENTENCES ARBITRALES COMMERCIALES

Tandis que l'arrêt *Sattva*, en surface, en dit peu au sujet du contrôle judiciaire pour motifs d'ordre procédural, les notions avancées par la Cour suprême ont le potentiel de remodeler fondamentalement la manière dont les tribunaux annulaient des décisions en vertu de la LACI et de la *Loi sur l'arbitrage*.

Comme nous l'avons mentionné, le contrôle judiciaire pour motifs d'ordre procédural des sentences arbitrales prend généralement la forme d'une vérification qui vise à déterminer si l'arbitre ou le tribunal arbitral a outrepassé sa compétence. Avant l'arrêt *Sattva*, dès que la Cour avait déterminé qu'une contestation pour des motifs d'ordre procédural était une question de compétence, comme cela est arrivé dans les arrêts *Cargill (CA Ont.)* et *Myers*, la norme de contrôle appliquée était presque automatiquement la décision correcte.[48] Cependant, l'idée, amenée par l'arrêt *Sattva*, que l'interprétation contractuelle est une question de droit et de fait, devrait militer contre la norme de la décision correcte dans de tels cas.

En outre, dans l'arrêt *Sattva*, la Cour suprême a réussi, dans une large mesure, à faire évoluer les

trois thèmes développés dans la jurisprudence antérieure à *Sattva* en matière de contrôle judiciaire pour motif d'ordre procédural. Les thèmes interdépendants de l'applicabilité du droit administratif et de l'utilisation du vocabulaire des questions de compétence dans le contrôle des sentences arbitrales ont subi des changements majeurs. Plus particulièrement, l'habitude d'utiliser l'analyse de la compétence pour annuler des sentences arbitrales devrait prendre fin avec l'arrêt *Sattva*. Pour commencer, la question de savoir si la Cour, dans l'arrêt *Cargill (CA Ont.)* aurait dû utiliser l'analyse de la compétence, même avant l'arrêt *Sattva*, continue de soulever un doute. Deux raisons permettent de remettre en question la méthodologie de la Cour d'appel de l'Ontario. Tout d'abord, dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême a mis en garde les tribunaux contre la tentation d'apposer trop allègrement l'étiquette « compétence » à une question[49]. Avant l'arrêt *Dunsmuir*, les tribunaux canadiens étaient prompts à le faire, ce qui a donné lieu à un grand nombre d'annulations de sentences arbitrales par l'application de la norme de la décision correcte. La Cour suprême, dans l'arrêt *Dunsmuir*, a souligné que le vocabulaire des questions de compétence a miné la tendance générale à faire preuve de déférence à l'égard des décisions des tribunaux administratifs.

Depuis l'arrêt *Sattva*, l'argument contre l'utilisation du vocabulaire des questions de compétence dans le contexte du contrôle judiciaire des sentences arbitrales pèse encore plus. Comme nous l'avons mentionné, l'arrêt *Sattva* a explicitement incorporé plusieurs aspects du raisonnement de l'arrêt *Dunsmuir* dans le contexte de l'arbitrage, y compris le raisonnement relatif à la norme de contrôle applicable aux questions de droit. La Cour suprême a accepté la position voulant que la norme de la décision correcte doive rarement s'appliquer, et qu'elle ne le soit qu'à certains types de questions de droit, notamment les questions qui sont « d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui [sont] étrangère[s] au domaine d'expertise du décideur [...] »[50]. Nulle part dans l'arrêt *Sattva* la Cour suprême n'incorpore-t-elle l'analyse de l'arrêt *Dunsmuir* aux « questions touchant véritablement à la compétence »[51]. Comme elle mentionne que les différences entre les contextes des tribunaux commerciaux et des tribunaux administratifs « révèlent que le cadre relatif au contrôle judiciaire établi dans l'arrêt *Dunsmuir* [...] ne peut être tout à fait transposé dans le contexte de l'arbitrage commercial »[52], il est difficile de savoir si l'intention de la Cour suprême est de faire en sorte que les « questions touchant véritablement à la compétence » constituent une base pour l'application de la norme de la décision cor-


# Externalisation de services

L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada fournit au gouvernement et à diverses organisations des services d'administration de cas. De l'affectation des arbitres et des médiateurs à la facturation finale, l'IAMC se charge de tout.

Pour des renseignements supplémentaires, veuillez communiquer avec Janet McKay, directrice générale, janetmckay@adric.ca au 416 487-4733 ou au 1 877 475-4353, ou visitez notre site Web à l'adresse

http://adric.ca/fr/services/adr-outsourcing/

recte à une question de droit.

Pour résumer, la mise en garde de l'arrêt *Dunsmuir* enjoignant à éviter l'analyse de la compétence, combinée à l'approbation de l'arrêt *Sattva* de la présomption de l'arrêt *Dunsmuir*, à savoir que la norme de contrôle des questions de droit est la décision raisonnable, indique que les tribunaux devraient rarement avoir recours à une telle analyse pour donner effet aux dispositions de la LACI et de la *Loi sur l'arbitrage* sur le contrôle judiciaire pour motif d'ordre procédural. Inversement, le contrôle en vertu de ces deux lois doit généralement être effectué en appliquant la norme de la décision raisonnable, sans avoir recours à la notion limitée de compétence.

La deuxième raison de remettre en question l'application de la norme de contrôle de la décision correcte, qui renforce le thème de la retenue judiciaire envers les décisions des arbitres dans la jurisprudence antérieure à *Sattva*, est que l'expertise relative dans le cadre de l'arbitrage commercial est fortement du côté des arbitres. Avant l'arrêt *Dunsmuir*, l'expertise relative du tribunal administratif était un facteur critique pour évaluer si oui ou non il fallait faire preuve de déférence à l'égard des décisions du tribunal[53]. La retenue judiciaire, dans le contexte du droit administratif, était fondamentalement liée à l'idée que les tribunaux administratifs possèdent de l'expertise dans l'interprétation de leur loi habilitante. L'arrêt *Dunsmuir* a retenu l'importance de l'expertise relative dans l'analyse de la norme de contrôle. Commentant la jurisprudence antérieure, la Cour suprême, dans cet arrêt, a déclaré : « Lorsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise [...]. »[54]

L'arrêt *Sattva* a explicitement incorporé l'insistance de l'arrêt *Dunsmuir* sur l'expertise dans les arbitrages consensuels. En discutant des similitudes entre le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs et les appels de sentences arbitrales, la Cour suprême a déclaré :

> [...] l'expertise constitue un facteur tant en matière de contrôle judiciaire qu'en matière d'arbitrage commercial : quand les parties choisissent leur propre décideur, on peut présumer qu'elles fondent leur choix sur l'expertise de l'arbitre dans le domaine faisant l'objet du litige ou jugent sa compétence acceptable.[55]

Ce faisant, la Cour suprême a jeté les bases de la résolution du troisième thème soulevé par la jurisprudence antérieure à *Sattva* : la relation difficile entre la notion de déférence dans l'arbitrage commercial et les notions du droit administratif.

Sans le confirmer clairement dans l'arrêt *Sattva*, la Cour suprême a déterminé que l'interprétation contractuelle est une question de droit et de fait, ce qui devrait également suffire à étayer l'expertise relative des arbitres par rapport à celle des tribunaux d'examen. Avant l'arrêt *Sattva*, alors que de nombreux tribunaux considéraient l'interprétation contractuelle comme une question de droit, la preuve de l'expertise relative du pouvoir judiciaire dans le domaine aurait été simple. Comme dans le contexte des droits de la personne, un tribunal judiciaire pouvait prétendre à une expertise relative par rapport à celle d'un arbitre ou d'un tribunal arbitral dans l'interprétation des lois[56]. Les arbitres auraient été peu susceptibles de prétendre à une expertise relative dans un seul contrat ou dans les principes de l'interprétation contractuelle.

Depuis l'arrêt *Sattva*, les tribunaux doivent présumer que les arbitres commerciaux ont une expertise relative dans leur capacité à interpréter les conventions d'arbitrage. Comme l'interprétation contractuelle est une question de droit et de fait, l'argument selon lequel les tribunaux ont une expertise relative en droit et ne devraient donc pas faire preuve de retenue en matière d'interprétation contractuelle a perdu de son autorité. En tant que décideurs de première instance, les arbitres sont responsables de rendre des conclusions de fait et ils ont généralement d'excellents titres de compétences pour ce faire. Les parties à la convention d'arbitrage choisiront probablement des arbitres érudits en matière commerciale pour régler leurs différends : à titre d'exemple, un commentateur faisait remarquer que l'arbitre dans l'affaire *Sattva* était [traduction] « un arbitre commercial chevronné et un professeur retraité du droit des sociétés »[57]. On serait en droit de s'attendre à ce que ces arbitres possèdent une expertise relative aux tribunaux dans leur capacité à découvrir et à interpréter les faits commerciaux pertinents. Encore une fois, une comparaison avec les tribunaux des droits de la personne est instructive. Dans l'arrêt *Mossop*, le juge La Forest a déclaré : « [L]'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne porte sur l'appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte de droits de la personne. »[58] Le raisonnement du juge La Forest se transpose aisément à l'expertise des arbitres commerciaux. Ainsi, en établissant que les questions d'interprétation contractuelle relèvent plus directement de l'expertise des arbitres, l'arrêt *Sattva* garantit presque que l'interprétation contractuelle des arbitres sera examinée selon la norme de la décision raisonnable.

## 5. CONCLUSION

L'arrêt *Sattva* aura des répercussions considérables sur le régime d'arbitrage commercial en Ontario, modifiant l'ampleur de la déférence accordée à l'arbitre lors d'un contrôle judiciaire quant au fond ou pour des motifs d'ordre procédural.

L'annulation des sentences arbitrales sur le fond, que les parties à un arbitrage peuvent obtenir soit en faisant appel sur des questions de droit en vertu de la *Loi sur l'arbitrage*, soit en prévoyant des dispositions d'appel à leur convention d'arbitrage, sera probablement moins fréquente qu'avant l'arrêt *Sattva*. Les parties qui désirent faire annuler une sentence arbitrale auront plus de difficulté à isoler des motifs d'appel valides et, même si la Cour supérieure de justice de l'Ontario accepte d'entendre l'affaire sur le fond, l'arrêt *Sattva* encourage les tribunaux d'appel à faire preuve d'une déférence accrue envers les arbitres. Compte tenu de l'improbabilité que de nombreuses parties chercheront à insérer des motifs supplémentaires d'appel dans les contrats prévoyant l'arbitrage, l'arrêt *Sattva* est susceptible de diminuer à la fois le nombre et le succès des appels des sentences arbitrales.

Bien que les répercussions soient moins directes que celles qui touchent le contrôle judiciaire quant au fond, l'arrêt *Sattva* modifie également les fondements conceptuels du contrôle judiciaire pour des motifs d'ordre procédural. Avant l'arrêt *Sattva*, les tribunaux utilisaient les dispositions de la *Loi sur l'arbitrage* et de la LACI sur le contrôle pour motifs d'ordre procédural pour annuler énergiquement les sentences arbitrales sur la base d'erreurs de compétence. En intégrant le raisonnement de l'arrêt *Dunsmuir* dans le contrôle judiciaire des sentences arbitrales et par ses prises de position sur l'expertise relative des arbitres dans l'interprétation des ententes contractuelles, l'arrêt *Sattva* favorise une plus grande retenue judiciaire quant aux questions que les tribunaux classaient anciennement comme des questions de compétence.

L'arrêt *Sattva* est probablement une première étape pour équilibrer le droit administratif et le droit entourant le contrôle judiciaire des sentences arbitrales. Il faudra par contre davantage de décisions avant d'établir dans quelle mesure les principes de l'arrêt *Dunsmuir* s'appliqueront au contrôle judiciaire des sentences arbitrales. Néanmoins, l'arrêt *Sattva* laisse présager que la déférence à l'égard de l'expertise relative des arbitres sera à la base des développements futurs.

## 6. BIBLIOGRAPHIE

### I. LOI ET RÈGLEMENTS

*Commercial Arbitration Act*, RSBC 1996, chap. 55. [en

anglais seulement]
*Loi de 1991 sur l'arbitrage*, LO 1991, chap. 17.
*Loi sur l'arbitrage commercial*, LRC 1985, chap. 17 (2e suppl.).
*Loi sur l'arbitrage commercial international*, LRO 1990, chap. I.9.

