Vol. 27, N° 1 Printemps/Eté 2018

# 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

## DANS CE NUMÉRO

Message du président ..... 4
**Me Thierry Bériault, Méd.A, D.PRD, LL.L**

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

Qu'est-ce que la négociation et la médiation de bonne foi? ..... 9
**Diane Mainville, médiatrice agréée, CPA-CA, CTPC**

Félicitations à nos nouveaux titulaires! ..... 16

Retenue judiciaire et déférence, révision arbitrale et jurisprudence. ..... 17
**James Plotkin, LL. L., J.D., LL. M.**

Prix McGowan d'excellence en règlement des différends - appel de mises en candidature pour 2018 ..... 31

La dissidence en arbitrage international au Canada ..... 32
**Me René Cadieux**

Le temps est venu de faire appel aux arbitres ..... 40
**L'honorable Roger T. Hughes (juge retraité)**

*Heller c. Uber Technologies inc.* : en apprendre davantage sur l'arbitrage et les recours collectifs ..... 43
**Christina Porretta et Michael D. Schafler, Arb.B**

**AUTEUR : JAMES PLOTKIN, LL. L., J.D., LL. M.**
Retenue judiciaire et déférence, révision arbitrale et jurisprudence : Pourquoi les tribunaux au Canada devraient exercer une très grande déférence en révision judiciaire envers les sentences arbitrales commerciales
- *Voir la page 17*

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

## NOUVELLES ET ÉVÉNEMENTS

PAGE 3 - CONFÉRENCE IAMC 2018 - 21 AU 23 NOVEMBRE 2018
PAGE 31 - PRIX MCGOWAN - APPEL DE MISES EN CANDIDATURE
PAGE 16 - NOUVEAUX TITULAIRES DE DÉSIGNATIONS
PAGE 42 - NOUVEAU GUIDE SUR L'ACCESSIBILITÉ DES PERSONNES HANDICAPÉES

VOL. 27, Nº 1
PRINTEMPS/ETÉ 2018

L'une des 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, avenue Eglinton est, bureau 407
Toronto (Ontario) M4P 1K5
416-487-4733
1-877-475-4353
416-901-4736
*journal@adric.ca*
*www.adric.ca/fr*

**Directrice générale / Executive Director**
Janet McKay

**Coordonnatrice du JOURNAL / JOURNAL Coordinator**
Brenda Lesperance

**Comité de rédaction / Editorial Board**
Genevieve A. Chornenki, LL.M. (ADR), C.Arb, C.Med, Toronto
Stephen L. Drymer, Woods LLP, Montreal
Eva Malisius, MA, PhD, Royal Roads University, Victoria
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 an par l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada Inc. ©2018. 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. ©2018. 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.

**S'ABONNER / SUBSCRIBE:**
http://adric.ca/fr/communication-preferences/

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

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

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

# QUI SOMMES-NOUS?

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

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

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

## CONSEIL D'ADMINISTRATION 2017-2018

**EXECUTIF**

**Thierry Bériault, Méd.A, LL.L, D.PRD**
Président et Administrateur / Représentant de filiale – IMAQ, Québ.

**M. Scott Siemens, Méd.A, FICB, B.Comm**
Ancien président et Administrateur / Représentant de filiale – ADRSK, Sask.

**Laura Bruneau, BA, LL.B, CMC**
Vice-Présidente, Présidente-Élue et Représentante corporatif – Bruneau Group, Ottawa, Ont.

**Andrew (Andy) D. Butt, Méd.A, Arb.B**
Vice-Président et Administrateur / Représentant de filiale – ADRAI, Provinces de l'Atlantique

**Jim McCartney, LL.B, BA, Méd.A, Arb.A**
Vice-Président et Administrateur général – Calgary, Alb.

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

**ADMINISTRATEURS**

**Sara Ahlstrom, Méd.A**
Administratrice / Représentante corporatif – Dispute Resolution Services, Alberta Municipal Affairs, Edmonton, Alb.

**Naïm-Alexandre Antaki**
Administrateur / Représentant corporatif – Gowlings, Montréal, Québ.

**Anne Gottlieb, Hons. B.A., LL.B, LL.M**
Administratrice / Représentante de filiale – ADRIO, Ont.

**William J. (Bill) Hartnett, c.r, LL.B**
Administrateur général – Toronto, Ont.

**Wendy Hassen, Méd.A**
Administratrice / Représentante de filiale – ADRIA, Alb.

**Allison Kuntz**
Administratrice / Représentante corporatif – Norton Rose Fulbright, Calgary, Alb.

**Michelle T. Maniago, BA, LL.B**
Administratrice / Représentante corporatif – Borden Ladner Gervais LLP, Vancouver, C.-B.

**P. David McCutcheon, LL.B., Arb.A (Fellow)**
Ancien président /Administrateur général – Toronto, Ont.

**James (Jim) Musgrave, c.r, Méd.A, Arb.B**
Ancien président / Représentant corporatif – Cox & Palmer, Halifax, N.-E.

**Michael Schafler, Arb.A**
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.

**Elton Simoes, Arb.B**
Administrateur / Représentant de filiale – ADRBC, C.-B.

**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
Bruneau Group
Burnet, Duckworth & Palmer LLP
Canadian Institute for Conflict Resolution
Cox & Palmer
Dentons Canada LLP
DLA Piper
Environmental Appeals Board
Graham Group Ltd.
Gowling WLG
Ismaili Conciliation and Arbitration Board of Canada
Imperial Oil Ltd.
Insurance Bureau of Canada
McInnes Cooper
Norton Rose Fulbright Canada LLP
Osler, Hoskin & Harcourt LLP
Rose LLP
Shell Canada Limited
Stewart McKelvey LLP

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

## IAMC 2018 : CONFÉRENCE NATIONALE ANNUELLE

La conférence IAMC 2018 attirera à Montréal les personnes engagées dans le règlement des différends au Canada et ailleurs : **joignez-vous à elles.**

Participez au principal évènement de PRD du Canada !

**INSCRIVEZ-VOUS TÔT ET PROFITER DES TARIFS RÉDUITS !**

L'évènement de PRD le plus prestigieux et important au Canada®

**DU 21 AU 23 NOVEMBRE 2018**

MONTRÉAL

Venez apprendre, échanger, et retrouver l'énergie de l'émulation!

**RENDEZ-VOUS À MONTRÉAL À LA CONFÉRENCE IAMC 2018!**

### TANT DE BONNES RAISONS d'y assister!

- Des conférenciers captivants et expérimentés;
- Des sujets passionnants liés à l'arbitrage commercial, à la médiation commerciale et à l'arbitrage international, plusieurs thèmes associés à la médiation, notamment familiale et en milieu de travail, et d'autres sujets spécialisés d'intérêt, comme les questions autochtones, la construction, d'autres processus de PRD, la justice réparatrice, etc.;
- Des occasions améliorées de réseautage : pauses prolongées et cocktail;
- Des exposants spécialisés du secteur;
- Des crédits de formation professionnelle (CFP) de tous les barreaux du pays et des points du programme Formation continue et participation (FCP) de l'IAMC;
- Plus le(s) atelier(s) de pré-conférence du mercredi 21 novembre.

**LIEU :** Hôtel Bonaventure Montréal, 900, rue de la Gauchetière Ouest, Montréal (Québec). Réservations en ligne : *bit.ly/2jJjLMD*
Sans frais : 1 800 267-2575 / Appel local : 514 878-2332
Tarif de groupe (réduit) pour l'IAMC : 179 $ par nuitée (offert jusqu'au 22 octobre 2018 ou jusqu'à ce que toutes les chambres retenues aient été réservées – faites vos réservations tôt)
**RABAIS SUR LE VOYAGE :** WestJet, Porter et VIA Rail – consultez la page *mbr.adric.ca/adric2018* pour des précisions et les renseignements les plus récents.

### TÉMOIGNAGES sur des séances de la conférence de 2017

- *Énormément de matière à réflexion. (Allison Schmidt)*
- *J'aurais voulu que la séance dure plus longtemps. J'aurais pu y participer pendant deux jours. Vraiment instructive! (Sam Sele)*
- *Une excellente vue d'ensemble composée de renseignements utiles et d'expériences pratiques, sans compter quelques précieux conseils... (Peter Bruer)*
- *J'ai vraiment apprécié les interactions. J'ai pu approfondir mon approche de ma spécialité. (Andrew Butt)*
- *Un sujet actuel – qui intéresse tous les secteurs et tous les rôles – traité de façon pratique et vivante, avec des exemples pertinents. (May Jolliffe)*
- *Séance captivante! Je suis si heureuse d'avoir pu y assister. (Nancy Burton)*

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

Rejoignez des professionnels de grande expertise et des consommateurs de services d'arbitrage et de médiation les plus avertis.

# MESSAGE DU PRÉSIDENT

## Déjà neuf mois à la présidence de l'IAMC… les membres de nos comités de travail, notre directrice exécutive, mes collègues du conseil d'administration et moi-même n'avons pas chômé!

Me THIERRY BÉRIAULT, MÉD.A, D.PRD, LL.L

Me Thierry Bériault est médiateur agréé et avocat. Il est régulièrement mandaté dans des dossiers complexes où se trouvent des aspects relationnels, organisationnels, politiques ou financiers importants. Il est un spécialiste des processus de médiation, qu'il enseigne dans plusieurs universités au Canada, en Europe et en Afrique.

**PLAN STRATÉGIQUE 2019-2022**

Comme organisation, nous devons prendre acte que l'univers de la prévention et du règlement des différends (PRD) évolue constamment, ainsi que du fait que les besoins de nos membres, des utilisateurs de services en PRD, de nos partenaires et de la société en général changent. Un changement de paradigme important s'effectue présentement au Canada quant au rapport des citoyens, des entreprises et de l'État avec la Justice.

Pour faire face à cette nouvelle réalité et aux défis à venir, notre conseil d'administration a débuté un processus de planification stratégique, afin de définir nos orientations pour les trois prochaines années, soit de 2019 à 2022. Nous avons identifié cinq (5) orientations primordiales :

- Renforcer la position de l'IAMC comme première organisation pancanadienne faisant la promotion du développement et de l'utilisation de la médiation, de l'arbitrage et d'autres processus de PRD;
- Faire croître la Fédération (les affiliés et l'IAMC) et en améliorer le fonctionnement;
- Renforcer la gouvernance, les infrastructures et les processus internes de l'IAMC;
- Assurer la viabilité financière de l'IAMC et accompagner les autres membres de la Fédération (affiliés) vers cet objectif;
- Augmenter la plus-value de l'IAMC auprès de nos membres et des parties prenantes de notre organisation.

En s'inspirant de ces cinq orientations, un plan d'action intérimaire a été mis en place en janvier 2018 par notre Directrice Exécutive, Janet McKay, afin de mettre en œuvre ces orientations. Une fois l'exercice de planification stratégique terminé, ce plan d'action sera révisé et actualisé pour qu'il soit en conformité avec les stratégies qui définiront la voie que nous suivrons entre 2019 et 2022.

**CONFÉRENCE NATIONALE ANNUELLE – 21 AU 23 NOVEMBRE À MONTRÉAL**

Les préparatifs pour notre conférence annuelle vont bon train. Cette année nous nous retrouverons tous à Montréal pour ce rendez-vous unique au Canada où vous pourrez acquérir des connaissances des plus utiles tout en réseautant avec les utilisateurs, les professionnels et les spécialistes de la médiation, de l'arbitrage et des autres modes de prévention et de résolution des différends (PRD). Il reste encore quelques opportunités de commandite et la possibilité d'agir à titre de conférencier. Je vous suggère d'exprimer votre intérêt sans tarder. Visitez la section «conférence» sur notre site *ADRIC.ca* pour plus de détails.

**NOS JEUNES, NOTRE AVENIR, UNE STRATÉGIE!**

L'an dernier, ma collègue et administratrice corporative, Michelle Maniago (Colombie-Britannique/BLG), a rédigé un rapport remarquable portant sur les défis auxquels sont confrontés les professionnels de moins de 40 ans souhaitant développer une pratique en médiation et en arbitrage. À la suite du dépôt de ce rapport, le conseil d'administration de l'IAMC a créé le *Forum M40* qui vise à poursuivre le travail d'analyse de la situation, ainsi qu'à proposer des stratégies pancanadiennes pour soutenir et accompagner les professionnels de moins de 40 ans qui souhaitent pratiquer activement un mode de PRD. Ce comité est formé de représentants de l'IAMC et de ses affiliés, ainsi que de représentants de nos membres corporatifs. Soutenons le *Forum M40* et appuyons nos jeunes membres pour qu'ils connaissent du succès!