**II. JURISPRUDENCE**

*Canada (Procureur général) c Mossop*, [1993] 1 RCS 554; 100 DLR (4th) 658.
*Canada (Procureur général) c SD Myers, Inc*, [2004] 3 RCF 368; 128 ACWS (3d) 635.
*Creston Moly Corp v Sattva Capital Corp*, 2010 BCCA 239; [2010] BCWLD 4205. [en anglais seulement]
*Creston Moly Corp v Sattva Capital Corp*, 2012 BCCA 329; [2012] BCWLD 6264. [en anglais seulement]
*Creston Moly Corp v Sattva Capital Corp*, 2009 BCSC 1079; [2010] BCWLD 176. [en anglais seulement]
*Creston Moly Corp v Sattva Capital Corp*, 2011 BCSC 597; [2011] BCWLD 5949. [en anglais seulement]
*SCFP, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 RCS 227; [1979] SCJ No 45.
*Desputeaux c Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17; [2003] 1 RCS 178.
*Dunsmuir c Nouveau-Brunswick (Conseil de gestion)*, 2008 CSC 9; [2008] 1 RCS 190.
*Dynamex Canada Inc. c Mamona*, 2003 CAF 248; [2003] 228 DLR (4th) 463.
*Ford Motor Company of Canada, Limited v Lachapelle*, 2011 ONSC 2217; [2011] 201 ACWS (3d) 618. [en anglais seulement]
*Martenfeld v Collins Barrow Toronto LLP*, 2014 ONCA 625; [2014] 122 OR (3d) 568. [en anglais seulement]
*MJS Recycling Inc v Shane Homes Ltd,* 2011 ABCA 221; [2011] 527 WAC 29. [en anglais seulement]
*Ottawa (City) v The Coliseum Inc*, 2014 ONSC 3838; [2014] 245 ACWS (3d) 268. [en anglais seulement]
*Pushpanathan c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 RCS 982, SCJ No. 46.
*Sattva Capital Corp c Creston Moly Corp*, 2014 CSC 53; [2014] 2 RCS 633.
*Smyth v Perth and District Hospital Smiths Falls*, 2008 ONCA 794; 171 ACWS (3d) 467. [en anglais seulement]
*United Mexican States v Cargill Inc*, 2011 ONCA 622; 341 DLR (4th) 249. [en anglais seulement]
*United Mexican States v Cargill Inc*, 2010 ONSC 4656; 192 ACWS (3d) 1065. [en anglais seulement]
*United Mexican States v Karpa* (2005), 248 DLR (4th) 443; 74 OR (3d) 180 (CA). [en anglais seulement]
*Valic v Northwest Territories and Nunavut (Workers' Compensation Board)*, 2008 NWTSC 44; AWLD 3144; conf. 2009 NWTCA 4, AWLD 3304. [en anglais seulement]
*Wireless 2000 FR & UWB Technologies Ltd v AMS Homecare Inc*, 2007 BCSC 1919; 41 BLR (4th) 297. [en anglais seulement]

**III. SOURCES SECONDAIRES**

Glasner, Kenneth J. et Horton, William G. « Judicial Review of Commercial Arbitration Awards North of the 49th Parallel » (2014) 32:10 Alternatives 151. [en anglais seulement]
Kolenda, Brian. « The first (tentative) steps toward the application of Sattva in Ontario » (16 septembre 2014). Lenczner Slaght LLP, en ligne : <www.litigate.com/the-first-tentative-steps-toward-the-application-of-sattva-in-ontario>. [en anglais seulement]
Marion, Michael A. « The Sattva Case and Its Importance To Domestic Arbitration In The Canadian Energy Industry » (19 novembre 2014). CanLII, en ligne : <http://canliiconnects.org/en/commentaries/31335>. [en anglais seulement]

1 2014 CSC 53, paragraphe 50; [2014] 2 RCS 633 [*Sattva*].
2 Tout au long de cet essai, et sauf mention contraire, les termes « arbitrage », « arbitre », et « arbitral » renvoient à l'arbitrage commercial.
3 Bien que le terme « appel » renvoie précisément au contrôle judiciaire quant au fond d'une sentence arbitrale, les expressions « contrôle judiciaire » et « examen judiciaire » utilisées dans le présent essai comprennent tous les pouvoirs des tribunaux de confirmer, de modifier ou d'annuler une sentence arbitrale.
4 *Loi sur l'arbitrage commercial international*, LRO 1990, chap. I.9 [LACI].
5 *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, LO 1991, chap. 17 [*Loi sur l'arbitrage*].
6 LACI, *supra*, note 4, article 1.
7 2011 ONCA 622; 341 DLR (4th) 249 [*Cargill (CA Ont.)*]. [en anglais seulement]
8 *Id.*, paragraphes 1-2, 10.
9 *United Mexican States v Cargill Inc*, 2010 ONSC 4656, paragraphe 44, 192 ACWS (3d) 1065 [*Cargill (CSJ Ont.)*]. [en anglais seulement]
10 2003 CSC 17, paragraphe 22; [2003] 1 RCS 178 [*Desputeaux*].
11 *Cargill (CSJ Ont.)*, *supra*, note 9, paragraphes 69 et 80.
12 *Cargill (CA Ont.)*, *supra*, note 9, paragraphes 39, 40, 53 et 84.
13 2008 CSC 9; [2008] 1 RCS 190 [*Dunsmuir*].
14 *Cargill (CA Ont.)*, *supra*, note 7, paragraphe 46.
15 [2005] 248 DLR (4th) 443; 74 OR (3d) 180 (CA) [*Karpa*].
16 [1998] 1 RCS 982; SCJ No 46 [*Pushpanathan*]. *Karpa*, *supra*, note 15, paragraphes 38 à 43.
17 [2004] 3 RCF 368; 128 ACWS (3d) 635 [*Myers*].
18 Le gouvernement du Canada a adopté la Loi type comme une annexe à sa *Loi sur l'arbitrage commercial*, LRC 1985, chap. 17 (2e suppl.).
19 *Cargill (CA Ont.)*, *supra*, note 7, paragraphe 35.
20 2003 CAF 248; 228 DLR (4th) 463.
21 *Myers*, *supra*, note 17, paragraphe 59.
22 *Cargill (CA Ont.)*, *supra*, note 7, paragraphe 44 et 46.
23 *Karpa*, *supra*, note 15, paragraphe 34.
24 *Loi sur l'arbitrage*, *supra*, note 5, article 2.
25 *Id.*, paragraphe 45(1).
26 2008 ONCA 794, paragraphes 13 à 17; 171 ACWS (3d) 467 [*Smyth*]. [en anglais seulement] L'arrêt *Smyth* concernait un conflit de travail entre un hôpital et un membre de son personnel médical.
27 Voir, par exemple, *Ford Motor Company of Canada, Limited v Lachapelle*, 2011 ONSC 2217, paragraphe 20; 201 ACWS (3d) 618 [*Ford*]. [en anglais seulement]
28 Voir, par exemple, *Valic v Northwest Territories and Nunavut (Workers' Compensation Board)*, 2008 NWTSC 44, paragraphe 19; AWLD 3144; conf. 2009 NWTCA 4; AWLD 3304 [en anglais seulement], dans laquelle la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest a déclaré qu'il n'y avait aucune raison conceptuelle de ne pas appliquer l'arrêt *Dunsmuir* au contrôle des sentences arbitrales commerciales.
29 *Ford*, *supra*, note 27, paragraphe 20.
30 RSBC 1996, chap. 55 [BCCAA]. [en anglais seulement]
31 *Wireless 2000 FR & UWB Technologies Ltd v AMS Homecare Inc*, 2007 BCSC 1919, paragraphe 21; 41 BLR (4th) 297. [en anglais seulement]
Voir également : la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *MJS Recycling Inc v Shane Homes Ltd*, 2011 ABCA 221, paragraphes 33 à 34; 527 WAC 29 [en anglais seulement], où elle a déclaré : [traduction] « À notre avis, il est difficile de concevoir une base donnant droit à une décision qui soit au-delà du champ d'application de la convention d'arbitrage, qui est le fondement de la compétence d'un arbitre. »
32 *Desputeaux*, *supra*, note 10, paragraphe 69.
33 *Creston Moly Corp v Sattva Capital Corp*, 2009 BCSC 1079, paragraphes 1 à 8 et 34; [2010] BCWLD 176. [en anglais seulement]
34 *Creston Moly Corp v Sattva Capital Corp*, 2010 BCCA 239, paragraphe 26; [2010] BCWLD 4205. [en anglais seulement]
35 *Creston Moly Corp v Sattva Capital Corp*, 2011 BCSC 597, paragraphe 81; [2011] BCWLD 5949 [*Sattva (CS C.-B.)*]. [en anglais seulement]
36 *Creston Moly Corp v Sattva Capital Corp*, 2012 BCCA 329, paragraphes 25 à 39; [2012] BCWLD 6264 [*Sattva (CA C.-B.)*]. [en anglais seulement]
37 *Sattva (CS C.-B.)*, *supra*, note 35, paragraphes 31 à 42.
38 *Sattva (CA C.-B.)*, *supra*, note 36, paragraphe 25.
39 *Sattva*, *supra*, note 1, paragraphes 49, 52 et 63 à 66.
40 *Id.*, paragraphes 104 à 106.
41 Michael A Marion, « The Sattva Case and Its Importance To Domestic Arbitration In The Canadian Energy Industry » (19 novembre 2014), CanLII, en ligne : <http://canliiconnects.org/en/commentaries/31335>. [en anglais seulement]
42 2014 ONCA 625; 122 OR (3d) 568 [*Martenfeld]*. [en anglais seulement]
43 *Id.*, paragraphes 39 à 42.
44 Voir, par exemple, la décision *Sattva (CS C.-B.,)*, *supra*, note 35, dans laquelle la Cour suprême de la Colombie-Britannique n'a pas identifié une question de droit comme étant une question de compétence, tout en appliquant la norme de contrôle de la décision correcte.
45 2014 ONSC 3838; 245 ACWS (3d) 268 [*Ottawa*]. [en anglais seulement]
46 *Id.*, paragraphes 38 et 39.
47 Brian Kolenda, « The first (tentative) steps toward the application of Sattva in Ontario » (16 septembre 2014), Lenczner Slaght LLP, en ligne : <www.litigate.com/the-first-tentative-steps-toward-the-application-of-sattva-in-ontario>. [en anglais seulement]
48 Comme nous l'avons mentionné précédemment, la Cour fédérale, dans l'arrêt *Myers*, a appliqué deux normes de contrôle. Pour les besoins de cette partie de notre propos, il est important de noter que la Cour a appliqué la norme de la décision correcte aux définitions données par l'arbitre à certains termes figurant au contrat en cause : voir *supra*, note 17, au paragraphe 60.
49 *Dunsmuir*, *supra*, note 13, paragraphe 35, citant l'arrêt *SCFP, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 RCS. 227 (« *SCFP* »), page 233; [1979] SCJ No. 45.
50 *Sattva*, *supra*, note 1, paragraphe 106.
51 Pour la discussion de l'arrêt Dunsmuir sur les « questions touchant véritablement à la compétence, voir *supra*, note 13, paragraphe 59.
52 *Sattva*, *supra*, note 1, paragraphe 104.
53 *Pushpanathan*, *supra*, note 16, paragraphe 32.
54 *Dunsmuir*, *supra*, note 13, paragraphe 55.
55 *Sattva*, *supra*, note 1, paragraphe 105.
56 Voir, par exemple, l'opinion concordante du juge La Forest dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c Mossop*, [1993] 1 RCS 554, paragraphe 46; 100 DLR (4th) 658 [*Mossop*].
57 Kenneth J. Glasner et William G. Horton, « Judicial Review of Commercial Arbitration Awards North of the 49th Parallel » (2014) 32:10 Alternatives 151 à 151. [en anglais seulement]
58 *Mossop*, *supra*, note 56, paragraphe 46

# 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*

## 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 416-487-4447
1-877-475-4353, admin@adric.ca

# LA MÉDIATION D'UN DIVORCE ET LE BIEN-ÊTRE DES PARTIES :

## Comparaison entre les répercussions du processus de divorce sur la satisfaction et le bien-être psychologique des parents et des enfants selon que les parties ont eu recours à la médiation ou au processus contradictoire traditionnel

ALYSSA LANE, BHSC, MSC

Alyssa Lane, B. Sc. (Honours), M.Sc., est candidate au Juris doctor (2017) à la faculté de droit Osgoode Hall, Université York.

Le système de justice familiale en Ontario est en crise[1]. Trop de familles dépensent trop de temps et trop d'argent dans le système contradictoire[2]. Les tribunaux sont encombrés, et les besoins des familles qui vivent un divorce ne sont pas satisfaits. En 2011, en réponse à l'appel pour un véritable changement, le ministère du Procureur général de l'Ontario a décidé de financer la médiation familiale liée aux tribunaux dans toute la province[3].

Compte tenu du taux élevé de divorce, en particulier de divorce conflictuel, et des coûts élevés en temps et en argent, la création de nouveaux programmes d'intervention axés sur la famille, notamment la médiation et les modes de règlement alternatif des différends (RAD), a marqué un tournant. Cependant, peu de recherches ont été effectuées pour comparer les effets psychologiques sur les parents et les enfants, dans la relation familiale suivant la séparation, selon que le divorce a été géré par médiation[4] ou par les procédures de règlement traditionnelles contradictoires[5]. Étant donné que les services de médiation familiale financés par le gouvernement sont maintenant offerts dans les tribunaux de la famille en Ontario[6], cet article explore les répercussions de la médiation sur la satisfaction et le bien-être psychologique des parents et des enfants par rapport aux méthodes traditionnelles contradictoires.

**CONTEXTE**

Un consensus croissant s'est établi ces dernières années sur le grand besoin de changement du système de justice familiale. Comme l'énonçait le ministère du Procureur général :

> [traduction]
> *Le pouvoir judiciaire, les membres du Barreau et les professionnels de la médiation et de la santé mentale de toute la province sont de plus en plus préoccupés par le système de justice, perçu par un grand nombre comme étant trop confus et trop conflictuel.*[7]

En 2011, afin d'améliorer l'expérience et les résultats pour les familles aux prises avec un divorce[8], l'Ontario a commencé à offrir une [traduction] « gamme complète de services de médiation et d'information »[9]. Les caractéristiques de ce programme comprennent le suivi d'un programme d'information obligatoire, qui offre de l'information générale au sujet de la séparation et du divorce et les options pour gérer ces événements, notamment les services de médiation liés aux tribunaux (à la fois au tribunal et ailleurs) offerts dans toute la province, ainsi que des documents d'information et des services d'aiguillage[10].

L'arrivée de ce programme procure de nombreux avantages aux familles en processus de divorce. Tout d'abord, il élargit le choix parmi les programmes offerts aux familles qui divorcent[11]. Auparavant, seules quelques collectivités de l'Ontario avaient accès à des services privés de médiation familiale. Ensuite, il offre une solution de rechange moins coûteuse et plus efficace[12]. En particulier, le programme offre la médiation familiale volontaire à un tarif sensiblement réduit, par des prestataires privés, ainsi qu'une option sans frais pour les services de médiation liés aux tribunaux, au tribunal[13]. Les familles ont maintenant la possibilité de régler leurs problèmes juridiques familiaux au moyen du programme de médiation familiale, et de faire déposer le règlement au tribunal dans un délai plus court, ce qui était parfois impossible auparavant.

Certains ont soulevé quelques préoccupations au sujet du programme, dont la plus importante concerne les limites des enjeux qui peuvent faire l'objet d'une médiation, le manque d'effectifs et la relation symbiotique entre le médiateur et le système judiciaire[14]. Par ailleurs, d'autres ont soulevé des préoccupations budgétaires, notamment pour maintenir en poste les médiateurs les plus qualifiés, ainsi que le besoin d'uniformité à l'échelle de la province[15]. D'autres préoccupations concernent le dépistage des cas de violence familiale et de déséquilibre des pouvoirs, de même que l'égalité de l'accès au programme dans toute la province[16]. Néanmoins, le Programme de médiation familiale de l'Ontario offre la possibilité de réduire le coût financier d'une séparation et d'atteindre des objectifs familiaux importants.

**LES RÉPERCUSSIONS DE LA MÉDIATION LORS D'UN DIVORCE COMPARATIVEMENT À CELLES DU PROCESSUS CONTRADICTOIRE TRADITIONNEL SUR LES PARENTS ET LES ENFANTS**

**A. RÉPERCUSSIONS SUR LES PARENTS**

La médiation offre des avantages évidents à toutes les parties concernées; à savoir : la diminution

de la probabilité que les parties s'engagent dans un processus judiciaire, la diminution des coûts du divorce et l'augmentation de la satisfaction des ex-époux par rapport aux résultats du règlement[17]. Comme nous le verrons ci-dessous, la médiation offre aussi des avantages psychologiques potentiels par rapport au mode contradictoire.

Lorsque vient le moment d'évaluer la satisfaction et les résultats psychologiques des parties après un divorce, la comparaison entre les résultats de la médiation et les résultats du mode contradictoire peut se heurter à des facteurs de confusion. La personnalité et les attributs intrinsèques des parties qui choisissent la médiation plutôt que le mode contradictoire peuvent grandement influer sur la satisfaction et les résultats psychologiques anticipés[18]. Pour contrer ces facteurs de confusion potentiels et ainsi voir l'effet réel de la médiation sur la satisfaction à long terme, Emery, Sbarra et Grover (2005) ont fait un essai sur échantillons aléatoires, en affectant au hasard des couples à des groupes de médiation et de non-médiation et en assurant un suivi sur dix ans[19]. Les chercheurs ont constaté qu'une brève intervention, soit une médiation de seulement cinq heures, augmentait considérablement la satisfaction des parties à l'égard du règlement de divorce, améliorait la communication entre les ex-conjoints et diminuait les conflits entre les parties à la suite du divorce[20]. De plus, la médiation augmentait le contact entre les pères non-résidents et leurs enfants.[21]

Étant donné que les conflits constants entre ex-conjoints après le divorce ont des répercussions négatives sur la santé des hommes autant que des femmes, comme l'ont démontré Symoens et coll. (2013)[22], on peut s'attendre à ce que la diminution des conflits associée à la médiation ait des répercussions positives sur la santé mentale après le divorce. Dans une autre recherche axée sur les conséquences psychologiques du divorce, Walton et coll. (1999) ont constaté une diminution des niveaux d'anxiété, d'insomnie, de dysfonctionnement social et des signaux de détresse en général chez les couples qui optaient pour la médiation comparativement à ceux qui choisissaient le mode contradictoire[23]. Fait intéressant, toutefois, il n'y a eu aucun changement dans le nombre de plaintes relatives à la dépression ou à des problèmes somatiques (manifestation physique de la douleur émotionnelle). Malgré l'absence de changement concernant les symptômes de la dépression constatée par cette recherche, Emery, Sbarra et Grover (2005) suggèrent que la médiation pourrait réellement améliorer les résultats de la santé mentale si elle est combinée avec d'autres interventions ciblant le bien-être psychologique des parents et des enfants concernés[24]. Il est intéressant de noter qu'ils ont constaté que les parties étaient encore satisfaites six semaines, un an et demi et douze ans après le règlement de médiation initial[25]. Sur cette base, il semble que la médiation puisse offrir des avantages incroyables pour la santé psychologique, le bien-être et la satisfaction à long terme.

Dans son ensemble, la médiation semble améliorer la satisfaction et la communication, et réduire les conflits et la détresse psychologique des parties qui divorcent, et elle est associée à la satisfaction à long terme.

### B. DIFFÉRENCES ENTRE LES SEXES

Il a été démontré que les deux parties à un divorce éprouvent une plus grande satisfaction et un plus grand bien-être psychologique lorsqu'elles font appel aux services de médiation par opposition aux processus contradictoires traditionnels[26]. Fait intéressant, cependant, il existe de grandes différences expérientielles entre les sexes[27].

Les résultats varient considérablement lorsque l'on étudie les différences entre les sexes dans la médiation[28]; cependant, certains thèmes sont revenus tout au long de diverses recherches. Emery, Sbarra et Grover (2004) ont constaté qu'il existe une plus grande amélioration de la satisfaction chez les hommes que chez les femmes dans l'utilisation des services de médiation[29]. Autrement dit, la différence entre le niveau de satisfaction des hommes, lorsque l'on compare la médiation à l'absence de médiation, est plus grande que la différence constatée chez les femmes. Les chercheurs suggèrent que cette différence prend racine dans les meilleurs résultats obtenus par les pères grâce à la médiation[30]. Plus précisément, en cas de litige, les pères sont susceptibles de ne pas obtenir la garde physique ou légale[31]. À l'inverse, avec la médiation, les pères peuvent obtenir la garde légale (mais pas physique)[32]. Pour les femmes, indépendamment de la participation à la médiation, elles sont susceptibles d'obtenir à la fois la garde physique et légale[33]. Cette différence peut expliquer la différence remarquée entre les sexes en ce qui concerne la satisfaction à la suite de la médiation par rapport aux processus contradictoires traditionnels.

Une autre différence intéressante entre les sexes est la « parole » relative donnée aux hommes et aux femmes dans la médiation par rapport aux processus contradictoires traditionnels, comme les litiges. Dans les litiges, les hommes ont déclaré avoir eu l'impression de mieux comprendre le point de vue des femmes, les femmes ayant obtenu une plus grande possibilité d'exprimer leur point de vue. À l'inverse, dans la médiation, les hommes ont estimé que leur parole était plus entendue et les femmes ont commencé à mieux comprendre la perspective de leur ex-mari[34]. L'effet de cette parole relative par rapport à la satisfaction d'une partie est difficile à cerner, mais il vaut la peine d'être souligné.

Dans l'ensemble, certaines études ont montré des différences significatives entre les sexes dans la satisfaction à l'égard de la médiation du divorce[35]. Toutefois, ces résultats ne sont pas indicateurs de tendances uniformes. Il faudra donc plus de recherche pour comprendre ces différences entre les sexes et leurs répercussions pour améliorer de la pratique de la médiation des divorces[36].

### C. RÉPERCUSSIONS SUR LES ENFANTS

Plusieurs recherches ont démontré que, en moyenne, les enfants du divorce ne connaissent pas un taux plus élevé de problèmes psychologiques, émotionnels ou de comportementaux graves[37]. Cependant, comme nous le verrons plus loin, de nombreux facteurs modifiables peuvent aider ou nuire à la capacité d'un enfant à s'adapter pendant le processus du divorce[38]. En outre, plusieurs recherches ont démontré que l'adversité à un stade précoce de l'enfance peut avoir des effets néfastes à long terme sur la santé mentale d'un enfant[39]. Par conséquent, le milieu du divorce peut avoir des effets positifs (ou négatifs) durables sur les enfants concernés.

Le choix de la médiation par rapport aux modes contradictoires traditionnels peut offrir un facteur de protection essentiel au potentiel d'effets positifs durables. Cet énoncé est appuyé par plusieurs recherches portant sur les enfants du divorce. Beck et Beck (1985) ont constaté que l'adaptation d'un enfant lors d'un divorce est améliorée en présence de conjoints coopératifs[40]. Étant donné que la médiation facilite un environnement de coopération, la médiation peut favoriser une telle adaptation.

**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**

Beck et Beck (1985) ont également constaté que la médiation a amélioré le bien-être à long terme des conjoints qui divorcent, un autre facteur de protection potentiel pour l'adaptation des enfants[41]. Benjamin et Irving (1995) ont corroboré leurs résultats en démontrant que la médiation améliore les relations entre les parents, diminue les conflits entre ex-conjoints et améliore la communication entre eux[42]. Kelly (2004) illustre également les effets positifs de la médiation, comme en témoignent ses recherches menées dans plusieurs états américains et le projet pilote Médiation familiale Canada,[43] en concluant :

> [traduction]
> *Après avoir contrôlé les différences de groupe avant intervention, lorsque comparés aux parents impliqués dans un processus contradictoire, on remarque chez les parents qui utilisent davantage les services de médiation une diminution des conflits pendant le divorce, et dans la première ou les deux premières années suivantes, une plus grande coopération et un meilleur soutien l'un envers l'autre en tant que parents, et une meilleure communication au sujet des enfants*[44].