**NOTRE ASSOCIATION NATIONALE**

Les 2 000 membres de l'IAMC résident et pratiquent leur profession dans toutes les régions du Canada. Cela ne serait possible sans nos liens fédératifs avec chacun des sept instituts provinciaux : Institut de médiation et d'arbitrage de l'Atlantique (IMAA), Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ), ADR Institute of Ontario (ADRIO), ADR Institute of Manitoba (ADRIM), ADR Institute of Saskatchewan (ADRSK), ADR Institute of Alberta (ADRIA) et ADR Institute of British Columbia (ADRBC). Afin d'actuali-

ser ces liens et améliorer l'efficacité de nos relations mutuelles, un exercice de renouvellement des ententes entre chacun de ces instituts et l'IAMC a été entrepris. Récemment, la *Table ronde des présidents* a nommé Stan Galbraith (Alberta) pour faciliter les discussions visant à finaliser une entente-cadre commune, d'ici la fin du mois de juin 2018. Cette entente-cadre sera ensuite soumise à chacun des conseils d'administrations des partenaires pour ratification. Michael Schafler (Ontario/Dentons) et William Hartnett (Ontario) ont été mandatés pour représenter l'IAMC à la négociation.

L'IAMC, ce sont aussi des entreprises, des organisations et des firmes professionnelles pancanadiennes dont les représentants s'impliquent activement dans nos comités et activités. Sans eux, nous n'aurions pu croître et développer nos programmes. Années après années, ils ont supporté financièrement des initiatives nationales et notre conférence annuelle pour nous permettre de mieux servir nos membres ainsi que les entreprises et citoyens canadiens. En 2017, les co-présidents du comité *Marketing & Member Resources*, William Hartnett (Ontario) et Jim McCartney (Alberta) ont développé une campagne de recrutement pour accueillir de nouveaux membres corporatifs. Pour que cette campagne soit un succès, nous avons besoin de votre aide. Vous trouverez au lien suivant un message que vous pourrez transmettre à votre réseau pour les solliciter, ainsi que toutes les informations pertinentes : *http://adric.ca/fr/resources/join-us/corporate-membership/*

**PROGRAMME NATIONAL DE FORMATION**

Le *Arbitrators Institute Foundation* a octroyé une subvention qui financera l'embauche d'une coordonnatrice au Programme national de formation, et ce, de 2018 à 2020. Cette subvention nous permettra d'augmenter le support aux opérations quotidiennes du programme, d'améliorer nos processus, ainsi que d'enrichir les formations existantes et les développer à leur plein potentiel. De plus, afin de remplir la mission de l'IAMC, cette nouvelle ressource analysera aussi de nouvelles opportunités pour susciter des formations nationales, développer de nouveaux produits et des webinaires en lien avec les modes de PRD. Nous travaillerons en étroite collaboration avec les instituts provinciaux pour créer des synergies et nous assurer que le Programme national d'éducation soit dans le meilleur intérêt de nos membres et de la fédération.

Nous souhaitons nous assurer que les membres de l'IAMC bénéficient des meilleures formations possibles, tout en assurant aux utilisateurs que les détenteurs de nos désignations nationales possèdent les plus hautes compétences au pays.

**DE NOUVEAUX AVANTAGES**

Notre directrice générale, Janet McKay, a négocié de nouveaux avantages pour les membres accrédité de l'IAMC : nous avons maintenant un « tarif employé » pour le forfait de téléphonie *Rogers* « Partagez tout ». Il suffit de contacter notre service aux membres pour que ce tarif s'applique à votre forfait. Nous avons également collaboré avec *Thomson Reuters / Éditions Yvon Blais* pour obtenir un rabais de 20% sur des centaines de publications en PRD et dans le domaine juridique! Bénéficiez de ce précieux avantage - vous trouverez le code de réduction dans le *Portail en ligne de l'IAMC*. Restez à l'écoute pour de nombreux nouveaux avantages, car nous travaillons sans relâche afin que votre adhésion à l'IAMC puisse vous apporter une plus-value intéressante !

**IMPLIQUEZ-VOUS!**

Près d'une centaine de bénévoles s'impliquent dans nos comités et activités afin de mener à bien notre mission. Certains comités et groupes de travail spéciaux souhaiteraient que vous vous joigniez à eux :

- Comités liés au Programme national de formation:
- Développement de la formation
- Accréditation des formations
- Formation nationale en arbitrage
- Groupe de travail sur la résolution des différends en ligne (RDL/ODR)
- Groupe de travail sur les règles de médiation (mise à jour des règles et des lignes directrices en matière de médiation)

Si vous avez un intérêt, veuillez transmettre un courriel à notre directrice exécutive, Janet McKay, en indiquant le nom du comité ou groupe de travail duquel vous aimeriez devenir membre et comment votre expérience ou vos compétences pourraient être bénéfiques pour leurs travaux. Veuillez également mettre le président de votre institut provincial en copie conforme afin qu'il reste dans la boucle !

Je vous invite à continuer à vous impliquer au sein de votre institut national tout comme auprès de votre affilié régional. Sans votre aide, votre support et votre implication, nous ne pourrions connaître le succès que nous avons eu et que nous souhaitons maintenir afin d'assurer un développement de la médiation et de l'arbitrage partout au Canada.

En espérant pouvoir vous rencontrer lors de nos prochaines activités!

*Me THIERRY BÉRIAULT, MÉD.A, D.PRD, LL.L*
*PRESIDENT@ADRIC.CA*

# MOT DU RÉDACTEUR EN CHEF

Une décision récente de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique devrait soulever des inquiétudes chez tous les spécialistes en arbitrage qui souhaitent voir l'arbitrage se répandre pour devenir le mode privilégié de règlement des différends. Le jugement *Hunt v. The Owners, Strata Plan LMS 2556*, 2018 BCCA 159, ne donne lieu à aucun sujet d'inquiétude quant à l'analyse ou à la décision de la Cour elle-même. Au contraire, la décision de la Cour est exemplaire et mérite des éloges sous tous les rapports. Ce sont les faits de la cause qui devraient éveiller des craintes.

WILLIAM G. HORTON, FCIARB, ARB.A
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/*

Les Hunt, en tant que propriétaires d'une unité condominiale, ont pris l'initiative d'un arbitrage avec l'association condominiale en raison de leurs préoccupations au sujet de l'installation proposée d'une unité de chauffage, ventilation et climatisation (CVC), qui selon eux nuirait à la jouissance de leur propriété et violerait les règlements administratifs. Alors que les Hunt préféraient une audience arbitrale de un jour devant un seul arbitre, l'association condominiale a insisté pour obtenir une audience de quatre jours devant une formation d'arbitrage composée de trois personnes. Les Hunt ont perdu l'arbitrage et ont reçu l'ordre de payer des coûts.

En examinant le dossier de l'avocat de l'association condominiale dans le cadre de l'évaluation des coûts, les Hunt ont découvert que l'avocat avait fait quatre communications privées aux arbitres au cours de la procédure d'arbitrage. Ces communications comprennent des communications distinctes à chacun des trois membres du tribunal d'arbitrage. Trois des communications ont eu lieu après la nomination du président du tribunal. L'une des communications s'adressait au président. Ces communications étaient liées à la mise en œuvre des préférences de l'association condominiale en matière de conduite de l'arbitrage, y compris la durée de l'audience, l'option de la médiation et les conditions possibles d'une solution par la médiation. Ces communications n'avaient pas été divulguées précédemment aux Hunt.

Les Hunt ont fait une requête en révision pour casser l'arbitrage au complet sur la base d'une injustice procédurale et d'une crainte raisonnable de partialité due aux communications *ex parte*. Le juge en cabinet qui a entendu la requête a accepté l'argument selon lequel les communications *ex parte* ne causaient pas de préjudice aux Hunt et donc ne suscitaient pas de crainte rais onnable de partialité. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a cassé cette décision et a annulé la sentence arbitrale.

Dans le jugement unanime de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la juge Griffin a fait, entre autres, les observations [traductions] suivantes :

[99] Des conversations privées entre un arbitre et l'une des parties au différend n'ont pas nécessairement à porter sur le fond du différend ou sur la preuve pour que l'arbitre soit récusé.

[…]

[105] En plus de l'importante question du nombre d'arbitres, les communications privées de [l'avocat] aux arbitres ont abordé la possibilité d'une médiation, notamment la proposition de médiation de l'association condominiale, et ont impliqué que les autres propriétaires assumaient les coûts de l'arbitrage. […] il ne s'agit pas de questions futiles.

[…]

[108] Mais ce qui est le plus révélateur est l'admission par l'association condominiale dans son mémoire que [l'arbitre nommé par l'association condominiale] était considéré comme son candidat. Ce choix de mots est possessoire. Il suppose l'attente

que [l'arbitre nommé par l'association condominiale], puisqu'il est son candidat, montre une certaine loyauté envers l'association condominiale et soit plus réceptif à son point de vue.

[…]

[113] La présomption par l'association condominiale que [l'arbitre nommé par l'association condominiale], à titre de candidat de l'association condominiale, peut participer à des conversations privées avec [l'avocat de l'association condominiale] va à l'encontre de l'impartialité attendue des arbitres.

[…]

[117] Les manœuvres de couloirs de l'association condominiale et son attente que [l'arbitre nommé par l'association condominiale], puisqu'il est son candidat, soit influencé par le résultat que souhaite l'association condominiale détruisent malheureusement toute apparence de neutralité judiciaire ou quasi judiciaire. Le fait que ni [l'avocat de l'association condominiale] ni [l'arbitre nommé par l'association condominiale] n'a divulgué la communication, et que [l'arbitre nommé par l'association condominiale] n'a pas déclaré à [l'avocat de l'association condominiale] que ce type de communication était inapproprié, aggrave le problème.

[…]

[121] Voici les messages exprès ou implicites sur la médiation transmis par les communications *ex parte* de [l'avocat de l'association condominiale] aux arbitres :

*a*) L'association condominiale est raisonnable et disposée à envisager la médiation et même à faire une proposition raisonnable de médiation. Logiquement, ce message peut amener les arbitres, qui n'entendent pas le point de vue des Hunt, à l'inférence que la seule raison pour laquelle la question n'est pas réglée est que les Hunt sont déraisonnables.

*b*) Tous les autres propriétaires ont appuyé la position de l'association condominiale relativement à l'arbitrage et étaient prêts à financer la formation d'arbitrage de trois personnes. Encore une fois, ce message peut amener les arbitres à l'inférence que les Hunt sont la partie déraisonnable.

*c*) Les arbitres étaient à l'aise de discuter du concept de médiation avec l'avocat de l'association condominiale, ainsi que de l'opinion de l'association condominiale quant à une proposition de médiation, mais en même temps, ils ont décidé de ne pas aborder la possibilité d'une médiation avec les Hunt, malgré l'exigence impérative de le faire prévue à l'article 181 de la *Strata Property Act* (loi sur la propriété condominiale).

[122] Comme mentionné précédemment, l'association condominiale savait que les coûts comparés de la médiation et de l'arbitrage étaient d'une importance stratégique et pouvaient être utilisés pour exercer une pression sur les Hunt.

[…]

[134] Le juge en cabinet a commis une erreur de fait ou de droit en ne statuant pas que les quatre communications *ex parte* de l'avocat de l'association condominiale, [nom de l'avocat de l'association condominiale], aux arbitres, envisagées d'un point de vue pratique et après réflexion, amèneraient une personne informée à conclure que les arbitres ne trancheraient probablement pas la question de façon équitable. Ces communications suscitent une crainte raisonnable de partialité.

[135] Cela dit, je n'ai pas de raison de croire que les arbitres étaient en fait partiaux et ont délibérément favorisé l'association condominiale au détriment des Hunt. Il va sans dire qu'une fois établie l'apparence raisonnable de partialité, il n'est pas nécessaire d'entreprendre la tâche impossible de déterminer l'état d'esprit réel de l'auteur de la décision.

[136] En acceptant d'entendre les communications *ex parte* au sujet de la procédure d'arbitrage de [l'avocat de l'association condominiale], les arbitres se sont placés dans une position impossible et ont miné leur apparence de neutralité.

L'arbitrage est une forme de règlement des différends qui repose sur la confiance. En fin de compte, le succès de l'arbitrage en tant que mode de règlement des différends ne dépend pas de ce que les tribunaux judiciaires font ou ne font pas pour soutenir l'arbitrage. Historiquement, l'arbitrage a survécu à des périodes où les tribunaux judiciaires lui étaient extrêmement hostiles, et ce, en raison de la confiance des parties dans les arbitres qu'elles avaient choisis, qui agiraient avec indépendance et impartialité. Aujourd'hui, l'arbitrage jouit, en général, d'un soutien sans précédent des tribunaux judiciaires du Canada et des principaux pays commerçants dans le monde entier. Mais l'arbitrage ne pourra pas survivre longtemps aux préjudices que nous, spé-


## COMITÉ DE RÉDACTION

**RÉDACTEUR EN CHEF :**

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

**MEMBRES :**

- Genevieve A. Chornenki, LL. M (ADR), Arb.A, Méd.A Toronto
- Stephen L. Drymer, Woods s.e.n.c.r.l., Montreal
- Eva Malisius, MA, Ph D, Royal Roads University, Victoria
- Dr. Jennifer L. Schulz, B.A., LL.B., M.Phil., S.J.D., Winnipeg

cialistes de l'arbitrage, lui causons en menant nos activités.