Dans son ensemble, la médiation offre des avantages aux enfants du divorce, pour leur processus d'adaptation et au-delà. Plus précisément, étant donné que la médiation peut favoriser la coopération et la communication entre ex-époux et réduire les conflits entre ex-conjoints, elle peut conduire à une amélioration des résultats psychologiques des enfants.

Globalement, étant donné que le processus de divorce peut avoir des effets positifs (ou négatifs) à long terme sur la santé physique et mentale des enfants[45], l'impulsion pour améliorer l'expérience du processus de divorce est d'une importance capitale.

Un mécanisme proposé sous-jacent à une plus grande satisfaction à l'égard de la médiation par opposition au litige.

Les deux processus, soit la médiation et les processus contradictoires traditionnels, visent le même objectif : le règlement[46]. Cependant, les moyens par lesquels ils atteignent cette finalité varient considérablement[47]. La médiation favorise un processus de coopération, tandis que les processus contradictoires favorisent la combativité. Cette différence peut expliquer pourquoi les parties sont plus satisfaites à l'égard de la médiation qu'à l'égard des processus contradictoires traditionnels. En particulier, la littérature a isolé plusieurs points saillants du processus qui peuvent expliquer l'amélioration de la satisfaction à l'égard de la médiation.

La première différence fondamentale, décrite par Emery et coll. (1991), est l'état d'esprit promu, soit l'objectif d'un règlement « gagnant-gagnant » par la médiation, par rapport à un règlement «gagnant-perdant» dans un litige[48]. Dans un litige, les parties sont représentées par des personnes distinctes, chaque plaideur faisant valoir la position de son client, en concurrence avec l'autre. Cet état d'esprit implique que, à la fin, il y aura un gagnant et un perdant. À l'inverse, la médiation favorise un état d'esprit qui vise la coopération vers un règlement où les deux parties sont «gagnantes »[49]. Cet état d'esprit peut expliquer la plus grande satisfaction des deux parties.

Ensuite, le processus de communication de la médiation diffère sensiblement de celui du litige. Contrairement au litige, où les avocats découragent la communication entre les clients, la médiation exige une telle communication. Le médiateur veille à ce que chaque partie ait l'occasion d'exprimer ses sentiments et de se faire entendre, tout en évitant les argumentations improductives et l'attribution de blâmes. Les parties estiment que leurs voix sont entendues et que leurs besoins sont pris en compte dans le processus de règlement[50].

La médiation crée un lieu sûr pour la communication ouverte, dans un cadre privé, évitant ainsi le désespoir causé par la diffusion publique des griefs[51]. La médiation encourage également les conjoints à jouer un rôle actif, plutôt que passif[52]. Ce rôle actif au cours du processus de médiation peut favoriser l'amélioration durable des compétences en communication entre les ex-conjoints, en mettant l'accent sur la résolution des problèmes au lieu de l'attribution des blâmes. Plus particulièrement, ces compétences de communication peuvent servir à améliorer la communication sur les enjeux concernant les enfants, en mettant l'accent sur des intérêts communs.

Ensuite, ces processus produisent différents types d'ententes.[53] Étant donné que la médiation encourage la communication active, elle peut donner lieu à des ententes de règlement qui répondent aux besoins particuliers des parties. À l'inverse, les tribunaux sont souvent limités par des contraintes de temps. En conséquence, ils ont tendance à utiliser un ensemble de procédures qui produisent des résultats très similaires. Bien que les deux processus puissent donner des résultats justes, la médiation offre peut-être aux parties concernées une plus grande satisfaction grâce à la création de règlements personnalisés.[54]

Emery, Sbarra et Grovers (2005) proposent quatre autres ingrédients « actifs » de la structure de la médiation qui peuvent contribuer à accroître la satisfaction des parties : 1) l'adoption d'une vision à long terme; 2) l'éducation à propos des émotions; 3) des limites pratiques; et 4) le fait d'éviter de devenir des adversaires.[55]

En premier lieu, la médiation peut promouvoir une vision à long terme en aidant les parents à voir l'importance vitale et à long terme pour leurs enfants de la coopération. Deuxièmement, la médiation favorise la reconnaissance des émotions et une saine réorientation de l'attention plutôt que de la suppression des émotions dans la discussion, comme c'est le cas dans un litige. Troisièmement, l'établissement de limites pratiques peut grandement faciliter la collaboration durable pour élever les enfants. La création de limites pratiques peut favoriser des méthodes saines de résolution des problèmes, plutôt que la perception de chaque problème comme une catastrophe et l'adoption de l'attitude « on se verra en cour » à chaque problème. Enfin, la médiation peut minimiser les luttes constantes à l'intérieur et à l'extérieur de la salle d'audience.[56]

Par conséquent, contrairement au système contradictoire conventionnel, la médiation fournit un modèle explicite pour un comportement adaptatif. La médiation favorise la collaboration, la communication continue, la prise de décision personnalisée et l'acquisition d'outils qui serviront aux ex-conjoints à long terme lorsque de nouveaux problèmes surviendront. Ces caractéristiques fondamentales du processus de médiation favorisent une plus grande satisfaction et un plus grand bien-être psychologique chez toutes les parties concernées, y compris les enfants des ex-conjoints.

## L'INFLUENCE DE LA PERSONNE DU MÉDIATEUR ET DE SON APPROCHE SUR L'EFFICACITÉ DE LA MÉDIATION

Alors que la médiation semble globalement améliorer la satisfaction des parties, la grande variabilité entre les médiateurs peut influer sur le niveau relatif de satisfaction éprouvé par les parties concernées. En effet, les médiateurs sont tous très différents. Le répertoire des médiateurs se compose de professionnels au profil hétérogène qui font appel à plus de cent techniques différentes[57]. Certaines caractéristiques essentielles d'un « bon » médiateur s'appliquent à tous, tandis que d'autres peuvent varier selon la « qualité de l'ajustement » entre le médiateur et les parties concernées. Nous aborderons ces deux catégories tour à tour.

Une caractéristique fondamentale des médiateurs

pour accroître la satisfaction à long terme est l'accent mis sur le maintien d'une relation amicale entre les ex-conjoints. La préservation de la relation entre les ex-conjoints pour permettre une communication fonctionnelle à l'avenir devrait être la priorité absolue, supérieure à l'efficacité de la médiation et d'autres intentions cachées. Bien que mettre l'accent sur la relation puisse exiger plus de temps et retarder la conclusion d'une entente, Wall et Dunne (2012) suggèrent que les avantages à long terme l'emportent sans aucun doute sur le coût à court terme[58].

La sélection des bonnes techniques pour la bonne famille est également cruciale à la réussite de la médiation.[59] Reconnaître qu'aucune technique n'est « idéale » pour toutes les familles est crucial pour ce processus. La variabilité culturelle et individuelle du médiateur comme de la famille doit être reconnue et le processus de médiation doit être adapté en conséquence[60]. Une vaste connaissance des différentes techniques de médiation et de celles qui s'adaptent le mieux à certaines situations et à certaines personnalités peut aider à maximiser la satisfaction et à minimiser les conflits inutiles.

Autre élément important, une discussion sur les personnalités des familles qui décident de procéder par la voie de la médiation plutôt que du litige[61]. Bien que l'essai sur échantillons aléatoires de couples en médiation et de couples sans médiation, discuté précédemment, ait démontré un effet positif de la médiation sur la satisfaction[62], le monde réel n'est pas aléatoire. Ainsi, les caractéristiques des couples avant le divorce peuvent grandement influer sur la satisfaction. Même si aucune preuve solide ne permet d'appuyer la présence de différences significatives entre les familles qui choisissent la médiation par rapport à celles qui choisissent la voie du litige, il se peut que certaines différences ne soient pas mesurées. Intuitivement, les couples qui choisissent la médiation ont peut-être déjà pour priorités leur relation et la communication à long terme pendant le divorce, ce qui accroît les probabilités de satisfaction. Les divorces plus conflictuels sont peut-être plus susceptibles d'aboutir en litige, où les ex-conjoints hostiles peuvent éprouver de l'insatisfaction et de la colère, quel que soit le résultat.

Les autres facteurs variables avant le divorce peuvent comprendre le choix d'une médiation publique par rapport à une médiation privée. En particulier, le programme offre la médiation familiale volontaire à un tarif sensiblement réduit par des prestataires privés, ainsi qu'une option sans frais pour les services de médiation au tribunal[63]. Les différences entre les populations qui choisissent la médiation publique par rapport à la médiation privée peuvent avoir une incidence sur la satisfaction après le divorce, étant donné qu'il peut y avoir une variabilité de la situation socioéconomique et des résultats attendus chez ceux qui assument les frais de la médiation. En outre, la pleine conscience des caractéristiques culturelles et des personnalités individuelles des familles, ainsi que des techniques d'adaptation utilisées en conséquence, peut aussi être importante, mais cette question s'inscrit au-delà de la portée de notre article.

Dans l'ensemble, certaines caractéristiques fondamentales de l'approche des médiateurs peuvent aider ou nuire à un résultat satisfaisant.

## RECOMMANDATIONS

Les données actuelles suggèrent que la médiation a de nombreux effets positifs sur la satisfaction et le bien-être psychologique des familles concernées. Cependant, plusieurs recommandations essentielles ont été formulées pour améliorer encore plus la satisfaction et le bien-être des familles pendant et après le processus du divorce.

Tout d'abord, nous avons besoin de plus de recherche dans le domaine de la médiation des divorces. Les données discutées sont minimales et désuètes. Par conséquent, les recherches examinées pourraient ne pas traduire avec précision la réalité du divorce dans la société d'aujourd'hui. De nouvelles recherches sur l'effet des procédures judiciaires par rapport à la médiation pourraient fournir des résultats plus généralisables à l'environnement actuel. Plus particulièrement, les données qui cernent les répercussions psychologiques de la médiation sur les familles (parents et enfant compris) sont limitées. Comprendre l'effet psychologique peut également constituer un appui à la promotion de la médiation dans une procédure de divorce.

Ces données peuvent également inciter le gouvernement à augmenter les ressources et les priorités de dépenses pour permettre au programme de médiation d'atteindre son plein potentiel et servir de façon responsable les clients du système de justice familiale de l'Ontario[64]. En effet, la poursuite et l'augmentation du financement et des ressources disponibles pour la médiation peuvent constituer un objectif important. Les données peuvent également être diffusées au public pour mieux l'informer des avantages de la médiation et de l'existence d'autres options pour un divorce à l'amiable.

De plus, les recherches futures devraient isoler les caractéristiques plus particulières de la médiation qui sont utiles ou nuisibles, afin d'orienter les futures procédures de médiation des divorces de la meilleure façon possible. Ces résultats pourraient ensuite être diffusés au public pour informer tous les médiateurs de l'Ontario à aider les familles en adoptant les pratiques d'excellence de la médiation. Cette connaissance et l'utilisation de principes basés sur des pratiques d'excellence fondées sur des preuves peuvent avoir encore plus d'effet sur la satisfaction et le bien-être psychologique des familles concernées.

L'élaboration d'une approche holistique, combinée au processus de médiation, pourrait aussi améliorer grandement les résultats psychologiques des familles concernées. Cela peut être particulièrement avantageux pour les hommes qui divorcent, étant donné qu'ils sont plus susceptibles de souffrir de dépression après le divorce[65] et moins susceptibles de demander de l'aide professionnelle[66]. Les résultats psychologiques devraient être une priorité, car ils peuvent être déterminants pour la trajectoire des parties concernées lors de ce changement majeur dans leur vie qu'est le divorce. Un meilleur état psychologique peut permettre aux parties de demeurer actives dans la société après le divorce, plutôt que d'être entravées par le stress du divorce. Fait à noter, ces résultats psychologiques d'intérêt comprennent les résultats pour les parents et pour les enfants du divorce.

En outre, l'impact psychologique de la médiation pour la dissolution des couples de même sexe exige une analyse plus approfondie.

L'approche holistique peut prévoir un partenariat entre le processus de médiation et les services de soutien aux besoins psychologiques de la famille (stress, dépression et diminution de la capacité de prendre soin de soi à la suite du divorce), aux besoins sociaux (planification financière, aide au déménagement après le divorce), le soutien à la reconfiguration familiale (la rupture du couple vers la coparentalité) et le soutien à la parentalité (compétences parentales, techniques pour une saine communication, connaissance des effets du divorce sur les enfants). Ces services peuvent se présenter sous la forme de conseils individuels, de groupes de soutien psychopédagogiques et de ressources en ligne. La combinaison de ces services avec le processus de médiation peut grandement améliorer la satisfaction des parties et la santé physique et mentale à long terme des parents et des enfants concernés.

En résumé, nous avons besoin d'encore plus de recherche pour prouver ou réfuter que la médiation est utile aux familles qui vivent un divorce de nos jours. Ces résultats pourraient justifier l'aug-

mentation du financement des programmes provinciaux de médiation des divorces en Ontario. Une meilleure connaissance des caractéristiques particulières d'une médiation efficace pourrait en outre offrir aux médiateurs des pratiques d'excellence fondées sur des preuves. De plus, le processus de médiation peut être amélioré davantage par l'intégration d'une approche holistique, qui pourrait comprendre la collaboration avec les services psychosociaux pour aider pendant la transition du divorce. Ces orientations futures pourraient prendre de l'importance, alors que le taux de divorce en Ontario demeure élevé et que la viabilité du système actuel reste insatisfaisante.

Alors que notre monde devient plus complexe, le besoin de services comme la médiation pour aider à gérer les conflits d'une manière moins contradictoire, et moins formaliste, augmente[67]. Le programme de médiation liée aux tribunaux de l'Ontario offre un grand potentiel pour améliorer la satisfaction et le bien-être psychologique des parents et des enfants par rapport aux modes contradictoires traditionnels.

1 Le juge en chef Warren Winkler, « County of Carleton Law Association Annual Institute of Family Law, Remarks by Chief Justice Warren Winkler, April 8, 2011 », Remark (2011), en ligne : Cour d'appel de l'Ontario, <http://www.ontariocourts.ca/coa/en/ps/speeches/2011-Annual-Institute-Family-Law-CCLA.htm> [Winkler] [en anglais seulement].
2 Lene Madsen, « Family Mediation Policy in Practice: A Review of Ontario's New Family Mediation Initiative – Part II », (2013) 32:235 CFLQ 1, 1 (Lexis) [Madsen, « Partie II »] [en anglais seulement].
3 *Ibid.*
4 Lisa Walton, Chris Oliver et Christine Griffin, « Divorce Mediation : The Impact of Mediation on the Psychological Well-being of Children and Parents » (1999) 9:1 J Community Appl Soc 35 [Walton] [en anglais seulement].
5 Le processus traditionnel contradictoire renvoie à un litige dans lequel deux personnes (habituellement des avocats) représentent les positions de leur client devant un juge impartial, qui tente d'établir la vérité dans l'affaire.
6 Winkler, *supra*, note 1.
7 Madsen, « Partie II », *supra*, note 2, 3.
8 Anne Marie Predko et Katie Wood, « Expanding Family Justice Services in Ontario » (présentation donnée au BHC Family Law Institute, le 17 juin 2011) [Predko] [en anglais seulement].
9 Pierre Lefebvre et Phillip Merrigan, « Assessing Family Policy in Canada: A New Deal for Families and Children », en ligne : (2003) 9:5 Choices, paragraphe 15 <http://www.irpp.org/choices> [en anglais seulement].
10 Predko, *supra*, note 8.
11 Lene Madsen, « Family Mediation Policy in Practice: A Review of Ontario's New Family Mediation Initiative – Part II », (2013) 32:235 CFLQ 1, 2 (Lexis) [Madsen, « Partie I »] [en anglais seulement].
12 *Ibid.*
13 *Ibid.*
14 Jay Folberg, Ann L. Milne et Peter Salem, *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques, and Applications* (New York : Guilford Press, 2004), 10 [en anglais seulement].
15 Madsen, « Partie I », *supra*, note 11.
16 *Ibid.*
17 Emily M. Douglas, *Mending Broken Families: Social Policies for Divorced Families* (Lanham, MD : Rowman et Littlefield, 2006) [en anglais seulement].
18 Robert E. Emery, David Sbarra et Tara Grover, « Divorce Mediation: Research and Reflections » (2005) 43:1 Fam Ct Rev 22 [Emery, « Divorce »] [en anglais seulement].
19 *Ibid.*
20 Paul R. Amato, « Research on Divorce: Continuing Trends and New Developments » (2010) 72:3 J Marriage Fam 661 [en anglais seulement].
21 *Ibid.*
22 Sara Symoens et coll. « Breaking Up, Breaking Hearts? Characteristics of the Divorce Process and Well-Being After Divorce » (2013) 54:3 J Divorce Remarriage 177, 178 [Symoens] [en anglais seulement].
23 Walton, *supra*, note 4, 43.
24 Emery, « Divorce », *supra*, note 18.
25 *Ibid.*
26 Jessica Pearson et Nancy Thoennes, « Divorce Mediation Research Results » dans Jay Folberg et Ann Milne, éd., *Divorce Mediation: Theory and Practice* (New York : Guildford Press, 1988) [Pearson] [en anglais seulement].
27 Lori Anne Shaw, « Divorce Mediation Outcome Research: A Meta-Analysis » (2010) 27:4 Conflict Resol Q 447, 448 [Shaw] [en anglais seulement].
28 *Id.*, 463.
29 Emery, « Divorce », *supra*, note 18, 28.
30 *Ibid.*
31 Robert E. Emery, Sheila G. Matthews et Melissa M. Wyer, « Child Custody Mediation and Litigation: Further Evidence of the Differing Views of Mothers and Fathers » (1991) 59:3 J Consult Clin Psychol 410 [Emery, « Child Custody »] [en anglais seulement]; Katherine M. Kitzmann et Robert E. Emery, « Procedural Justice and Parents' Satisfaction in a Field of Study of Child Custody Dispute Resolution » (1993) 17: Law and Human Behavior 553 [en anglais seulement].
32 *Ibid.*
33 *Ibid.*
34 *Ibid.*
35 Emery, « Child Custody », *supra*, note 31; Pearson, *supra*, note 26; Joan B Kelly et Lynn Gigy, « Divorce Mediation: Characteristics of Clients and Outcomes » dans Kenneth Kressel et Dean G. Pruitt, éd., *Mediation Research* (San Francisco: Josse-Bass, 1989), 71 [en anglais seulement].
36 Shaw, *supra*, note 27, 462.
37 Robert E. Emery, *Marriage, Divorce, and Children's Adjustment* (Thousand Oaks, Cal : Sage Publications, 1999) [en anglais seulement]; Robert E. Emery et R. Forehand, « Parental Divorce and Children's Well-Being: A Focus on Resilience » dans R. J Haggerty et coll., éd., *Stress, Risk, and Resilience in Children and Adolescents: Processes, Mechanisms, and Interventions* (Londres : Cambridge University Press, 1994) 64 [en anglais seulement].
38 Elizabeth A. Beck et Charles E. Beck, « Improving Communication in Divorce Mediation » dans Craig Everett, éd., *Divorce Mediation: Perspectives on the Field* (New York : Hawthorn Press, 1985) [Beck] [en anglais seulement]; Michael Benjamin et Howard Irving, « Research in Family Mediation: Review and Implications » (1995) 13:1 Mediation Q 53 [Benjamin] [en anglais seulement]; Joan B. Kelly, « Family Mediation Research: Is There Empirical Support for the Field? » (2004) 22:1-2 Conflict Resol Q 3 [Kelly, « Family »] [en anglais seulement].
39 Jack P. Shonkoff et coll., « The Lifelong Effects of Early Childhood Adversity and Toxic Stress » (2012) 129:1 Pediatr e323 [Shonkoff] [en anglais seulement].
40 Beck, *supra*, note 38.
41 *Ibid.*
42 Benjamin, *supra*, note 38.
43 Madsen, « Partie I », *supra*, note 11, 7.
44 Kelly, « Famille », *supra*, note 38.
45 Shonkoff, *supra*, note 39.
46 Stephen K. Erickson, « The Legal Dimensions of Divorce Mediation » dans Jay Folberg et Ann Ed Milne, éd., *Divorce Mediation: Theory and Practice* (New York : Guildford Press, 1988) [en anglais seulement].
47 *Ibid.*
48 Emery, « Child Custody », *supra*, note 31.
49 *Ibid.*
50 Chris Guthrie et James Levin, « Party Satisfaction Perspective on a Comprehensive Mediation Statute » (1997) 13 Ohio St J, sur Disp Resol 885 [en anglais seulement].
51 Madsen, « Partie I », *supra*, note 11. À noter, les programmes de médiation du Nord de l'Ontario et les programmes des régions à l'est de Belleville ne faisaient pas partie de cette recherche.
52 Sam Margulies et Anya Luchow, « Litigation, Mediation and the Psychology of Divorce » (1992) 20 J Psychiatry et L 483 les programmes des régions à l'est de Belleville.
53 Shaw, *supra*, note 27, 462.
54 *Ibid.*
55 Emery, « Divorce », *supra*, note 18.
56 *Id.*, 34.
57 James A. Wall et Timothy C. Dunne, « Mediation Research: A Current Review » (2012) 28:2 Negotiation J 217, 227 [en anglais seulement].
58 *Id.*, 220.
59 *Id.*, 227.
60 Dan Bilefsky, « How to Avoid Honor Killings in Turkey? Honor Suicide » *New York Times* (16 juillet 2006) [en anglais seulement]; Tal G. Zarankin et James A. Wall, « Israeli and US Community Mediation » (2007) 12: International Negotiation 275 [en anglais seulement]; Edmond Kwam Kouassi, « Negotiation, Mediation and Other Non-Juridical Ways of Managing Conflicts in Pre-Colonial West African Societies » (2008) 13:2 International Negotiations 233 [en anglais seulement]; James A. Wall, Nimet Bericker et Sharon Wu, « Turkish Community Mediation » (2010) 40:8 J Appl Soc Psychol 2019 [en anglais seulement].
61 Emery, « Divorce », *supra*, note 18, 25.
62 Emery, « Child Custody », *supra*, note 31.
63 Madsen, « Partie I », *supra*, note 11.
64 Madsen, « Partie II », *supra*, note 2, 8.
65 Michelle Rotermann, « Marital Breakdown » (2007) 18:2 Health Rep 33 [en anglais seulement].
66 Michael E. Addis et James R. Mahalik, « Men, Masculinity, and the Contexts of Help Seeking » (2003) 58:1 Am Psychol 5, 5 [en anglais seulement].
67 Symoens, *supra*, note 22.

# LA MÉDIATION ET L'ARBITRAGE DANS LE PROCESSUS DE COORDINATION DES TÂCHES PARENTALES :

## LE DÉFI DE L'ARBITRAGE DANS LES RELATIONS DURABLES

CRAIG NEVILLE

Craig Neville est partenaire au cabinet d'avocats de Vancouver de Watson Goepel S.E.N.C.R.L. Sa pratique est exclusivement consacrée au droit de la famille, y compris : le droit collaboratif, la médiation, l'arbitrage et la coordination des tâches parentales. Il est membre du BCAMI, de l'IAMC et de l'AFCC. C'est un ancien président de la Parenting Coordinators Roster Association de Colombie-Britannique.

Cela fait maintenant cinq ans que la Colombie-Britannique fait l'expérience de la coordination des tâches parentales, ce qui nous a permis, parfois à la dure, d'acquérir des connaissances dans ce domaine. La médiation et l'arbitrage d'enjeux parentaux entre de mêmes parties, encore et encore (dans le cadre de contrats d'un an renouvelables), ont eu des effets pédagogiques, tant sur le plan pratique que juridique.

### QU'EST-CE QUE LA COORDINATION DES TÂCHES PARENTALES?

Les *Guidelines for the Practice of Parenting Coordination* [traduction : Lignes directrices pour la pratique de la coordination des tâches parentales], que le Conseil des représentants de l'American Psychological Association (APA) a approuvées en février 2011 en tant que politique, décrivent la pratique de la coordination des tâches parentales comme suit :

> [traduction]
> La coordination des tâches parentales est un processus de règlement des différends non contradictoire, ordonné par un tribunal ou convenu entre des parents divorcés ou séparés qui vivent un cycle constant de conflits ou de litiges importants au sujet de leurs enfants. Le principe sous-jacent de la coordination des tâches parentales est que le coordonnateur, dans son travail auprès de parents dont la relation est très conflictuelle, ainsi que dans sa prise de décision, met toujours l'accent premier sur l'intérêt supérieur de l'enfant. De par sa conception, la coordination des tâches parentales aide les parents à mettre en œuvre et à se conformer à l'ordonnance d'un tribunal ou à un plan parental, permet de prendre des décisions en temps opportun et d'une manière compatible avec les besoins psychologiques et physiologiques des enfants, réduit l'exposition des enfants à des conflits dommageables entre les adultes qui en ont la garde, et enraye le cycle des litiges répétitifs et inutiles sur les enjeux qui concernent les enfants.