L'arbitrage est immensément vulnérable au type de conduite des avocats et des arbitres que la Cour d'appel a jugé, sans ambiguïté, inapproprié et, dans cette affaire, comme récusant les arbitres. Voici une question encore plus troublante : dans quelle mesure une telle conduite est-elle adoptée, en particulier par les avocats et les attributaires de leurs clients, dans d'autres causes? Cette conduite est particulièrement inquiétante dans les situations où il y a déséquilibre de pouvoir ou de représentation. La nature confidentielle de l'arbitrage, qui est souvent citée comme la principale raison de choisir ce mode de règlement, ne fait que rendre un tel comportement plus incompréhensible.

Si les Hunt n'avaient pas consulté le dossier de l'avocat de l'association condominiale pour évaluer les coûts, ils n'auraient jamais appris les circonstances qui rendaient la procédure inéquitable envers eux.

Je suggérerais que le président de tout tribunal d'arbitrage a la responsabilité cruciale d'établir explicitement dès le départ que tous les membres du tribunal ont le même devoir d'indépendance et d'impartialité envers toutes les parties, sans égard à la façon dont ils ont été nommés, et doivent refuser d'entendre les communications *ex parte* de l'une ou l'autre des parties sur toute question ou procédure, tout point de fond ou stratégie.

Pour les mêmes raisons et relativement à un autre aspect du problème, non lié aux faits déclarés de l'affaire Hunt, la pratique consistant, pour la personne nommée par une partie, à conclure un contrat distinct de rémunération ou indemnité avec la partie qui l'a nommée doit aussi être fortement découragée. Tous les membres d'un tribunal d'arbitrage doivent conclure le même accord contractuel de rémunération ou indemnité avec les deux parties une fois que le tribunal est formé.

L'énoncé des conditions de la nomination est un document approprié où affirmer les obligations de chaque membre du tribunal envers toutes les parties, et confirmer que toutes les communications pertinentes liées au conflit ont été faites par les membres du tribunal, de même que par les parties et leurs avocats. Il s'agit là d'une première étape importante pour nous assurer que ceux qui sont arbitres pour la première fois sont informés de la norme de conduite attendue et que les arbitres chevronnés reçoivent un rappel utile.

**CE NUMÉRO DU *JAMC***

Ce numéro du *Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien* contient de nombreux articles qui devraient captiver les lecteurs intéressés par la médiation et l'arbitrage.

**Diane Mainville** a écrit un guide bien pensé et bien documenté au sujet de la bonne foi dans le contexte de la médiation. Il s'agit d'une question fondamentale en médiation, et en fait dans toutes les formes de prévention et règlement des différends (PRD). Cependant cette notion a rarement été examinée avec le sens pratique et la précision dont Mme Mainville fait preuve dans son article.

**James Plotkin** a écrit un article fort qui fait réfléchir sur l'arrêt *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.* de la Cour suprême du Canada. Bien que la littérature sur l'arrêt Sattva soit devenue abondante, M. Plotkin apporte un point de vue original, en suggérant que l'arrêt Sattva, contrairement aux idées reçues, a peut-être manqué de déférence envers les arbitres.

**Roger Hughes**, en tant qu'ancien juge de la Cour fédérale du Canada, est tout à fait qualifié pour recommander que les tribunaux judiciaires aient plus fréquemment recours à l'assistance des arbitres du secteur privé en vue du traitement efficace des différends commerciaux.

**René Cadieux** examine de façon générale la question fascinante, et souvent controversée, de la dissidence dans son article. Il met en lumière, avec érudition et limpidité, les différences culturelles qui sous-tendent certaines des attitudes conflictuelles par rapport à la dissidence.

**Michael Schafler et Christina Porretta** présentent des commentaires sur une cause à l'occasion du récent jugement du juge Perell, *Heller v Uber Technologies Inc.* Ces commentaires sur la cause peuvent, sous certains angles, être considérés comme la suite de l'article de M. Schafler et Mme Barbara Capes sur l'affaire Wellman contre Telus, paru dans notre dernier numéro. Maintenant que Telus a obtenu l'autorisation de se pourvoir contre la dernière décision de la Cour d'appel à la Cour suprême du Canada, nous pouvons nous attendre à un intérêt accru à l'égard de ce domaine et de la possibilité d'une réforme législative.

J'espère que ce numéro du *JAMC* vous plaira. Comme toujours, c'est avec plaisir que nous attendons vos articles ou idées d'articles. Nous souhaitons particulièrement recevoir des articles d'auteurs venant de diverses régions du Canada qui traitent de domaines variés du règlement des différends.

# QU'EST-CE QUE LA NÉGOCIATION ET LA MÉDIATION DE BONNE FOI?

En tant que praticienne d'un programme interne de service de règlement extrajudiciaire de différends (RED) pour les entrepreneurs et les ministères fédéraux, dans le contexte d'un contrat gouvernemental, j'ai participé à des situations intéressantes.

DIANE MAINVILLE, MÉDIATRICE AGRÉÉE, CPA-CA, CTPC

Diane Mainville est médiatrice agréée (Méd.A) et comptable professionnelle agréée (CPA). Elle détient la certification d'encadrement et de consolidation d'équipe (CTPC). Gestionnaire, Gestion des conflits d'ordre commercial, à Services publics et Approvisionnement Canada, elle offre des services de médiation dans des différends contractuels et fournit de l'accompagnement en situation de conflits ainsi que de la formation en gestion des conflits. Pour de l'information sur le Programme de gestion des conflits d'ordre commercial, allez à l'adresse *www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/gcc-bdm/index-fra.html*

Celles qui présentaient les défis les plus importants concernaient des parties qui avaient recours à la médiation essentiellement pour satisfaire aux obligations d'un contrat. Heureusement, en général, la plupart des parties souhaitent réellement résoudre les problèmes en collaboration.

Si les cas qui remettent en cause la bonne foi d'une partie sont rares, ils représentent néanmoins tout un défi pour les professionnels du règlement extrajudiciaire de différends. Le présent article décrit un certain nombre de mesures que peuvent prendre les praticiens pour minimiser les possibilités d'avoir à assurer la médiation entre des parties qui ne négocient pas de bonne foi. Il comprend des suggestions pour les processus internes, les points à discuter avec les parties et certaines façons de mieux les préparer à négocier de bonne foi lors de la médiation. L'article propose aussi une norme de conduite permettant d'évaluer la bonne foi dans un contexte de médiation et il met de l'avant certaines idées sur la façon d'aborder la mauvaise foi perçue.

Cet article, rédigé dans le contexte des litiges commerciaux, ne propose pas une liste exhaustive de comportements de mauvaise foi ni des options (y compris les implications juridiques) pour y faire face. De plus, les outils et les stratégies présentés ici ne garantissent pas que les parties agiront de bonne foi. Néanmoins, nous espérons que cet article servira de rappel, qu'il offrira de la matière à réflexion et qu'il présentera un point de vue sur la façon de relever les défis présents dans de telles circonstances.

## L'OBLIGATION DE NÉGOCIER DE BONNE FOI

La question de la bonne foi a pris de l'importance au Canada. On constate cette importance accrue dans de nombreux domaines, et elle a été l'objet de l'arrêt Bhasin c. Hrynew de la Cour suprême du Canada, en 2014. La décision de la CSC de 2014 établit que les parties ont l'obligation d'agir, « dans leurs opérations contractuelles... [avec] un niveau minimal d'honnêteté et de bonne foi »[1]. En droit des obligations contractuelles, les conséquences de cette décision ne sont pas claires. De plus, on ne sait pas quels comportements sont acceptables et lesquels ne le sont pas.

## LE DÉFI

La bonne foi est un terme abstrait et a un sens large qui inclut une conviction sincère et un motif sans malhonnêteté ni malice. C'est une absence de mauvaise foi qui peut être traitée comme l'équivalent d'« honnêteté et de bienséance ». [2]

Négocier de mauvaise foi signifie tromper une autre personne, conclure une entente sans avoir l'intention, ou les moyens, de la respecter, commettre intentionnellement un acte malhonnête (c.-à-d. ne pas remplir une obligation ou un engagement) ou violer les normes de base de l'honnêteté.[3] Ceux qui négocient de mauvaise foi ne négocient qu'en apparence.[4] Ils peuvent même utiliser consciemment des stratégies pour faire échouer les négociations.

Certes, il n'est pas possible de connaître les vraies motivations de quelqu'un. Les intentions et les motivations sont « invisibles » et comprennent souvent un mélange de bonne et de mauvaise foi. Par conséquent, le défi n'est pas tant de savoir définir la mauvaise foi, mais de la *reconnaître*.

## LA MÉDIATION DE BONNE FOI

En général, les gens n'aiment pas s'asseoir à la même table que quelqu'un avec qui ils sont en désaccord. Néanmoins, ils le font pour de nombreuses raisons. Peut-être ne veulent-ils pas aller en cour. Peut-être, s'ils parviennent à un accord, dormiront-ils plus tranquilles ou seront-ils bien vus de leur patron. Quelles que soient leurs motivations, ils en arrivent à la conclusion qu'il est dans leur intérêt d'essayer de résoudre le problème et de le faire avec

sérieux. Certains décident même de poursuivre leur négociation par la médiation lorsqu'ils se trouvent dans une impasse.

Quand les parties en arrivent au point d'entreprendre des négociations assistées, leurs motivations sont rarement simples et faciles. Même dans les meilleurs des cas, les attentes, les opinions et les suppositions sont subjectives et portent à interprétation. Cela se confirme particulièrement dans les situations de conflit. Il est alors plus difficile de savoir si les intentions d'une partie au différend sont bien sincères.

La médiation peut aussi servir à des fins cachées et peu productives. Par exemple, certaines personnes ne participeront que pour obtenir de nouveaux renseignements dont elles se serviront par la suite à leur avantage. D'autres peuvent vouloir utiliser une information contre l'autre partie si l'affaire se rend devant les tribunaux. Certaines encore, bien qu'elles n'aient aucun intérêt à changer d'avis, se prêtent à cet exercice pour ne pas qu'on puisse les accuser de ne pas collaborer. D'autres n'ont tout simplement pas le choix en raison du caractère obligatoire de la médiation.

Certes, les médiateurs sont souvent « d'éternels optimistes »[5]. Il est utile de donner de l'espoir aux parties en conflit, surtout lorsqu'elles ne voient pas de « lumière au bout du tunnel ». Toutefois, les médiateurs doivent faire attention de ne causer aucun préjudice. Lorsque les faits et gestes d'une partie ne concordent pas avec ceux d'une personne de bonne foi, les médiateurs ont l'obligation éthique d'intervenir. Il existe de nombreuses situations où une intervention peut s'avérer nécessaire. Par exemple, lorsqu'une partie :

- dit vouloir recourir à la médiation, mais qu'elle impose plusieurs conditions avant d'accepter d'aller de l'avant;
- dit toutes les « bonnes choses », mais que le médiateur doit constamment changer la date ou l'heure des réunions à cause d'elle;
- est vraiment curieuse et pose beaucoup de questions à l'autre partie, mais n'offre que peu de réponses en retour;
- reconnaît les renseignements écrits qui lui sont présentés, mais nie être au courant de certains faits ou s'en souvenir;
- n'envoie pas le document qu'elle s'était engagée à envoyer avant la prochaine réunion, même si on le lui avait rappelé;
- n'est pas disposée à discuter de questions autres que celles qui concernent directement les résultats escomptés;
- ne fournit pas de renseignements utiles ou n'explique pas ce qui ne va pas dans la proposition de l'autre partie;
- fait des demandes irréalistes en exigeant de l'autre partie quelque chose qui ne peut être réalisé avant une date importante.

Les médiateurs qui possèdent une certaine expérience ont tous rencontré des situations semblables. Considérée séparément, l'une ou l'autre de ces situations n'entraîne pas forcément la fin de la médiation. Toutefois, elles peuvent semer des doutes sur la sincérité d'une partie, tant chez le médiateur que chez l'autre partie. Si le médiateur pose des questions sur ces incohérences, certaines parties n'hésiteront pas à remettre en cause la neutralité ou son l'impartialité du médiateur, surtout si ces parties ne participent elles-mêmes pas de bonne foi. Il est alors plus facile de prendre le médiateur comme bouc émissaire que d'admettre la vérité.