Dans un article publié en janvier 2011 dans le *Negotiation Journal* et intitulé « Parenting Coordination: The Risks of a Hybrid Conflict Resolution Process » [traduction : La coordination des tâches parentales : les risques d'un processus hybride de règlement des différends], le Dr Allan E. Barsky (que l'on pourrait décrire comme un sceptique de la coordination des tâches parentales), offre un autre point de vue :

> [traduction]
> La coordination des tâches parentales est un processus de règlement des différends qui allie les fonctions de médiateur, de décideur, de surveillant, d'évaluateur, d'éducateur, de conseiller et d'exécuteur pour les familles impliquées dans des divorces très conflictuels.

Essentiellement, nous mettons à profit nos compétences en médiation et en arbitrage (que nous nommons « **recherche de consensus** » et « **prise de décision** » dans notre langage de coordonnateurs des tâches parentales) pour gérer la mise en œuvre d'un plan parental de parents séparés qui ont « réglé » leurs problèmes parentaux. Nous mettons « réglé » entre guillemets parce que, le plus souvent, nous intervenons alors que la relation demeure très conflictuelle, malgré la création d'un plan parental à la suite d'une entente de séparation ou l'ordonnance d'un tribunal. Le Dr Barsky met l'accent sur les rôles multiples que l'on pourrait présumer être le lot des coordonnateurs des tâches parentales dans leur traitement des problèmes parentaux. En réalité, la pratique en Colombie-Britannique a évolué plus étroitement et nous valorisons notre capacité limitée d'imposer la courtoisie ou d'évaluer l'état psychologique d'un parent. Nous faisons de la surveillance et de la mise en œuvre, de l'éducation, de la médiation, et nous prenons des décisions. Nous sommes appuyés par d'autres professionnels pour conseiller les parents, pour les renseigner en matière de développement de l'enfant, et nous comptons sur les tribunaux pour faire appliquer nos décisions.

### COMMENT FAIT-ON APPEL À NOS SERVICES?

Pour retenir les services de l'un des quelque 30 coordonnateurs des tâches parentales inscrits à notre répertoire, les parents ou, le plus souvent, leurs avocats ou le tribunal, communiquent en général directement avec l'un de nos membres ou visitent notre site Web à *www.bcparentingcoordinators.com* [en anglais seulement]. Les parties concluent une entente de coordination des tâches parentales de six mois à deux ans, afin que nous les aidions à mettre en œuvre de leur plan parental.

Le formulaire standard d'une entente de coordination des tâches parentales utilisé par les membres inscrits à notre répertoire en Colombie-Britannique est un contrat contraignant entre les parents et le coordonnateur. Ce formulaire détaille tous les aspects de la relation professionnelle, y compris :

- la durée de l'entente;
- les détails concernant le rôle et la fonction du coordonnateur des tâches parentales;
- l'engagement de ne pas chercher à recourir de nouveau au tribunal sur les questions relevant de la compétence du coordonnateur des tâches parentales;

- le détail de la portée du travail qui peut être fait par la médiation (recherche de consensus) ou l'arbitrage (prise de décision);
- le travail effectué directement auprès des enfants concernés;
- l'accès aux ressources externes pertinentes, comme des spécialistes de l'enfance;
- les modalités financières.

La **portée de la coordination des tâches parentales** est issue de l'entente de coordination des tâches parentales elle-même et comprend les conditions du travail du coordonnateur auprès des parties, dans ces objectifs :

- aider à la mise en œuvre, au maintien et au suivi d'une entente, d'une ordonnance ou d'une décision écrite concernant les enfants (le « plan parental »);
- régler les conflits prévus ou réels dans l'horaire des enfants;
- clarifier et résoudre les conflits d'interprétation ou les ambiguïtés d'un plan parental, et élaborer de nouvelles dispositions pour traiter de situations imprévues;
- surveiller l'adaptation des enfants au plan parental;
- faciliter la relation entre les enfants et chacun des parents;
- aider les parents à communiquer plus efficacement l'un avec l'autre;
- faciliter l'échange d'informations à propos des enfants et de leurs habitudes;
- aider les parents à élaborer des dispositions pour le transport des vêtements, de l'équipement, des jouets et des objets personnels entre le domicile respectif des parents;
- aider les parents à résoudre leurs différends concernant les responsabilités parentales;
- sous réserve du paragraphe 3.2, ces services supplémentaires : c'est ici que les parents peuvent convenir d'élargir la portée de notre travail pour y inclure d'autres questions, comme les changements aux aliments pour enfant et la participation aux dépenses spéciales des enfants.

C'est un travail ambitieux, mais qui comporte quand même des limites. Le paragraphe 3.2 de nos ententes énonce ce que les coordonnateurs des tâches parentales **ne peuvent pas** faire, soit prendre des décisions contraignantes sur les questions suivantes :

- un changement à la garde d'un enfant;
- un changement dans la répartition des responsabilités parentales;
- l'octroi de temps avec un enfant ou d'un contact avec un enfant à une personne qui n'en a pas déjà;
- une modification substantielle du temps ou des contacts d'un parent avec un enfant;
- le déménagement d'un enfant,
- toute question exclue par l'entente ou par l'ordonnance d'un tribunal;
- toute question qui aurait une incidence sur la division ou la possession d'une propriété ou sur la division des biens familiaux.

Deux éléments revêtent une importance fondamentale pour le travail des coordonnateurs des tâches parentales. Tout d'abord, une fois que les parents ont convenu de la durée de la nomination du coordonnateur, ils ne peuvent pas annuler l'entente ni s'y soustraire, sauf si les deux parents y consentent ou, dans le cas où le coordonnateur est nommé par une ordonnance du tribunal, en demandant l'annulation de l'entente au tribunal. Le coordonnateur des tâches parentales peut résilier l'entente à sa discrétion.

Deuxièmement, les **parties sont tenues de respecter les décisions** écrites du coordonnateur des tâches parentales qui, depuis l'adoption en 2013 de la nouvelle *Family Law Act* [traduction : *Loi sur le droit de la famille*] en Colombie-Britannique, sont **exécutoires en tant qu'ordonnances judiciaires** au moment de leur dépôt au tribunal.

L'article 19 de la *Family Law Act* permet de demander un contrôle judiciaire pour annuler les décisions d'un coordonnateur des tâches parentales, si la Cour juge que le coordonnateur :

(a) a outrepassé sa compétence;
(b) a commis une erreur de droit ou une erreur de droit et de fait.

Il convient de noter que, même si le travail du coordonnateur des tâches parentales est synonyme de médiation et d'arbitrage, ces mots ne sont pas employés, et ce, pour une bonne raison. **En résumé, on n'utilise pas le mot « arbitrage » afin que la *Arbitration Act* [traduction : *Loi sur l'arbitrage*] de la Colombie-Britannique et les obligations qui en découlent ne s'appliquent pas et, comme la coordination des tâches parentales n'est pas confidentielle, il ne s'agit pas d'une « médiation ».** La *Family Law Act* traite de la situation juridique en Colombie-Britannique des coordonnateurs des tâches parentales et de la portée de notre travail. Le *Family Law Regulation* [traduction : *Règlement sur le droit de la famille*] de la Colombie-Britannique établit par ailleurs les limites de notre compétence et les qualifications nécessaires pour faire ce travail.

À ce jour, que ce soit en ce qui concerne des parents qui ont convenu de retenir nos services ou les cas où une partie s'est opposée à la poursuite de nos services à la suite d'une entente initiale volontaire et consensuelle, la question de la compétence n'a pas été soulevée.

Cependant, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est récemment demandé si un tribunal a compétence ou non d'ordonner la nomination d'un coordonnateur des tâches parentales lorsqu'une telle nomination n'est pas consensuelle. Dans l'arrêt *Fleetwood v Percival* BCCA 2014 502, la juge Saunders a émis ces commentaires :

> [traduction]
> (27) Nous sommes tout au début de l'application des dispositions de la Loi en matière de coordination des tâches parentales. Je reconnais que la législation traduit un changement dans l'approche des litiges relatifs aux tâches parentales. En effet, elle donne une approbation législative à plusieurs formes de règlement des différends et à la facilitation, qui offrent le potentiel de réduire les conflits ou d'atténuer le climat litigieux dans les différends qui touchent les enfants. Il est à espérer que l'encouragement législatif aura des effets bénéfiques en général pour l'ensemble des enfants touchés par l'éclatement des familles.
> (28) Toutefois, la législation présente certaines caractéristiques très particulières lorsqu'évaluée par rapport aux principes que sont la liberté contractuelle, la liberté d'association et l'exécution des ordonnances judiciaires.
> (29) Les dispositions invoquées semblent envisager un processus qui ressemble à une injonction, que les tribunaux ont toujours imposée avec prudence. Si je compare ce processus à une injonction, c'est que les dispositions viendraient sanctionner l'ordonnance du tribunal, énoncée au paragraphe 10, qui exige que Mme Fleetwood fournisse une liste de noms pour un processus auquel elle se refuse, et signe des documents, que j'interprète comme un consentement par écrit, sans lequel le coordonnateur des tâches parentales ne peut agir (article 6 du Règlement). Pourtant, ce coordonnateur se situerait en dehors du cadre judiciaire, dans une entente qui lui donne, dans le domaine privé, un pouvoir considérable pour imposer des exigences aux parties et pour prendre des décisions hautement contraignantes pour les parties. Dans le cadre d'une telle entente, le tribunal se trouverait dans les faits à dépenser l'argent des parties pour des services privés, dont les parties n'acceptent pas la nécessité, alors que cet argent pourrait, par exemple, être mieux affecté à des dépenses familiales. En tout respect, je me demande : en vertu de quel principe fondamental le tribunal peut-il exiger qu'une partie paie les servi-

ces d'une personne du secteur privé, sauf dans la mesure où cela est nécessaire dans le cadre du processus judiciaire, en vue d'une détermination définitive relative à une question à trancher, comme remède pour redresser un tort ou en application d'une obligation juridique existante, comme les aliments aux enfants, ou comme sanction? Même si l'article 224 donne au tribunal le pouvoir d'ordonner que les frais engagés soient payés par une seule partie, il ne me semble pas qu'il faille interpréter cet article comme signifiant qu'une telle ordonnance doive être rendue simplement parce que l'une des parties refuse que la nomination se fasse. (33) En posant ces questions, je ne nie pas les avantages qui peuvent découler, dans bien des cas, d'une entente sur la coordination des tâches parentales et de l'esprit de la loi, pas plus que je remets en cause les compétences possibles d'un tel coordonnateur des tâches parentales. Il peut y avoir de bonnes réponses aux questions que j'ai posées, et les juges de première instance aux prises avec les nouvelles dispositions pourront rédiger des ordonnances qui seront sensibles à ces aspects du cadre législatif qui me troublent.

Cette décision soulève des enjeux importants, mais qui ont été soulevés plus d'une fois dans le passé. Dans les affaires familiales, les tribunaux ordonnent régulièrement aux parties (malgré les objections de ces dernières) d'embaucher conjointement des experts, pour de nombreuses raisons, comme l'évaluation d'un commerce, les rapports sur la garde des enfants et les évaluations immobilières. En tout respect, la distinction suggérée, à savoir que les dépenses engagées pour payer un coordonnateur des tâches parentales ne se situent pas « dans le cadre du processus judiciaire », n'en est peut-être pas véritablement une, pour peu qu'elle soit considérée dans le contexte du pouvoir illimité dans le temps des tribunaux sur les enfants, en dépit de la fin du litige. Ainsi, par la *Family Law Act*, les tribunaux exercent un pouvoir illimité dans le temps sur le travail des coordonnateurs des tâches parentales, étant donné le libellé de l'article 19, et le droit de demander le contrôle judiciaire d'une décision du coordonnateur si ce dernier a outrepassé sa compétence ou a commis une erreur de droit ou une erreur de droit et de fait.

Il reste à voir comment cela va se développer, mais les tribunaux inférieurs ont continué d'ordonner la coordination des tâches parentales, même lorsque les parents, un seul ou les deux, s'opposaient à une la nomination d'un coordonnateur.

Il est également intéressant de noter la mention de la Cour concernant les ressources financières nécessaires pour retenir les services d'un coordonnateur des tâches parentales, qui pourraient être mieux affectées à des « dépenses familiales ». Cela est sans doute vrai, mais le choix n'est pas aussi simple : c'est ignorer à quel point les affaires familiales très conflictuelles continuent d'engorger les tribunaux et de gonfler les frais de justice qui accablent les parents, sans améliorer l'accès à la justice.

## QUELLE PERSONNE SENSÉE ACCEPTERAIT DE FAIRE CE TRAVAIL?

Le répertoire des coordonnateurs des tâches parentales en Colombie-Britannique comprend des professionnels en santé mentale et des avocats en droit de la famille spécialement formés. Les critères pour figurer dans ce répertoire et faire ce travail sont rigoureux, et comprennent :

- l'appartenance à un ordre professionnel doté de pouvoirs réglementaires (disciplinaires);
- dix années d'expérience dans la pratique du droit de la famille ou en tant que professionnel en santé mentale dans une pratique de type familiale;
- une formation en médiation;
- une formation en arbitrage;
- une formation sur la violence familiale;
- une connaissance des enjeux du développement de l'enfant;
- une formation sur la théorie des systèmes familiaux et la théorie de l'attachement.

Les défis relatifs aux tâches parentales qui nous sont présentés sont variés, sans être nécessairement complexes. Nous traitons souvent de questions relatives à l'école fréquentée, aux aliments à payer, aux voyages à l'étranger, aux activités à choisir, ainsi qu'aux questions de soins médicaux et dentaires. La complexité de notre rôle tient au degré de conflit, souvent élevé, entre les parents. Il n'est en outre pas rare qu'une relation très conflictuelle, et ce n'est pas par hasard, soit le fait de parents qui présentent plus souvent que la moyenne des caractéristiques associées au trouble de la personnalité limite, narcissique, antisociale ou histrionique.

En conséquence, l'expérience professionnelle demandée à ceux qui souhaitent faire ce travail est vaste et comprend un large éventail de compétences.

## NOTRE MODÈLE DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE

Comme nous l'avons mentionné, la phase de recherche de consensus dans le traitement d'une question n'est pas confidentielle. Ainsi, toutes les informations pertinentes à la question sont prises en compte et doivent être communiquées aux deux parents. Dans ma pratique, lorsqu'un parent soulève une question afin que je l'évalue, la chronologie des événements va généralement comme suit.

1. Je demande immédiatement aux deux parents de me transmettre leurs observations par courriel, avec copie à l'autre parent ou, lorsque les parents sont capables de travailler ensemble, j'organise soit une conférence téléphonique, soit une réunion à trois, afin d'évaluer les possibilités de parvenir à un consensus.
2. Les parties me transmettent leurs observations par courriel sur des enjeux clairement définis et, par la suite, répondent par écrit aux observations de l'autre parent.
3. Chaque parent dispose alors d'un droit de réplique aux questions supplémentaires soulevées par la réponse de l'autre parent.
4. À l'occasion, il peut être utile d'obtenir les commentaires de tierces parties, comme des enseignants, des entraîneurs, des médecins ou des spécialistes du voyage. En règle générale, si je demande de tels commentaires, je communique au téléphone avec la personne, avant de lui envoyer un courriel qui résume ce que j'ai compris de ses propos. Lorsqu'elle confirme que j'ai bien compris, j'envoie les commentaires aux parents et je les invite à y répondre.
5. S'ensuit alors un échange de courriels qui permet d'évaluer les points en commun, de régler les incompréhensions, ou encore de chercher d'autres solutions potentielles. Si cela se produit dans le cadre d'une réunion à trois ou lors d'une conférence téléphonique, le processus peut être beaucoup plus rapide.
6. Si un consensus est atteint, une brève entente écrite est rédigée et signée par les parents.
7. S'il est impossible d'en arriver à un consensus, mon travail en tant que coordonnateur des tâches parentales consiste à annoncer que la question sera « soumise à l'arbitrage ».
8. Je demande aux parents s'il y a, parmi les informations reçues au cours de la phase de recherche de consensus, des informations qu'ils jugent irrecevables pour l'étape de la prise de décision. Il arrive parfois que je doive expliquer la notion d'irrecevabilité, puisque les parents peuvent ne pas savoir ce qui est ou non recevable. Je leur demande ensuite s'ils désirent fournir d'autres preuves à considérer à l'étape de la prise de décision. Le cas échéant, ces éléments sont abordés. Au besoin, de temps à autre, je précise que je crois utile d'obtenir l'avis d'une tierce partie. Je sollicite alors cet avis, dans ma fonction de coordonnateur des tâches parentales. (Typiquement, cet avis aura été demandé à la phase de la recherche de consensus.)
9. Si les parents n'ont aucune autre information à

# FORFAITS DE COMMANDITE

## DANS LE CADRE DE IAMC 2016 - PRD : RÉFLEXIONS ET INNOVATIONS

L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada (L'IAMC) collabore à nouveau avec l'Association canadienne des conseillers(ères) juridiques d'entreprises (ACCJE) à la mise sur pied d'un programme exceptionnel pour notre conférence nationale annuelle. Pour plus de renseignements, visitez : *www.adric.ca/fr*

**JOIGNEZ-VOUS À NOS COMMANDITAIRES DIAMANT : DENTONS ET FTI CONSULTING, AINSI QUE QUELQUES-UNS DES COMMANDITAIRES QUI NOUS OFFRENT UN SOUTIEN ANNUEL :**

Borden Ladner Gervais s.r.l.
Cox & Palmer
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.

**du 13 au 15 octobre 2016**
Toronto, Ontario, Canada
**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-apprové sur la table des matériaux communautaires

**EXCELLENTE VISIBILITÉ ET AUDITOIRE CIBLÉ**

Nous anticipons au-delà de 500 délégués pour IAMC 2016 ! 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 en ligne*, ou communiquez avec Barbara Gilbert, Gestionnaire de programme, *barbara@adric.ca* (poste 107) ou Janet McKay, Directrice générale, *janetmckay@adric.ca* (poste 105) au 1 877 475-4353.

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

fournir, je leur confirme que je suis prêt à entamer le processus de prise de décision et que je vais me consacrer à :

- évaluer les enjeux;
- évaluer si j'ai compétence pour rendre une décision;
- tenir compte des preuves reçues et des principes de justice naturelle;
- rédiger ma décision.

10. La forme de nos décisions écrites indique notamment le contexte pertinent, les questions à trancher, notre compétence pour régler les enjeux, une discussion sur les faits pertinents, la décision elle-même, ainsi que les motifs de la décision.
11. La décision est ensuite transmise aux parents, en général par courrier électronique.

Ce qui rend ce processus assez unique du point de vue de la médiation ou de l'arbitrage est que notre relation avec les parents se poursuit, parfois pendant deux ans à quatre ans, parfois plus. Les répercussions de cette relation durable sur notre prise de décision ne sont pas négligeables. Nous cherchons à encourager la participation soutenue des deux parents. L'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas favorisé si l'un des parents se retire du processus parce qu'il croit qu'on ne l'écoute pas ou parce qu'il a l'impression que le processus est entaché de parti pris. Il est souvent très utile, dans les motifs d'une décision, de montrer que l'on respecte le point de vue du parent qui « perd », en faisant preuve d'empathie par rapport à sa position. Justifier avec soin une décision ou réaffirmer le rôle important des deux parents sont des moyens d'atténuer certaines conséquences émotionnelles d'une décision négative.

## L'ÉQUILIBRE ENTRE LA JUSTICE NATURELLE ET LE MAINTIEN DE L'ENGAGEMENT DES PARTIES DANS LE PROCESSUS

Nos clients nous arrivent souvent après des années de situation très conflictuelle. Ils ont acquis des techniques de plaidoirie uniques et sont très sensibles à l'injustice. La stricte adhésion aux principes de justice naturelle est primordiale.

Dans le travail de coordination des tâches parentales, il est difficile de se prononcer sur la solution à un problème particulier devant les clients avant de connaître tous les éléments pertinents. En effet, chaque problème risque de se terminer par un règlement par décision exécutoire si les parents ne parviennent pas à s'entendre. Si l'un des parents reste sur l'impression que j'ai préjugé du résultat d'un enjeu, ma relation avec lui ou elle peut en souffrir à long terme. En même temps, je veux minimiser le coût de mon travail et je veux que les informations que je reçois de la part des parents soient ciblées et pertinentes. L'un des résultats prévus de ce travail est que, au cours de la première ou de la deuxième année de notre intervention, les parents acquièrent une certaine perspective, mettent une certaine distance entre eux et la procédure litigieuse émotive, et apprennent à communiquer en mettant l'accent sur l'intérêt supérieur des enfants. Nous avons constaté que c'est là l'un des sous-produits importants de notre travail quand il est réussi. À lui seul, le coût de notre travail incite les parents à faire plus d'efforts pour collaborer! Dans ma fonction de coordonnateur des tâches parentales, les questions que je dois traiter sont généralement portées à mon attention par courriel (avec copie à l'autre parent). Souvent, ce courriel camoufle les vrais problèmes sous-jacents parmi des allégations d'injustices historiques, de négligence parentale ou d'inconduite générale d'un parent. Mon expérience m'a démontré qu'il est plus utile pour les parents (et, ultimement, pour leurs enfants) de prendre des mesures pour mettre l'accent immédiatement sur les enjeux que j'ai isolés dans le courriel. Il est également important de rappeler aux parents que notre travail est axé sur l'avenir et sur l'amélioration de leur relation future. Si la tendance à mettre l'accent sur les torts perçus dans le passé n'est pas gérée avec tact et diplomatie, les échanges de courriels peuvent se détériorer rapidement, ce qui n'apporte rien à personne.

Fixer le cadre de l'enjeu pour les parents est un moyen utile de préciser l'objet de la discussion dès le départ. Je prends également soin de rassurer les parents en leur disant que je ne tiendrai compte que des informations pertinentes, et que ces informations ne comprennent pas les allégations non fondées ou les injustices passées sans rapport avec la question.

Un autre outil efficace pour maintenir l'équité du processus aux yeux des deux parties est de leur rappeler que je ne tiens pas compte du ouï-dire, sauf si les observations proviennent des enfants. Expliquer le « ouï-dire » à des parents qui n'ont pas l'expérience des rouages du système judiciaire peut être un exercice amusant. Les avocats en droit de la famille ne seront pas étonnés d'apprendre qu'il est rare que les enfants transmettent le même message à leurs deux parents dans le contexte de la coordination des tâches parentales. Il est essentiel d'avoir des règles pour l'établissement du processus (tant en matière de preuve que de procédure) et la règle du ouï-dire est d'une importance considérable, à la fois du point de vue légal et du point de vue du temps gagné. On pourrait écrire un article entier sur l'éducation donnée aux professionnels en santé mentale qui font ce travail sur les règles de preuve et de procédure, y compris l'admissibilité de la preuve sur le point de vue des enfants. Dans mes décisions, je prends toujours la peine de souligner que je n'ai pas tenu compte du ouï-dire, et j'indique également les « preuves » que j'ai choisi d'ignorer, pour telle ou telle raison.

La gestion des informations dans l'examen d'un litige exige de faire en sorte que chaque parent ait l'occasion de se faire entendre. Pour y arriver, il faut parfois demander à chaque parent de traiter des informations pertinentes, mais subjectives. Le but est d'éviter que l'un ou l'autre puisse prétendre, une fois la décision rendue, qu'un élément important n'a jamais fait l'objet de discussions et ne devrait donc pas avoir été considéré dans la prise de décision.