## COMMENT INCULQUER LA BONNE FOI AU COURS DU PROCESSUS DE MÉDIATION

En tant que « gardien du processus », le médiateur doit s'assurer que tous les participants à la médiation comprennent les rôles, les responsabilités et les attentes de tous. Tout au long du processus, le médiateur peut aussi prendre des mesures progressives pour inculquer la bonne foi. Il s'agit notamment des points suivants :

### 1. ÉLABORER DES DIRECTIVES POUR DÉTERMINER SI UN DIFFÉREND NE DEVRAIT PAS ÊTRE RÉGLÉ PAR LA MÉDIATION.

Définir les circonstances dans lesquelles le RED n'est *pas* approprié, et évaluer s'il y a lieu d'accepter une affaire à la lumière de ces circonstances. Le fait d'avoir de telles directives dès le tout début, au cours de la consultation initiale peut être bénéfique.

Bien que chaque différend soit unique et que chaque situation doive être évaluée au cas par cas, le fait de disposer d'une liste de ces circonstances permet de prendre des décisions plus éclairées sur la question de savoir s'il faut recourir à la médiation entre des parties qui le demandent.

Les circonstances dans lesquelles la médiation peut être inappropriée incluent les suivantes :

- lorsqu'il est nécessaire d'établir un précédent ou un cadre juridique;
- lorsque la question n'est pas négociable ou lorsqu'elle est totalement indépendante de la volonté des parties;
- lorsque le RED n'est utilisé qu'à titre d'enquête préalable;
- si une partie cherche un dénouement punitif ou dissuasif (par exemple, lorsque l'intention première d'une partie est que l'autre partie soit blâmée ou fasse l'objet de mesures disciplinaires);
- lorsqu'une personne ne serait toujours pas satisfaite, même si elle obtenait ce qu'elle voulait de la médiation (par exemple, si l'autre partie acceptait de remplir ses obligations contractuelles en réalisant un projet, mais que l'intérêt *véritable* de la personne était que le projet ne se réalise pas);
- si des éléments clés de l'interprétation d'une loi sont contestés;
- dans le cas où l'issue de l'affaire pourrait affecter un grand nombre de personnes;
- lorsqu'une solution est largement applicable;
- lorsqu'il s'agit d'un problème systémique perçu plutôt que d'un désaccord particulier;
- dans le cas où les parties bénéficieraient de procédure de litige (c.-à-d., d'une injonction, d'une exécution judiciaire).

La pratique exemplaire exige aussi d'examiner la liste des circonstances après une affaire difficile pour déterminer s'il faut y ajouter des points ou en modifier. À moins que les leçons apprises ne soient documentées, elles peuvent être oubliées ou ne pas être transmises à d'autres praticiens qui en bénéficieraient.

## 2. DISTRIBUER UNE TROUSSE D'INFORMATION PENDANT LA PHASE DE CONSULTATION.

Le plus tôt possible au cours de la phase de consultation, distribuez une trousse d'information aux parties pour les informer de leurs options et pour leur faire savoir ce qu'on attend d'elles. Il est important que les parties soient sensibilisées au rôle du médiateur, à l'approche et à l'attitude à adopter lors de la médiation. Une fois sensibilisées, les parties sont plus à même de décider de mener d'autres actions si elles n'atteignent pas leurs objectifs par le processus de médiation.

Les documents de la trousse d'information devraient fournir l'occasion de mieux préparer les parties à la collaboration. Soyez sélectif quant aux documents à y inclure. Plus important encore est de voir les sections des documents qui seront à examiner avec les parties lors de leur rencontre initiale.

Notre trousse d'information comprend généralement les documents suivants :

i. « Différences entre le règlement extrajudiciaire des différends et les litiges : principales caractéristiques et facteurs à prendre en considération »[6] aident les parties à décider de la meilleure approche pour gérer leur conflit, pour atteindre leurs objectifs et pour être satisfaites du processus choisi. Il est aussi utile de faire comprendre l'importance d'une approche collaborative dans les processus de RED.

ii. « En quoi consiste la négociation fondée sur les intérêts? » est un guide aide-mémoire qui aide les parties à comprendre les principes d'une approche raisonnée, basée sur les intérêts. Les principes de la négociation raisonnée sont nouveaux de la plupart des parties. Cela leur sera probablement profitable, qu'ils décident ou non de recourir à la médiation.

iii. Un modèle de Consentement à la médiation

iv. Directives pour la médiation : Bien qu'il soit pratique courante, pendant les remarques préliminaires, pour les médiateurs de dicter les règles de base au début d'une médiation, il n'est pas si courant de les consigner et de les examiner avec les parties au début du processus. Les conseils de participation servent aussi de rappel amical de l'importance de la bonne foi. De plus, fournir par écrit les conseils aux parties leur donne le temps de réfléchir à des besoins ou à des préoccupations particulières et d'ajouter des éléments significatifs. Elles se sentiront ainsi plus en confiance au début de la séance de médiation, avant le début des discussions.

v. « Qu'entend-on par la médiation de bonne foi? » (voir le document ci-dessous) est utilisé pour définir et expliquer les comportements, les actions et le langage particuliers dont le médiateur se servira pour évaluer la participation de bonne foi. Le document donne des directives aux partis et peut aider à refréner les comportements moins souhaitables.

Il est particulièrement important que le médiateur, en tant que personne chargée de faciliter un processus de RED, comprenne ce que l'on entend par « médiation de bonne foi ». Sans cela, il sera difficile pour lui de préconiser constamment l'équité du processus et de déterminer s'il convient de poursuivre la médiation. De plus, s'il s'avère nécessaire pour le médiateur d'aborder les comportements, les actions ou le langage d'une partie qui pourraient ébranler la résolution collaborative de problèmes ou l'ébranler, il sera plus facile de le faire sans remettre en question son impartialité si les attentes ont été communiquées précédemment aux parties et acceptées par elles.

## 3. FORMALISER L'UTILISATION D'UNE APPROCHE DE NÉGOCIATION FONDÉE SUR LES INTÉRÊTS

Les accords de médiation stipulent que les parties doivent agir de bonne foi. Toutefois, aucune information n'est fournie qui explique ce que signifie la bonne foi et par quels comportements elle se traduit.

Une façon de clarifier est de spécifier, dans l'entente de médiation, qu'il s'agit d'une négociation fondée sur les intérêts. Par exemple,

i. À la clause portant sur le rôle des parties, il est possible d'ajouter les phrases : « Les parties agiront de bonne foi et s'engagent dans un dialogue franc, honnête, sérieux et respectueux en adoptant une approche de négociation fondée sur les intérêts. En vue de conclure un règlement le plus rapidement possible, les parties seront sérieuses dans leur démarche et s'engageront à travailler de façon efficace et en coopération. Les parties choisiront chacune des personnes qu'elles jugeront utiles pour résoudre les questions qui les opposent. Les parties ne tenteront pas sciemment de compromettre la neutralité du médiateur. »

ii. On pourrait également ajouter en annexe, un document expliquant ce que l'on entend par « médiation de bonne foi » et des directives de négociation et de participation fondées sur les intérêts (c'est-à-dire des règles de base).

iii. Si des annexes sont ajoutées à l'accord, il faudrait aussi ajouter un libellé indiquant que les parties reconnaissent qu'elles ont lu l'accord de médiation *de même que les annexes* et qu'elles consentent à être liées par les modalités qui y figurent.

Une autre façon d'introduire la négociation raisonnée dans la médiation est de l'inclure dans les directives. Par exemple, les directives pourraient indiquer qu'on s'attend à ce que les parties :

i. Mettent l'accent sur les intérêts et non sur les positions, et cherchent à comprendre les intérêts

de l'autre partie.

ii. Demeurent ouvertes à d'autres points de vue, proposent et favorisent des options créatives qui apporteront des gains mutuels pour aider à parvenir à un accord.

iii. Utilisent des critères objectifs pour évaluer les options.

Ce qui précède aide les parties à prendre une décision plus éclairée sur leur participation à la médiation et crée l'obligation de s'abstenir de négocier de mauvaise foi.

### 4. PROTÉGERI LA NATURE CONFIDENTIELLE DU PROCESSUS DE MÉDIATION.

La protection de la vie privée et la confidentialité sont des éléments essentiels pour assurer la confiance des parties dans l'intégrité des processus de RED. Ces éléments sont aussi d'une importance cruciale pour que les parties communiquent, au cours des discussions, tous les renseignements pertinents en toute franchise et honnêteté. Par contre, il faut dire que, dans le règlement extrajudiciaire des différends, la confidentialité est une arme à double tranchant, car elle permet aussi aux parties malhonnêtes de compromettre le processus sans qu'elles aient à répondre de leurs actes. De plus, la perception de mauvaise foi peut accroître les préoccupations d'une partie quant à la façon dont l'information partagée peut être utilisée contre elle par d'autres.

Vous trouverez ci-dessous des suggestions permettant de signaler clairement aux personnes concernées l'importance du respect de la nature confidentielle du processus. Elles rassureront aussi les personnes préoccupées par le niveau de confidentialité de la médiation :

i. **Partager la jurisprudence**
Aux parties qui ont des craintes au sujet de la confidentialité, donnez-leur l'arrêt Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc. [2014] CSC, numéro de dossier 35008, et encouragez-les à consulter leur avocat, au besoin. Cet arrêt important confirme le principe de confidentialité dans les processus de RED au Canada. Avoir connaissance de cet arrêt peut rassurer les parties, ce qui est essentiel aux parties qui évaluent leurs options. Les parties peuvent préférer la médiation à une forme de négociation moins formelle, simplement en raison de la confidentialité qui leur est accordée dans la médiation.

ii. **Préciser les limites de la confidentialité dans l'entente de médiation**
En général, les ententes de médiation comprennent une clause sur la confidentialité du processus de médiation. Le libellé de l'entente doit être précis quant aux limites de la confidentialité. En outre, toute exception prévue par les parties devrait figurer explicitement dans l'entente.
Par exemple, la clause de confidentialité pourrait stipuler que tous les renseignements divulgués au cours du processus de médiation seront considérés comme des renseignements donnés « sous toutes réserves » ***à l'exception*** de :

a) la présente entente de médiation;
b) le cas où une autorisation de divulgation a été donnée par les parties;
c) le cas où les renseignements fournis donnent à penser qu'il existe une menace réelle ou potentielle pour soi ou quelqu'un d'autre;
d) le cas où la loi l'exige ou qu'une autorité judiciaire l'ordonne;

**LES MEMBRES INTÈGRENT** une organisation internationale qui les accompagne dans leur projet d'avenir grâce à des avantages en matière de formation, de réseautage, de marketing, et d'accréditation.

NOUVEAU

**ADHÉSION INTERNATIONALE**

***L'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada (IAMC) offre une adhésion internationale aux professionnels de PRD du monde entier !****

**COMMERCIALISEZ VOS SERVICES** à tavers le monde via notre répertoire de membres en ligne "Se Connecter à la PRD";

Obtenez une **ACCRÉDITATION** de médiateur ou médiatrice agréé(e) ou d'arbitre agréé(e);

**FAITES PUBLIER** votre travail;

**UN TARIF MEMBRE** pour la participation à la conférence annuelle nationale de l'IAMC, et sur des produits et services spécifiques grâce au programme d'affinité de l'IAMC;

**DES ABONNEMENTS** au prestigieux Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien et au bulletin Perspectives PRD;

**PROFITEZ** des normes de pratique, d'un cadre réglementaire, et de la crédibilité;

Pour **BÉNÉFICIER** des avantages de l'adhésion internationale à l'IAMC, contactez-nous dès aujourd'hui!

Pour plus de renseignements, visitez ADRIC.ca

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

*Les personnes résidant au Canada doivent soumettre leur demande d'adhésion auprès d'un des sept affiliés de l'IAMC.

e) le cas où la divulgation est nécessaire à la mise en œuvre et à l'exécution de toute entente qui a été conclue;
f) l'avis de cessation de la médiation.

De plus, « la confidentialité ***ne sera pas interprétée de manière à limiter*** les mécanismes de production de rapport, de surveillance et de la formation. Seuls les renseignements non identificatoires à des fins de recherche, de production de rapports, de statistiques ou d'éducation peuvent être divulgués. »

De plus, l'entente de médiation devrait inclure une clause de cessation de médiation précisant à qui le médiateur présentera son rapport de médiation une fois le processus de médiation terminé. Par exemple,

- « Si aucune entente n'est conclue, ou si une entente n'est conclue que sur certaines questions, l'avis écrit de cessation de médiation ***indiquera seulement*** qu'aucune entente n'a été conclue sur certaines questions ou toutes les questions en suspens. », ou
- « Si aucune entente n'est conclue, ou si une entente n'est conclue que sur certaines des questions, le médiateur ***fournira la ou les raisons de la cessation***. »
- Dans certains cas, il peut aussi être nécessaire, ou du moins souhaitable, d'inclure un libellé tel que « ***Dans le cas d'un règlement partiel, les points d'entente et les questions toujours non résolues seront inclus.*** »

**iii. Prendre le temps d'expliquer aux parties les limites de la confidentialité**

Bien que la confidentialité absolue soit le but, elle ne peut pas être garantie. Cela est particulièrement vrai pour les documents écrits et plus encore pour les médiations assujetties aux dispositions des lois applicables comme la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la Loi sur l'accès à l'information.

La confidentialité est l'un des principaux attraits des processus de RED. Ainsi, quand on examine une entente de médiation, il faut donner une certaine importance à la clause de confidentialité. Il faut aussi demander aux parties si elles ont des questions ou des craintes par rapport à la confidentialité. Il sera peut-être nécessaire d'apporter des modifications au libellé des ententes types pour tenir compte des particularités de l'affaire.

Si, malgré les mécanismes de protection intégrés au processus de médiation, les parties continuent d'avoir des craintes par rapport à la confidentialité, les médiateurs peuvent suggérer que, pour les renseignements plus délicats sur des points particuliers, les parties peuvent évaluer les risques et considérer la quantité d'information qu'elles sont prêtes à divulguer et sous quelle forme.

**iv. La prise de notes**

Certains médiateurs limitent la prise de notes. Certains médiateurs incluent même dans leurs ententes de médiation une clause précisant qu'« aucune des parties ne doit transcrire ce qui se dit, ne doit faire des procès-verbaux ou autres enregistrements de la conférence de médiation. » D'autres médiateurs prennent des notes détaillées et ne s'inquiètent pas, ou peu, lorsque les parties font de même.

Il n'y a pas de bonne ou de mauvaise façon de prendre des notes. En fin de compte, ce qui importe est le degré d'aise qu'ont les parties à vivre avec les risques que comporte une telle pratique. Comme chaque situation est différente, une règle de bonne pratique consiste à poser des questions pour connaître les attentes des parties en la matière et à parvenir à un accord sur la prise de notes satisfaisante de toutes les parties.

**v. Le questionnaire de satisfaction des clients**

Ajoutez la mention « Document confidentiel » sur vos questionnaires de satisfaction portant sur le processus de médiation. Cette formule, jumelée à la clause de confidentialité de l'entente de médiation, ne devrait laisser aucun doute sur le fait que la confidentialité du questionnaire de satisfaction est également protégée (sauf indication contraire).

Ce simple ajout au questionnaire réduit au minimum le risque que les renseignements contenus dans le questionnaire soient utilisés pour des raisons autres que la simple évaluation de la satisfaction des parties à l'égard des services reçus. Cet ajout peut aussi rassurer les parties inquiètes de la possibilité qu'une autre partie mette dans le questionnaire des commentaires sur leur approche de négociation pendant la médiation, et se serve de ces commentaires contre elles si jamais l'affaire se retrouve devant le tribunal.

**5. AMENER LES PARTIES À S'ENGAGER AVANT LA SÉANCE DE MÉDIATION.**

Demandez aux parties de signer l'entente de médiation le plus tôt possible, de préférence avant les consultations individuelles préalables à la séance de médiation. Pour une partie, le fait de

signer augmente les chances qu'elle prendra son engagement au sérieux. Cela donne aussi plus de temps pour apporter les modifications nécessaires au document. Par ailleurs, cela peut aussi aider le médiateur à évaluer plus facilement les intentions des parties et à répondre plus tôt à leurs craintes.

**6. ÉDUQUER ET ACCOMPAGNER LES PARTIES**

Créez des occasions d'établir des relations avec les parties et d'améliorer la collaboration entre elles par l'éducation et l'accompagnement, et tirez-en parti.

Rencontrez les parties séparément, et de préférence en personne, lors de consultations préalables à la médiation. Si une partie hésite à aller de l'avant, rappelez-lui qu'elle peut se retirer à tout moment du processus. Si une partie craint d'être pointée comme responsables de la fin de la médiation, suggérez-lui plutôt de faire appel au médiateur pour y mettre fin. Faites savoir aux parties que le rôle du médiateur consiste aussi à les aider à ne pas perdre la face.

Examinez avec les parties les principales modalités de l'entente de médiation. Insistez sur l'importance de la participation de bonne foi. Faites-leur savoir que vous aborderez le langage et les comportements qui, à votre avis, peuvent miner les efforts des parties pour avoir une discussion productive et concertée.

Expliquez aux parties les principes de la négociation raisonnée (fondés sur les intérêts). Proposez de les encadrer pour qu'elles soient mieux préparées à utiliser cette approche.

**7. TOUT AU LONG DU PROCESSUS, ABORDER LA MAUVAISE FOI QUAND ELLE EST PERÇUE**

Les raisons pour lesquelles un médiateur ne voudrait pas parler de la mauvaise foi d'une partie, ou de sa perception de mauvaise foi, sont nombreuses. Par exemple, il se peut qu'un médiateur en pratique privée ne veuille pas offenser l'avocat responsable de sa nomination, qu'il ne veuille pas que sa réputation soit entachée ou qu'il n'ait

## Que signifie la bonne foi en médiation?

Être de bonne foi lors d'un processus de médiation signifie faire plus que parler et agir de façon respectueuse et donner aux autres la possibilité d'exprimer des perspectives et des questions importantes pour eux. Agir de bonne foi, c'est aussi un engagement tout au long du processus à l'égard de ce qui suit :

1. Se présenter dans le cadre du processus de médiation avec l'engagement sincère d'obtenir un résultat acceptable pour toutes les parties.
2. Se rendre disponible avec diligence pour des discussions et/ou des réunions préalables à la médiation afin de discuter de questions et de préoccupations.
3. Respecter ses engagements.
4. Respecter les modalités du consentement à la médiation et les consignes sur la participation.
5. Examiner avec ouverture les perspectives, les préoccupations et les exigences des autres.
6. Faire preuve de franchise et d'honnêteté et communiquer tous les renseignements pertinents en vue de résoudre les problèmes de façon collaborative.
7. Travailler en collaboration afin de servir les intérêts et de répondre aux besoins de tous les intervenants.
8. Faire des demandes plausibles.
9. Donner suite aux attributions de tâches et répondre aux courriels et aux appels dans un délai minimal et raisonnable.
10. Générer des options réalistes et viables.
11. Faire preuve de souplesse et considérer sérieusement les options présentées.
12. Utiliser des normes et des critères objectifs (comme des lois, des précédents, des normes professionnelles) afin d'évaluer la faisabilité des options.

Lorsque les facteurs ci-dessus ne sont pas présents, le médiateur évaluera la situation et traitera du langage et des actions qui pourraient selon lui miner ou empêcher une discussion productive et axée sur la collaboration.

En plus de ce qui précède, d'autres actions et comportements pourront être traités dont les perceptions par le médiateur d'intimidation, de menaces et d'abus de pouvoir ainsi que du positionnement (attitude axée sur la situation « à prendre ou à laisser »), de réticences à discuter des questions allant au delà des résultats souhaités et des demandes non plausibles.

Suivant l'évaluation de l'ensemble des facteurs et des circonstances, le médiateur déterminera la faisabilité de la médiation et s'il est approprié de poursuivre le processus.

Pour obtenir plus d'information concernant le Programme de la gestion des conflits d'ordre commercial pour les contrats de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, communiquez avec : http://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/gcc-bdm/index-fra.html

tout simplement pas la capacité de faire face à de telles circonstances.

Les avocats donnent souvent des conseils à leurs clients au sujet d'actions qui peuvent aller à l'encontre de leurs obligations juridiques et qui peuvent être utiles dans de telles circonstances. Il en va de même pour les représentants syndicaux et les experts, lorsqu'ils sont impliqués.

Lorsqu'il s'agit de parler de perceptions de mauvaise foi, donnez aux parties le bénéfice du doute. Soyez transparent quant à votre motivation et obtenez leur permission de discuter de la question plus en profondeur. Par exemple, vous pourriez dire : « Je remarque que vous faites quelque chose qui pourrait vous empêcher d'atteindre votre objectif. Aimeriez-vous qu'on en discute? » Si la personne répond par l'affirmative, donnez-lui plus de détails. Ensuite, essayez de découvrir les motivations (ou les déclencheurs) de ce comportement.

Si la partie agit de bonne foi, mais qu'elle n'en donne pas l'impression, faites savoir à la personne les façons dont son comportement peut l'affecter elle-même ou affecter l'autre partie, et discutez de manières d'agir plus profitables. Par exemple : « J'ai remarqué que, dans bien des cas, cette stratégie de négociation s'est retournée contre d'autres personnes. Quelles autres stratégies avez-vous envisagées? »

Toutefois, si la partie ne négocie pas de bonne foi, essayez de savoir ce qui l'empêche de le faire. De leur point de vue, qu'est-ce qui devrait changer?

Bien que chaque situation soit unique, il est préférable d'aborder ces questions avec tact, après avoir établi un rapport avec la partie dans un cadre privé. Il se peut aussi qu'il soit nécessaire d'intervenir plusieurs fois à ce sujet. Si, malgré les meilleurs efforts du médiateur, il n'y a pas d'amélioration, celui-ci doit évaluer tous les facteurs et toutes les circonstances et déterminer s'il est approprié ou non de poursuivre la médiation.

## CONCLUSION

Aujourd'hui, les parties sont tenues par la loi de négocier de bonne foi. Il est donc plus important que jamais que les médiateurs développent un processus et créent un environnement qui les aident à le faire.

Les médiateurs apportent une grande valeur ajoutée à la médiation en aidant les parties à éviter les comportements allant à l'encontre de leur propre intérêt et à éviter de voir de la mauvaise foi là où il n'y en a pas. Cela pourrait éviter aux parties d'avoir à défendre leurs tactiques de négociation si l'affaire se retrouve devant les tribunaux après la médiation.

Mettant de côté les obligations juridiques des parties, il demeure dans l'intérêt des professionnels du RED de faire en sorte que les parties participent de bonne foi. Cela réduit au minimum le risque qu'une partie tire avantage de l'autre, du médiateur et du processus lui-même. Après tout, si on ne peut compter sur les médiateurs pour le faire et pour protéger l'intégrité du processus, qui d'autre le fera?

L'auteur aimerait remercier sincèrement Serge Roy et particulièrement Linda Foley, tous deux collègues estimés de RED. Leur contribution, leurs commentaires et leur collaboration ont été précieux pour la rédaction de cet article.

RÉFÉRENCES

Jake Bullen, Colin Ground, Colin Pendrith et Tim Pinos. Good Faith in Contracts: New Law from the Supreme Court, 21 janvier 2015.

Todd Greenbloom. Good faith: Two Court Decisions Bring Greater Certainty, Coherence to Law Governing Contract Negotiations, Performance, mars 2015.

McMillan Litigation Bulletin. Let's Be Honest: The New Duty of Good Faith in Contractual Performance, novembre 2014.

Barry O'Neil, What Does it Mean for Nations to "Negotiate in Good Faith"?, mars 2001.

Hayley Peglar and Kim Lawton. A Leap of Good Faith? Practical Implications of the Supreme Court of Canada's Decision in Bhasin v. Hrynew for Contacting Parties, 2015.

Angela Swan. Good Faith in Contract Performance: Bhasin v. Hrynew Two Years On, 28 avril 2017.

1 Basin c. Hrynew, 2014 CSC 71, aux paragr. 60 et 61.

2 https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Good+faith+negotiation

3 Traduction de « Bad faith » - Legal Dictionary-Law.com; https://dictionary.law.com/ recherche for "what does it mean to negotiate in bad faith?

4 « Surface bargaining » - Wikipédia anglais (négociations de façade).

5 Mitchell Rose, médiateur agréé, « The Mediator as Eternal Optimist », *ADR Update*, été 2017.

6 Pour obtenir les documents mentionnés ci-dessus et d'autres documents connexes, visitez le http://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/gcc-bdm/ressources-resources-fra.html.