Dans ma pratique, il arrive qu'un débat complet sur un enjeu exige que je tienne compte de l'avis d'un expert sur un élément en particulier, ou à tout le moins les commentaires d'une tierce partie bien au fait de la question. Voici un exemple récent. Des parents se disputaient à propos de la pertinence de faire donner à leurs filles adolescentes le vaccin contre le virus du papillome humain. Ils ont tous deux commencé en envoyant des dizaines de « recherches » tirées de YouTube et en citant des « experts » qui appuyaient leur position respective. Après avoir souligné les lacunes associées à ce type de « preuve » (et après avoir obtenu l'autorisation de chacun de lire l'ensemble de leurs communications, y compris le ouï-dire), ils ont accepté que je consulte le médecin leurs filles. Les commentaires d'une tierce partie dans ma pratique, que ce soit un médecin, une dentiste, un enseignant, une avocate, un entraîneur de hockey, ou un voisin, suivent tous le même modèle. Je communique avec la personne au téléphone, je lui indique qui je suis et ce que je fais, je lui confirme que ses commentaires seront communiqués aux parents, j'obtiens ses commentaires et je lui envoie un courriel qui répète ce qu'elle m'a dit. Si elle me confirme que le contenu de mon courriel est exact, je l'envoie aux parents et je sollicite leurs commentaires avant d'aller plus loin. (Si la tierce partie désire modifier le courriel, elle peut le faire avant que je l'envoie.)

Ce processus est souvent abrégé dans le temps, dans le cas d'une réunion à trois dans mon bureau ou d'une conférence téléphonique, mais l'approche par courriel est beaucoup plus facile à gérer du point de vue organisationnel, étant donné que le rythme de la discussion peut être difficile à gérer pendant une conférence téléphonique.

Toutes nos décisions sont rendues par écrit, sauf si le temps presse. Dans un tel cas, nous proposons de rédiger la décision à une date ultérieure, si les parents le demandent. Il n'y a rien de magique dans le format. Une décision comprend : le contexte, les questions à trancher, une discussion des preuves, la décision dans un langage clair (comme celui de l'ordonnance d'un tribunal), et les motifs de la décision.

Je pense qu'il est important, pour la poursuite de la relation professionnelle et pour mon désir de respecter l'opinion des deux parents, de commenter le fond de leur position respective (ce qui nécessite parfois une certaine créativité). Cela peut signifier souligner qu'il s'agit d'une décision difficile, et rappeler le fait que des parents respectueux peuvent être en désaccord sur ce qu'il y a mieux pour leurs enfants. La discussion de la preuve doit présenter les points saillants de ce que chaque parent a exprimé, afin que les deux sachent que je les ai entendus, et les motifs doivent clairement expliquer les raisons de la décision. À travers toute cette philosophie de la prise de décision se tisse la nécessité de respecter les commentaires des deux parents et de faire en sorte que ni l'un ni l'autre ne se sente diminué en tant que parent.

Une fois que nos services ont été retenus, il est rare que les avocats ou les anciens avocats des parents interviennent dans notre travail. Par conséquent, la responsabilité d'évaluer le respect des principes de justice naturelle est presque toujours laissée aux soins du coordonnateur des tâches parentales. Bien que les principes de justice naturelle soient essentiels à notre travail, les enjeux traités au quotidien par les coordonnateurs des tâches parentales exigent rarement l'examen détaillé d'une preuve volumineuse. Voilà donc quelques-unes des solutions pratiques qui ont évolué dans notre pratique de coordination des tâches parentales. Elles garantissent que les principes de justice naturelle sont respectés lorsque nous tentons d'offrir un accès à la justice relativement rapide et peu coûteux à l'aide du modèle de la médiation et de l'arbitrage. Nous avons nos moments.

**ET LE COÛT DE TOUT CELA?**

Ça dépend! Nos coordonnateurs des tâches parentales qui sont avocats facturent de 300 $ à 400 $ l'heure et les professionnels en santé mentale facturent généralement de 175 $ à 300 $ l'heure. Beaucoup d'entre nous facturent moins que nos honoraires habituels pour ces services. Le coût réel pour les parents est une combinaison de deux facteurs prépondérants. Le premier de ces facteurs est le degré constant du conflit entre les parents, qu'ils introduisent dans le processus, et qui peut être extrême. La plupart des parents qui s'inscrivent dans cette catégorie ne peuvent pas se réunir en raison d'une ordonnance de « non-communication », ou refusent tout simplement d'être dans une même pièce... Par conséquent, le temps passé à la résolution de problèmes peut être significativement plus important en fonction du degré de conflit entre les parents.

Le deuxième facteur est le niveau de détail du plan parental (qu'il soit sous la forme d'une ordonnance du tribunal ou d'une entente de séparation). Moins le plan parental est détaillé, plus il y a risque de conflit entre les parents. Au minimum, le coordonnateur des tâches parentales peut passer du temps considérable à combler les lacunes du plan et, essentiellement, à aider les parents à concevoir les détails d'un plan parental.

Il ne m'est pas rare de voir des ordonnances du tribunal qui prévoient « la garde conjointe et le partage des responsabilités parentales », « une semaine sur deux », « toutes les vacances étant partagées à parts égales ». « Dans le cas où les parties ne peuvent s'entendre, le coordonnateur des tâches parentales devra résoudre le différend. » Dans une telle situation, les parents n'ont pas besoin de faire preuve de beaucoup d'imagination pour entrer en conflit, s'ils sont motivés à le faire. Malgré tout, même si un plus haut niveau de détails est préférable dans un plan parental, cela ne garantit pas un mandat tranquille pour le coordonnateur des tâches parentales.

Je communique avec certains parents toutes les semaines. À l'inverse, d'autres parents ne m'appellent qu'une ou deux fois par année, pour gérer des questions difficiles qu'ils ne parviennent pas à résoudre malgré tous leurs efforts.

Pour le règlement des problèmes qui relèvent de notre compétence, le processus est plus rapide que le tribunal. Nous sommes à un courriel près. Les parents font affaire avec un professionnel qui a appris à les connaître et, dans une certaine mesure, à connaître leurs enfants. Comme les avocats n'interviennent pas, le processus est généralement moins coûteux qu'un litige devant le tribunal, même si les parents « paient pour le juge ». Aucun problème n'est trop petit pour être réglé par ce processus. Les parents paient généralement les honoraires du coordonnateur des tâches parentales en fonction de leur revenu respectif, ce qui réduit la probabilité d'un déséquilibre des pouvoirs en raison de la capacité financière. Par exemple, si l'un des parents gagne 100 000 $ par année et que l'autre en gagne 50 000 $, le parent ayant le revenu plus élevé paie les deux tiers du coût et de l'autre parent en paie le tiers. Il y a des économies à faire en partageant le coût d'un décideur, comparativement au fait de payer deux avocats et les frais associés à leurs services pour gérer les mêmes problèmes. Tous ces facteurs contribuent à faire du processus de coordination des tâches parentales une option d'« accès à la justice » attrayante, malgré les coûts potentiels.

Nos ententes de coordination des tâches parentales prévoient des provisions d'honoraires et des dépôts de garantie. Les provisions d'honoraires sont pour le travail courant et sont complétées de temps à autre pendant l'année. Les dépôts de garantie visent le compte définitif à la fin de la nomination, ou au cas où une personne tente de contrecarrer le processus en refusant de payer. Lorsque les comptes sont contestés ou impayés en Colombie-Britannique, le litige est entendu devant la Cour des petites créances.

**ALORS, COMBIEN ÇA COÛTE? ÇA DÉPEND.**

Les membres inscrits au répertoire des coordonnateurs des tâches parentales croient que ce modèle est l'une des innovations les plus importantes en droit de la famille à survenir depuis longtemps. Le coordonnateur des tâches parentales apprend à mieux connaître la famille au fil du temps, ce qui accroît sa capacité à établir ce qui est dans l'intérêt supérieur des enfants et des parents. Le processus n'est pas nécessairement bon marché, mais il offre un accès rapide à la justice et une plus grande équité lorsque les coûts sont partagés en fonction du revenu des parents.


## 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.
*https://adrcanada.secure.force.com/UserSubscribePage*

# PRIX D'EXCELLENCE À LA MÉMOIRE DE LIONEL J. MCGOWAN — DEMANDE DES NOMINATIONS POUR 2016

## 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 Toronto, Ontario, du 13 au 15 octobre 2016. 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 2 septembre 2016.*** *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 405
Toronto (Ontario) M4P 1K5
Téléc. : 416-487-4429 admin@adric.ca

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

# 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

BD&P Burnet, Duckworth & Palmer LLP Law Firm

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

DENTONS

GOWLING WLG

IBC BAC

Imperial

*Ismaili Conciliation and Arbitration Board of Canada*

NORTON ROSE FULBRIGHT

OSLER Osler, Hoskin & Harcourt LLP

ROSE LLP

*Shell Canada Limited*

# 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)

### 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)

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

www.adric.ca

## VOTRE SOCIÉTÉ RÉGIONALE AFFILIÉE VOUS OFFRE DE NOMBREUX AVANTAGES ET VOUS DONNE AUTOMATIQUEMENT LE DROIT D'ÊTRE MEMBRE DE L'IAMC.

Pour de plus amples renseignements au sujet de l'adhésion et des différentes catégories, visitez le site Web de votre société régionale affiliée.
Vous trouverez les adresses ici :
*http://adric.ca/fr/about-adr/affiliates/*

# AVANTAGES D'ÊTRE MEMBRE DE L'IAMC

**Devenez membre de la société affiliée dans votre région et vous profiterez des avantages suivants à l'échelle nationale :**

- L'**affichage gratuit de votre profil sur « Se connecter à la PRD »**, la base de données centrale grâce à laquelle les utilisateurs de services de PRD pourront vous joindre.
- **Une couverture d'assurance de responsabilité civile de premier choix extrêmement concurrentielle** (correspond au coût de l'adhésion à lui seul!).
- L'**utilisation du portail à l'intention des membres** avec accès en ligne à des produits spéciaux, des outils de soutien marketing, des documents et de l'information, des webinaires enregistrés et un centre où vous pouvez vous inscrire à des événements avec des rabais pour les membres.
- **De l'information importante mise à jour,** incluant la livraison électronique du ***JOURNAL d'Arbitrage et de Médiation Canadien*** deux fois par an et de ***Perspectives PRD*** six fois par an.
- **L'accès gratuit aux webinaires des réunions des sections d'intérêt spécial,** par l'entremise de notre société affiliée de l'Ontario, une ou deux soirées par semaine de 17 h 45 à 19 h 30 (HE). Les thèmes abordés sont les suivants : l'arbitrage familial, la facilitation, le milieu de travail, l'assurance, la construction, les conflits d'intérêts, le domaine commercial, la justice réparatrice, la médiation dans le domaine de la succession, etc.
- **Des rabais accordés aux membres relativement aux activités de perfectionnement professionnel,** dont **la Conférence nationale de l'IAMC**.
- **Le droit d'utiliser le logo de l'institut** sur vos cartes professionnelles, dans vos en-têtes de courrier, sur votre site Web et d'autres supports marketing pour faire valoir votre crédibilité en montrant que vous êtes membre d'un organisme reconnu et crédible.
- **Des possibilités de sélection et d'emploi** offertes exclusivement aux membres de l'IAMC.
- **Des avis d'emploi et débouchés particuliers communiqués** exclusivement aux membres de l'IAMC.
- L'accès aux **titres de membres agréés et brevetés** reconnus à l'échelle nationale et internationale (Méd.A et Arb.A, Méd.B et Arb.B).
- **Des rabais spéciaux sur les produits et services relatifs à votre pratique tels que :** le logiciel de gestion de cas en utilisation en infonuagique **« Mediate to Go! »**; **« PAYD »** et **« Square »** – des modes de remplacement aux paiements en espèces ou par chèque pour vos clients; assurance **Economical Select** pour auto et hébergement; et bien d'autres.

ADR Institute of Canada

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

ARBITRAGE. MÉDIATION. RÉSOLUTION.

ARBITRATION. MEDIATION. RESOLUTION.


**INSTITUT D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION DU CANADA, INC.**
**ADR INSTITUTE OF CANADA, INC.**
Suite 405, 234 Eglinton Avenue East
Toronto, ON (Canada) M4P 1K5
1-877-475-4353
416-487-4733
416-487-4429
*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
1-855-487-4429
*info@adrsaskatchewan.ca*
*www.ardsaskatchewan.ca*

### MAN. / MB

**ADR INSTITUTE OF MANITOBA INC.**
1-877-489-7452
1-855-487-4429
*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
*admin@adrontario.ca*
*www.adrontario.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*