# 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 ARB.A / NEW C. ARB

Rick Buchan, C.Arb (BC)

Louise Campbell, C.Arb (AB)

Michael Hokanson, C.Arb (AB)

Clive Tolley, C.Arb (SK)

### NOUVEAUX MÉD.A / NEW C.MEDS

Brian Barth, C.Med (MB)

Tammy Borowiecki, C.Med (AB)

Patricia Brady, C.Med (AT)

Maureen Gregory, C.Med (AT)

Jae Morgans, C.Med (SK)

Janine Hogue-Sansregret, C.Med (MB)

### NOUVEAUX MÉD.B / NEW Q.MEDS

Naik Arbabzada, Q.Med (AB)

Dale Burt, Q.Med (ON)

Paul Choi, Q.Med (BC)

Jason Dykstra, Q.Med (ON)

Yeda Hong, Q.Med (BC)

Matthew Janes, Q.Med (AT)

Dennis Jenkins, Q.Med (ON)

David Jung, Q.Med (MB)

Karim Lalji, Q.Med (AB)

Ellen Lederman, Q.Med (ON)

Philip Maier, Q.Med (ON)

Michael Newton, Q.Med (AB)

Sammy Onyeama-Asonye, Q.Med (AT)

Kevin Peddie, Q.Med (BC)

David Pihl, Q.Med (BC)

Clara Puskas, Q.Med (ON)

Hashu Remtulla, Q.Med (AB)

Arielle Ross, Q.Med (ON)

Rose Simard-Bachand, Q.Med (AB)

Kevin Stapley, Q.Med (ON)

Thomas Stubbs, Q.Med (BC)

Marg Van Herk-Paradis, Q.Med (ON)

Krista Kempster, Q.Med (ON)

Stephane Noel, Q.Med (ON)

### NOUVEAUX ARB.B / NEW Q.ARBS

Alan Boucher, Q.Arb (ON)

Paul Choi, Q.Arb (BC)

Meena Dhillon, Q.Arb (BC)

Ernesto Domingo, Q.Arb (BC)

David Flett, Q.Arb (SK)

Theodore Frankel, Q.Arb (ON)

Brin Hamilton, Q.Arb (BC)

Barbara McNeil, Q.Arb (AB)

Jae Morgans, Q.Arb (SK)

Adeyinka Oyenubi, Q.Arb (ON)

Kevin Peddie, Q.Arb (BC)

David Pihl, Q.Arb (BC)

Michele Reeves, Q.Arb (AB)

Stacey Rose, Q.Arb (BC)

Clayton Spencer, Q.Arb (ON)

Melissa Stappler, Q.Arb (AB)

Jonathan Yen, Q.Arb (ON)

Marlene Weston, Q.Arb (SK)

Les titres de médiateur agréé (Méd.A) ou d'arbitre agréé (Arb.A) 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 gage des niveaux d'expérience et de compétences supérieurs des titulaires. Les clients et agents de liaison peuvent être rassurés en sachant que la formation et le rendement des spécialistes en PRD qui détiennent un titre de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada ont été passés en revue, évalués et confirmés par toute une équipe de praticiens chevronnés et extrêmement respectés du domaine.

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

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

# RETENUE JUDICIAIRE ET DÉFÉRENCE, RÉVISION ARBITRALE ET JURISPRUDENCE :

## Pourquoi les tribunaux au Canada devraient exercer une très grande déférence en révision judiciaire envers les sentences arbitrales commerciales

Mais jamais je n'ai pu aimer ce qui n'était pas aimable, ni haïr ce qui n'était pas haïssable, par déférence envers un principe d'ordre général.

— Joseph Conrad dans *Souvenirs personnels : Quelques réminiscences*, p. 15.

JAMES PLOTKIN, LL. L., J.D., LL. M.
James Plotkin est avocat au cabinet Caza Saikaley, S.E.N.C.R.L. M. Plotkin a une vaste expérience en litige et en arbitrage (internationaux et nationaux) touchant le droit commercial, le droit de la propriété intellectuelle, la législation sur la faillite et l'insolvabilité et le droit administratif.

### 1. INTRODUCTION

Souvent, les juges canadiens siégeant en révision judiciaire des mesures administratives se serrent les dents en déclarant que certaines décisions sont « raisonnables », décisions avec lesquelles ils pourraient, bien sûr, être en désaccord. Au final, c'est la déférence qui définit l'approche canadienne du droit administratif, obligeant les juges à ne pas substituer leur point de vue sur le droit à celui des tribunaux spécialisés constitués prétendument d'experts.

Dans l'affaire *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, la Cour suprême du Canada a reconnu que les tribunaux d'arbitrage commercial privés doivent faire preuve de la même déférence, quoique ce soit pour des raisons un peu différentes.[1] Comme l'a fait la Cour dans l'affaire *Sattva*, on pourrait établir des parallèles entre les tribunaux administratifs et les tribunaux arbitraux, surtout concernant la présomption d'expertise dont jouit le décideur. Il y a aussi des différences importantes.

Le présent article soutient que le cadre relatif à la norme de contrôle judiciaire des appels des sentences arbitrales commerciales portant sur des questions de droit, cadre qui a été établi par la Cour suprême dans l'arrêt *Sattva*, bien qu'il soit généralement juste, contient une faille : il repose trop sur les principes du droit administratif. Plus précisément, l'auteur soutient que la Cour a commis une erreur en retenant en bloc deux catégories de questions appelant un contrôle selon la norme de la décision correcte sans déférence inspirée par la décision de la Cour dans l'affaire *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick* : 1) des questions d'ordre constitutionnel; 2) des questions d'importance capitale pour le système juridique et étrangères au domaine d'expertise du décideur administratif (« questions d'importance capitale/questions étrangères au domaine d'expertise »).[2]

L'article propose de modifier de deux façons le cadre énoncé dans *Sattva*. Premièrement, la catégorie « questions d'importance capitale/questions étrangères au domaine d'expertise » devrait être écartée, car elle est inapplicable en principe à l'arbitrage commercial et, dans la pratique, pénible à appliquer sur le plan logistique. Deuxièmement, le contrôle selon la norme de la décision correcte des questions constitutionnelles, dans la mesure où celles-ci existent, ne devrait s'appliquer que lorsqu'une entité étatique est une des parties à l'arbitrage. La dichotomie proposée entre l'arbitrage commercial qui est « privé-privé » et celui qui est « public-privé » s'inspire de la récente décision de la Cour suprême dans l'affaire *Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique*. Dans cette affaire, la Cour a appliqué l'arrêt *Sattva* à un arbitrage prévu par la loi entre une société forestière et le gouvernement provincial.[3]

Avant de discuter de l'affaire *Sattva* et de la norme de contrôle applicable aux sentences arbitrales commerciales, le présent article développe brièvement le principe d'importance primordiale qui sous-tend le droit de l'arbitrage au Canada et dans le monde entier : l'autonomie des parties. Deux expressions de ce principe nourrissent la critique et lui donnent de la force.

L'auteur tient à préciser que le présent

document ne traite que de la norme de contrôle applicable aux appels qui portent sur des questions de droit contestant le fond d'une sentence arbitrale.[4] Les critères de contrôle applicables aux motifs d'annulation ou d'appel d'une sentence, entre autres pour des motifs d'arbitrabilité[5], de compétence, d'ordre public ou d'application régulière de la loi, dépassent la portée du présent article.[6]

## 2. LES PRINCIPES D'ARBITRAGE PERTINENTS

Depuis longtemps, les tribunaux canadiens reconnaissent que l'arbitrage est un système de règlement des différends parallèle au système judiciaire public.[7] Les tribunaux ont aussi reconnu la nécessité d'accorder, sur le fond, une déférence importante aux décisions des tribunaux d'arbitrage commercial nationaux.[8] Bien que certains trouveront cela extrême, il convient de noter qu'en matière d'arbitrage commercial international, en général, il n'y a aucun examen des sentences sur le fond. De plus, les motifs d'annulation ou de refus d'exécution d'une sentence arbitrale sont limités aux entorses à la procédure régulière, à la nullité de la convention d'arbitrage en raison de l'incapacité d'une partie, à la composition inadéquate du tribunal arbitral, à la non-arbitrabilité et à l'ordre public.[9] Même dans ces cas, les mesures préparatoires prises par le tribunal compétent restent discrétionnaires.[10] Étant donné le niveau de déférence que l'on associe d'habitude aux sentences arbitrales internationales, les lois canadiennes sur l'arbitrage national peuvent sembler interventionnistes aux yeux d'un praticien de l'arbitrage international. En effet, certaines lois canadiennes permettent d'interjeter appel sur des questions de droit et d'autres lois permettent même de le faire sur des questions de fait et des questions mixtes, de fait et de droit, par voie de convention. Cela dit, comme l'a confirmé la Cour suprême dans l'arrêt *Sattva*, lorsqu'on conteste en appel le fond d'une sentence arbitrale, la déférence à l'égard du tribunal arbitral est la règle.

La déférence maximale envers une sentence arbitrale commerciale se justifie par le principe de l'autonomie des parties (autrement dit, par la liberté contractuelle), qui est l'une des pierres angulaires du droit de l'arbitrage.[11] L'autonomie des parties a été définie par un éminent arbitre et universitaire comme étant « la liberté qu'ont les parties d'organiser leurs affaires privées comme bon leur semble, à condition que les parties n'enfreignent pas l'ordre public ».[12] Ce principe fondamental s'exprime de deux façons pertinentes pour la discussion qui suit : 1) la déférence à l'égard du choix de procédure des parties; 2) l'expertise présumée du tribunal.

Premièrement, l'autonomie des parties se manifeste dans leur choix de recourir à l'arbitrage plutôt que de porter leur différend devant un tribunal civil ou une autre instance de règlement extrajudiciaire des différends. L'arbitrage est souple sur le plan procédural, surtout si on le compare aux tribunaux civils. Les lois canadiennes sur l'arbitrage national et commercial ne prévoient pas de procédures précises semblables aux règles de procédure civile qui s'appliquent aux tribunaux.[13] Les parties qui choisissent l'arbitrage manifestent leur intention de s'engager dans un règlement efficace et définitif des différends.[14] Le choix de l'arbitrage dénote aussi le désir d'un processus privé puisque l'arbitrage a été conçu pour l'être[15]. Si cette question demeure entière au Canada, ailleurs, toutefois, il existe un certain fondement dans le principe que l'existence et le contenu d'une procédure d'arbitrage sont implicitement confidentiels.[16]

La deuxième expression de l'autonomie des parties est l'expertise présumée du tribunal arbitral. Comme l'a dit le juge Rothstein dans *Sattva* : « [...] quand les parties choisissent leur propre dé-

# FORFAITS DE COMMANDITE

## DANS LE CADRE DE
## IAMC 2018 : Conférence nationale annuelle

L'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada (l'IAMC) collabore avec plusieurs partenariats à la mise en place d'un programme exceptionnel pour notre conférence nationale annuelle de 2018. Pour plus de renseignements, visitez : *ADRIC.ca/fr*

**DU 21 AU 23 NOVEMBRE 2018**

**MONTRÉAL, CANADA**

**EXCELLENTE VISIBILITÉ ET AUDITOIRE CIBLÉ** Nous anticipons 300 participants pour IAMC 2018 ! 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

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

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

### 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 participants
- Placement de votre matériel promotionnel pré-approuvé sur la table des matériaux communautaires

## DEVENEZ COMMANDITAIRE DE CET ÉVÉNEMENT EXTRAORDINAIRE !

**ACT NOW!**

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

cideur, 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. »[17] La dernière partie, c'est-à-dire l'acceptabilité pour les parties, est essentielle. Les arbitres ne sont pas tenus de respecter une norme de compétence ou d'expérience professionnelle applicable de façon générale. Les parties sont libres de nommer qui elles veulent pour arbitrer leur différend. Un arbitre peut seulement être récusé s'il ne possède pas « les compétences nécessaires dont sont convenues les parties ».[18] En l'absence d'un tel accord, une partie ne peut récuser un arbitre sur cette base. Comme il a été proposé à la section 4a(ii) plus bas, les tribunaux devraient appliquer une présomption irréfutable selon laquelle le tribunal arbitral a l'expertise nécessaire, et par conséquent devraient s'abstenir de mettre en cause le choix des parties en évaluant si une question juridique donnée ne relève pas de l'expertise du tribunal. Une présomption irréfutable d'expertise concorde aussi avec les objectifs d'efficacité et de finalité dont il a été question plus haut, puisqu'elle diminue la tentation de contester une sentence arbitrale devant les tribunaux.

### 3. LE CADRE RELATIF À LA NORME DE CONTRÔLE JUDICIAIRE ÉTABLIE DANS SATTVA POUR LES APPELS DES SENTENCES ARBITRALES COMMERCIALES

L'arrêt *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.* est surtout connu pour sa contribution à l'interprétation des contrats au Canada. Vers la fin des motifs du jugement se trouvent cinq paragraphes dans lesquels le juge Rothstein énonce succinctement le raisonnement à l'appui de sa conclusion et la norme de contrôle sur des questions de droit applicable aux sentences arbitrales commerciales rendues.

En l'espèce, Creston souhaitait acquérir des droits sur une propriété minière de molybdène. Creston s'est engagée à verser à Sattva des honoraires d'intermédiation de 1,5 million de dollars américains à la clôture de l'acquisition. Ces honoraires étaient payables en actions Creston ou, au choix de Sattva, en espèces ou en une combinaison des deux. Les parties n'étaient pas d'accord sur la date applicable à l'évaluation du cours de l'action, et ils ont soumis leur différend à l'arbitrage en vertu de la *Commercial Arbitration Act* de la Colombie-Britannique (rebaptisée *Arbitration Act*).[19] L'arbitre a tranché en faveur de Sattva. Creston a alors demandé l'autorisation d'interjeter appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, appel qui a été refusé. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision sur l'autorisation d'appel et a renvoyé l'affaire au juge du tribunal inférieur pour qu'il entende l'appel sur le fond. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel. La Cour a appliqué la norme de la décision correcte à la question de l'interprétation du contrat et a conclu que l'arbitre l'avait interprété correctement. De nouveau, la Cour d'appel a infirmé la décision du juge du tribunal inférieur. La Cour suprême du Canada devait décider, entre autres choses, si l'interprétation des contrats est une question purement juridique ou une question mixte. Elle a jugé que l'in-

terprétation contractuelle est généralement une question mixte de fait et de droit, mais qu'un décideur peut commettre une erreur purement juridique, comme « appliquer le mauvais principe ou négliger un élément essentiel d'un critère juridique ou un facteur pertinent ».[20] Que la question soit qualifiée de purement juridique ou mixte était essentiel au résultat puisque la *BC Act* n'autorise les appels des sentences arbitrales que sur des questions de droit.[21]

Après avoir traité des motifs portant sur l'interprétation contractuelle, le juge Rothstein se penche sur la norme de contrôle des questions de droit en vertu de la loi de la Colombie-Britannique sur l'arbitrage. Il commence en faisant remarquer que l'arbitrage commercial est différent des procédures administratives en ce sens que les parties à un arbitrage peuvent choisir « le nombre d'arbitres et l'identité de chacun ».[22] Par conséquent, le cadre de contrôle judiciaire d'une décision administrative énoncé dans *Dunsmuir* n'est pas entièrement applicable. Toutefois, dans le paragraphe suivant, il compare les deux processus puisqu'ils sont tous les deux non judiciaires et qu'ils impliquent des décideurs experts.[23] Au paragraphe 106, le juge Rothstein fait intervenir la présomption des normes de raisonnabilité de *Dunsmuir* et deux de ses exceptions :

> Dans le contexte de l'arbitrage commercial, où les appels sont limités aux questions de droit, <u>la norme de contrôle sera le caractère raisonnable à moins que la question demande l'application de la norme de la décision correcte, comme le font les questions d'ordre constitutionnel ou celles de droit d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise de l'arbitre</u> (citation omise). La question dont nous sommes saisis, à savoir si l'arbitre a interprété l'entente dans son ensemble, n'appartient pas à l'une ou l'autre de ces catégories. Compte tenu des éléments pertinents de l'analyse établie dans l'arrêt *Dunsmuir*, la norme de contrôle de la décision raisonnable s'applique en l'espèce. (Nous soulignons)

Au paragraphe 119, le juge Rothstein confirme que le caractère raisonnable a le même sens qu'en droit administratif : la décision satisfait à la norme du caractère raisonnable si elle est justifiée, transparente, intelligible et « [appartient] aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. »[24] Le juge Rothstein ne fait pas directement référence à l'ensemble de la définition (bien qu'il cite le paragraphe de l'arrêt *Dunsmuir* qui la contient), mais seulement à la partie sur la transparence et l'intelligibilité de la justification. Les cours d'appel qui ont appliqué l'arrêt *Sattva*, et plus récemment la Cour suprême dans l'affaire *Teal Cedar*, ont néanmoins appliqué la définition du caractère raisonnable énoncée dans l'arrêt *Dunsmuir*.[25]

Avant de poursuivre, l'auteur fait remarquer que, à son avis, le cadre relatif à la norme de contrôle judiciaire établi dans l'arrêt *Sattva* ne s'applique qu'aux appels portant sur le fond des sentences arbitrales, ce qui exclut le contrôle pour des motifs de compétence. Cela, le juge Rothstein ne l'indique pas clairement, dans les cinq paragraphes courts mais denses qu'il a consacrés à la norme de contrôle. Néanmoins, cette position s'appuie sur la façon particulière, apparemment délibérée, dont il a choisi de décrire les exceptions au contrôle du caractère raisonnable présumé.

Au paragraphe 106, le juge Rothstein offre une liste abrégée des catégories de contrôle selon la norme de la décision correcte que la Cour suprême a identifiées dans l'arrêt *Dunsmuir*, mais laisse de la place à d'autres catégories. Dans *Dunsmuir*, les questions constitutionnelles et les questions d'importance capitale/questions étrangères au domaine d'expertise—celles qui sont expressément retenues dans *Sattva*—sont nommées aux côtés des questions « touchant véritablement à la compétence »[26] et celles sur « la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents ».[27] Si ces dernières n'ont pas d'application apparente dans le contexte de l'arbitrage, des questions de compétence se posent régulièrement dans ce domaine. Pourquoi, alors, le juge Rothstein n'a-t-il pas nommé dans l'arrêt *Sattva* les questions de compétence de même que les questions d'ordre constitutionnel et les questions d'importance capitale/questions étrangères au domaine d'expertise?

Il est intéressant de remarquer que le juge Rothstein a tiré de la liste *Dunsmuir* les deux seules catégories qui font l'objet d'un contrôle sur le fond. Il semble avoir fait une distinction entre ces questions et celles portant sur les compétences, même s'il s'agit parfois purement de questions de droit et donc potentiellement comprises dans le cadre de la disposition relative au droit d'appel qui est en cause en l'espèce.[28] Généralement, bien que l'on n'applique pas la règle *ejusdem generis* aux motifs judiciaires, puisque le mot de la langue courante « comme » précède deux catégories qui sont liées par le fait qu'elles s'appliquent au fond de la sentence arbitrale, toute nouvelle catégorie de contrôle de la décision de l'arbitre selon la norme de la décision correcte devrait également se rapporter au fond de la sentence. L'absence de questions de compétence dans les catégories de contrôle selon la norme de la décision correcte nommées dans l'arrêt *Sattva* (malgré son inclusion dans *Dunsmuir*) renforce cette conclusion.

On peut conjecturer que le juge Rothstein avait une raison plus pratique pour traiter des questions de compétence différemment des appels sur le fond portant sur les différences de libellé entre les lois du pays sur l'arbitrage. Au Canada, presque toutes les lois sur l'arbitrage, y compris les lois fondées sur la *Loi uniforme sur l'arbitrage* de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, contiennent des dispositions distinctes pour les appels et les demandes d'annulation d'une sentence.[29] Les contestations de compétence sont habituellement traitées comme un motif d'annulation.[30] En effet, selon la *Arbitration Act* de la Colombie-Britannique en vertu de laquelle la décision *Sattva* a été rendue, le tribunal commet une « erreur d'arbitrage » lorsqu'il outrepasse sa compétence,

créant ainsi le droit de demander à la Cour d'annuler la sentence.[31] Les seules provinces dont les lois sur l'arbitrage ne contiennent pas de dispositions distinctes en matière d'appel et d'annulation sont le Québec, Terre-Neuve-et-Labrador et l'Île-du-Prince-Édouard.[32] En se fondant sur cette distinction législative observée dans la plupart des lois canadiennes sur l'arbitrage, mais pas toutes, la Cour suprême, dans l'affaire *Sattva*, a peut-être jugé préférable de remettre à un autre jour la norme de contrôle applicable aux questions de compétence, même si elle l'a fait comprendre sans le dire.

## 4. LA FAILLE DANS LE CADRE RELATIF À LA NORME DE CONTRÔLE JUDICIAIRE ÉTABLI DANS L'ARRÊT SATTVA : DE LA DÉFÉRENCE, MAIS PAS ASSEZ

Bien que la Cour suprême ait proclamé, à juste titre, que la déférence est la règle, son cadre d'examen relatif à la norme de contrôle judiciaire est imparfait à deux égards : 1) la catégorie « questions d'importance capitale/questions étrangères au domaine d'expertise » n'a pas sa place dans le droit de l'arbitrage, et 2) dans la mesure où des questions constitutionnelles peuvent être soulevées en arbitrage commercial privé, le contrôle selon la norme de la décision correcte ne se prête que lorsque l'une des parties est une entité étatique.

Le lecteur est prié de ne pas oublier que *Sattva*, *Teal Cedar* et la myriade d'arrêts prononcés par des cours citées plus haut confirment la déférence à accorder aux tribunaux d'arbitrage commercial en vertu du droit canadien. Cette déférence est accordée en reconnaissance du choix des parties de voir leurs différends résolus de façon efficace et experte.[33] Toute exception à la règle du contrôle selon la norme de la décision correcte doit être suffisamment importante pour remplacer ces principes. D'après l'auteur, il ne suffit pas de transposer les catégories de contrôle selon la norme de la décision correcte dans le contexte du droit administratif sans analyser leur bien-fondé à la lumière des principes du droit de l'arbitrage. N'en déplaise à la Cour suprême, c'est exactement ce qu'elle a fait dans l'affaire *Sattva*. À tout le moins, la Cour n'a pas expliqué comment les principes du droit de l'arbitrage appuyaient les catégories de contrôle selon la norme de la décision correcte (ou du moins n'allaient pas à leur encontre).

### 4a. Le contrôle selon la norme de la décision correcte des questions d'importance capitale pour le système juridique et étrangères au domaine d'expertise de l'arbitre : une catégorie inexistante.

Si l'on considère les principes d'arbitrage mentionnés plus haut, il devient évident que, dans le contrôle selon la norme de la décision correcte, la catégorie « questions d'importance capitale/questions étrangères au domaine d'expertise » n'existe pas (et ne devrait pas exister) en droit de l'arbitrage pour deux raisons : 1) les questions tranchées en arbitrage privé (et souvent confidentiel) ne sont pas d'une importance capitale pour le système juridique public parce qu'elles se situent en dehors de ce système, par définition; et 2) la présomption que le tribunal est expert dans le domaine dont il est question dans l'arbitrage devrait être absolue. Étant donné que la catégorie « questions d'importance capitale/questions étrangères au domaine d'expertise » comprend deux volets, l'acceptation de l'un ou l'autre de ces arguments suffit à faire en sorte qu'on ne peut l'appliquer aux sentences arbitrales commerciales.

### 4a(i). LES QUESTIONS TRANCHÉES DANS LE CADRE D'UN ARBITRAGE PRIVÉ NE SONT JAMAIS D'IMPORTANCE CAPITALE POUR LE SYSTÈME JURIDIQUE.

À première vue, on pourrait penser que cette objection est erronée. Chose sûre, c'est que l'importance d'une question pour le système juridique est inhérente à la question elle-même, et non au tribunal qui tente de la trancher! Il n'y a aucun doute qu'en droit administratif, d'où découle la catégorie selon la norme de la décision correcte, cette proposition est correcte. Par contre, puisque cette catégorie découle du droit administratif (c'est-à-dire du droit public), elle présuppose tacitement que la « question » sera tranchée par un organisme public qui rendra une décision publiée (ou du moins accessible au public). L'importance potentielle d'une décision pour le système juridique est inextricablement liée à cette publicité.

L'une des principales justifications de l'application de la norme de la décision correcte aux questions de droit général est qu'il « doit y avoir une cohérence dans l'ensemble du système juridique ».[34] Une question est d'une importance capitale en raison de « ses répercussions sur l'administration de la justice dans son ensemble. »[35] La question de savoir si, et dans quelle mesure, elle est importante pour le système juridique dépend du champ de son effet juridique.[36] Lorsque le décideur est une autorité publique dont les décisions sont incluses dans le corpus de la jurisprudence canadienne, il y aura toujours un potentiel d'effet juridique (et par conséquent, une certaine « importance », aussi minime soit-elle) puisque ces décisions pourront être citées et prises en considération dans des affaires postérieures.[37] La question de savoir si une affaire traite d'une question d'« importance capitale » est d'un autre ordre.

Contrairement au processus décisionnel des administrations publiques, une décision prise en arbitrage est de nature privée et elle existe en dehors du système de justice publique.[38] De nombreuses sentences arbitrales, qui demeurent très privées et qui sont souvent protégées par des accords de confidentialité, restent secrètes. Peu importe l'importance de la question, rien de ce qui figure dans une sentence arbitrale prononcée par une autorité publique ne peut avoir un impact sur le système juridique plus général si cette sentence n'est jamais rendue publique.[39]

Même si, pour une raison ou une autre, certaines sentences arbitrales commerciales deviennent publiques, elles n'ont toutefois que peu d'importance pour le système juridique public. Pour des raisons évidentes, les sentences arbitrales commerciales ne sont pas systématiquement publiées; en fait, elles le sont rarement. L'absence de publication

# DEVENEZ UN AUTEUR DU JOURNAL

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

systématique empêche le public de savoir si le traitement réservé à une question, dans une sentence publiée, est isolé ou s'il s'inscrit dans une véritable « *jurisprudence* arbitrale *constante* ».[40] À cet égard, l'absence d'une jurisprudence arbitrale cohérente et accessible diminue la valeur de toutes les sentences arbitrales, même leur valeur persuasive. Bien que les décisions administratives[41] ni les sentences arbitrales commerciales[42] n'appellent la règle du précédent, le fait que la plupart des décisions des tribunaux administratifs canadiens sont systématiquement publiées et accessibles au public renforce la crédibilité et la valeur de chaque décision, puisqu'on peut les comparer à d'autres. Le système d'arbitrage commercial privé, faute d'un meilleur terme, n'offre pas une telle transparence et une telle cohésion institutionnelle. Par conséquent, même si une sentence arbitrale commerciale est publiée, elle ne devrait avoir qu'un impact négligeable, s'il y en a un, sur le système juridique public.

Dans l'arrêt *Dunsmuir* et dans d'autres affaires antérieures qui, dans le contexte du droit administratif, adoptent la catégorie des questions d'importance capitale/questions étrangères au domaine d'expertise, la Cour suprême n'a pas l'arbitrage commercial en tête. Puisque les questions tranchées par les tribunaux d'arbitrage commercial ne répondent pas catégoriquement au critère de l'« importance capitale », cette catégorie de contrôle selon la norme de la décision correcte ne peut pas s'appliquer aux sentences arbitrales commerciales.

**4a(ii). Dans tous les cas, l'expertise du tribunal arbitral devrait être présumée.**

Il devrait y avoir une présomption irréfragable que le tribunal est expert sur la question juridique qu'il tranche, et cela pour deux raisons. La première raison se fonde sur des principes et le second repose sur des questions pragmatiques.

En principe, le tribunal arbitral est réputé être expert en la matière dont il est saisi.[43] Comme il est expliqué plus haut, cette expertise présumée repose sur le droit des parties de choisir personnellement les personnes qui constituent le tribunal arbitral.[44] On pourrait aussi remarquer que, dans l'affaire *Sattva*, la présomption d'expertise ne dépend pas du fait que le ou les arbitres avaient, ou n'avaient pas, une formation de juristes. On peut supposer que la Cour suprême savait que la formation de juriste ou que l'expertise juridique dans un domaine du droit donné n'est pas requise pour siéger en tant qu'arbitre, bien que cette condition soit courante dans la pratique. Cet exemple illustre l'idée que l'arbitrage, en tant qu'institution, oblige la déférence. Autrement dit, le tribunal s'en remet davantage au principe de l'autonomie des parties qu'à la personne choisie par l'exercice de cette autonomie.

Le régime de droit administratif vise également à améliorer l'efficacité.[45] Or, il y a une différence essentielle : les parties ne choisissent ni le forum ni le décideur. Lorsque le législateur délègue légalement un pouvoir à un organe administratif et lui accorde une compétence exclusive sur une question donnée, les gens n'ont pas d'autre choix que de traiter avec cet organe. En arbitrage, on peut concevoir le droit des parties de choisir leur arbitre (en conjonction avec les objectifs présumés d'efficacité et de finalité) comme raison pour renoncer au droit de contester l'expertise de cette personne. On ne peut pas déduire la même renonciation dans le contexte du droit administratif.

Enfin, sur ce point, il pourrait être logique d'examiner minutieusement l'expertise d'un arbitre si la sentence arbitrale commerciale privée qu'il rend a des répercussions sociales plus larges. Comme nous l'avons expliqué longuement plus haut, il n'y en a pas. Puisque la sentence n'a aucune valeur juridique pour quiconque se trouvant en dehors de l'arbitrage, il suffit que les parties s'entendent sur la compétence de l'arbitre pour que les tribunaux n'aient pas à scruter l'expertise de cet arbitre quant à l'objet du litige devant le tribunal.

En pratique, déterminer si une question donnée relève de l'expertise du tribunal représente un cauchemar procédural. Premièrement, que faire si le tribunal est composé de trois membres? L'expérience et les références de chaque membre peuvent être uniques, et elles le seront probablement. Que faire si deux membres sont considérés comme « experts » sur une question juridique donnée, mais pas le troisième? Que faire si la Cour ne trouve qu'un membre qui ait une expertise suffisante au sein d'un tribunal qui compte trois membres? Et si le seul expert n'est pas d'accord? Le maintien de la présomption d'expertise évite les logiques judiciaires nécessaires pour répondre à ces questions.

Deuxièmement, peu importe que la sentence faisant l'objet de l'appel ait été rendue par un arbitre unique ou par un tribunal comptant trois membres, il est souhaitable d'éviter une situation dans laquelle le tribunal qui effectue le contrôle ne fasse essentiellement qu'un *voir-dire ex post facto* sur les compétences de l'arbitre.[46] Au lieu d'examiner le fond de la sentence, le regard se tourne vers les arbitres qui, vraisemblablement, sont absents et donc incapables de se défendre en appel. L'autre option est que les arbitres comparaissent comme témoins ou qu'ils déposent des affidavits et se soumettent à un contre-interrogatoire. Un tel processus est particulièrement peu attrayant pour l'arbitre dont la sentence fait déjà l'objet d'un appel et qui doit maintenant défendre ses compétences devant un tribunal. Il va sans dire que, pour un arbitre, se faire dire publiquement qu'il n'a pas suffisamment d'expertise dans un domaine du droit le placerait dans une situation délicate et pourrait nuire à sa réputation professionnelle.

Le fait de s'abstenir de procéder à une évaluation d'expertise est également compatible avec les contextes judiciaire et administratif. Les tribunaux de révision n'examinent pas le passé d'un juge ou d'un décideur administratif pour accepter sa compétence sur un point de droit donné. En fait, l'expertise du tribunal en droit général (ou dans les domaines où il exerce sa compétence) et

l'expertise d'une entité administrative dans son domaine de compétence législative sont d'ordre institutionnel.[47] Aux fins du contrôle judiciaire, cette expertise institutionnelle est présumée se trouver chez le décideur individuel par le seul fait d'occuper la fonction et non par son expertise personnelle, qui peut varier.[48] Autrement, on porterait atteinte à l'intégrité institutionnelle de la Cour ou de l'entité administrative, et on inciterait à critiquer les décideurs sur leurs antécédents personnels et professionnels.

De même, pour conserver l'intégrité institutionnelle de l'arbitrage en tant que système parallèle de justice privée, la Cour devrait évaluer l'expertise du tribunal au niveau institutionnel et non au niveau individuel.[49] De par sa nature même, l'expertise institutionnelle ne peut être réfutée parce qu'elle a déjà été jugée. Comme il a été indiqué plus haut, le juge Rothstein a reconnu l'expertise présumée d'un tribunal d'arbitrage commercial en sachant pertinemment que les parties sont libres de nommer un arbitre illettré, et donc forcément un arbitre sans formation juridique et sans expertise spécialisée dans le droit substantiel applicable. Par conséquent, l'expertise institutionnelle du tribunal arbitral devrait être présumée dans tous les cas.

**4b. Contrôle judiciaire des questions d'ordre constitutionnel en fonction de la norme de la décision correcte et le manque de distinction entre l'arbitrage « privé-privé » et l'arbitrage « privé-public ».**

Contrairement à la catégorie de contrôle judiciaire des questions d'importance capitale/questions étrangères au domaine d'expertise, les questions constitutionnelles peuvent, en théorie, se poser en arbitrage commercial. Pourtant, la question demeure de savoir s'il y a une raison d'importer du droit administratif la catégorie de contrôle selon la norme de la décision correcte au droit de l'arbitrage. Avant d'aborder de front cette question, deux observations préliminaires s'imposent : 1) dans l'arbitrage commercial, particulièrement entre des parties privées (arbitrage dit « privé-privé »), les questions constitutionnelles sont rares; et 2) si une question constitutionnelle se présente, un tribunal d'arbitrage commercial est habilité à la trancher.

**4b(i). Observations préliminaires**

Certes, les questions constitutionnelles ne se posent pas fréquemment dans l'arbitrage commercial, surtout dans l'arbitrage privé-privé. Puisque les particuliers n'ont pas d'obligations constitutionnelles les envers les autres, aucune réclamation pour violation d'un droit garanti par la *Charte* ne peut être faite dans le cadre d'un arbitrage commercial privé-privé. Il est évident que les personnes privées ne sont pas soumises au partage constitutionnel des compétences. L'auteur ne peut concevoir qu'un seul scénario (plutôt improbable) dans lequel une question constitutionnelle pourrait se poser dans un arbitrage privé-privé : lorsque le demandeur se fonde sur une cause d'action prévue par la loi et que le défendeur soutient qu'elle est inconstitutionnelle.

Supposons un différend soumis à l'arbitrage pour une prétendue violation du droit d'auteur dans lequel le demandeur fait valoir qu'en plus de violer son droit d'auteur, le défendeur a contourné une « mesure technique de protection » (MTP) en vertu de l'article 41.1 de la *Loi sur le droit d'auteur*.[50] Parmi ses moyens de défense, le défendeur pourrait soutenir que l'article 41.1 est inconstitutionnel parce qu'il empiète sur le pouvoir provincial de réglementer le droit des biens et les droits civils dans la province en vertu du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.[51] Dans un tel cas, il est concevable qu'un tribunal puisse effectuer une analyse constitutionnelle pour déterminer si l'article 41.1 de la *Loi sur le droit d'auteur* empiète sur la compétence législative provinciale. Le scénario précédent (ou un scénario semblable) ne peut pas être fréquent puisque la majorité des réclamations soumises à l'arbitrage privé-privé sont fondées sur des causes d'action contractuelles plutôt que sur des causes d'action prévues par la loi.[52] Compte tenu de ce qui a été dit précédemment, les arbitres dans les affaires d'arbitrage commercial privé-privé n'auront probablement pas à ressortir régulièrement leurs textes de droit constitutionnel.

Cela dit, dans l'éventualité peu probable qu'un tribunal arbitral commercial soit confronté à une question constitutionnelle, il a le pouvoir de trancher la question. Étant donné que la Cour suprême a nommé les questions constitutionnelles dans l'arrêt *Sattva* comme étant l'une des catégories de contrôle selon la norme de la décision correcte, ce point semble trop évident pour être mentionné. Mais comme le présent article s'appuie sur une divergence entre le droit administratif et les principes du droit de l'arbitrage pour critiquer le cadre relatif à la norme de contrôle judiciaire établi dans l'arrêt *Sattva*, la rigueur intellectuelle exige plus que la reconnaissance implicite de la Cour suprême dans l'affaire critiquée à savoir qu'un tribunal arbitral peut trancher des questions constitutionnelles.

Le tribunal a la compétence générale de trancher des questions juridiques,[53] ce qui inclut sans doute les questions juridiques constitutionnelles.[54] La constitutionnalité, ou la non-constitutionnalité, d'une loi ne dépend pas de la déclaration d'un tribunal : elle est constitutionnelle ou elle ne l'est pas.[55] En droit public, le principe de la suprématie de la constitution dit que les tribunaux administratifs et les entités administratives ne peuvent pas appliquer une loi qui est inconstitutionnelle et doivent donc être autorisés à en contrôler la constitutionnalité pour en assurer le respect.[56]

Au lieu de se baser sur la suprématie de la constitution, un arbitre pourrait arriver à la même conclusion en se fondant sur la convention des parties, qui est la « loi habilitante » de l'arbitre et la « loi suprême ». Supposons qu'une convention d'arbitrage détermine que c'est le droit en Ontario qui sera le droit substantiel applicable au différend. Raisonnablement, à moins que les parties ne précisent délibérément que le tribunal devrait appliquer la loi en vigueur à un autre moment, la seule loi ontarienne applicable sera celle qui est à la fois valide et en vigueur au moment où la demande est introduite.[57] Si une partie

soutient qu'une loi sur laquelle l'autre partie s'appuie est invalide, constitutionnellement ou autrement (p. ex., si la loi été abrogée ou modifiée), il incombe au tribunal de s'assurer qu'il n'excède pas sa compétence en appliquant les règles de droit dont les parties n'ont pas convenu.

**4b(ii). Le caractère raisonnable pour l'arbitrage privé-privé, la norme de la décision correcte pour l'arbitrage public-privé**

En évaluant la norme de contrôle appropriée pour les questions constitutionnelles, le tribunal devrait distinguer entre l'arbitrage privé-privé et l'arbitrage public-privé. La principale différence est que dans l'arbitrage public-privé, une des parties, celle qui est publique, est tenue de respecter la *Charte* et ne peut agir que dans le cadre de l'autorité que la Constitution confère à son ordre de gouvernement, fédéral ou provincial.

Dans le cas de l'arbitrage privé-privé, la norme du caractère raisonnable devrait s'appliquer à toutes les décisions juridiques, même celles qui interprètent la Constitution. Comme on l'a noté ailleurs, toute dérogation au caractère raisonnable présumé devrait être justifiée à la lumière des principes du droit de l'arbitrage. La catégorie des questions constitutionnelles n'est pas satisfaisante à deux égards : 1) La principale justification de l'application de la norme de la décision correcte aux décisions d'ordre constitutionnel d'un tribunal administratif—le maintien de la suprématie de la Constitution et de la primauté du droit en empêchant toute transgression de la part du gouvernent—ne se manifeste pas dans l'arbitrage commercial privé-privé; et 2) puisque l'autonomie des parties leur permet de choisir la loi ou l'ensemble de règles (canadiennes ou autres) qui s'appliquent à la résolution de leur différend, il n'y a aucune exigence absolue pour le tribunal d'appliquer correctement les lois du Canada, y compris la Constitution.

Rappelons qu'une sentence arbitrale fait autorité uniquement entre les parties et n'a pas d'existence publique comme telle, du moins jusqu'à ce qu'une partie entreprenne des procédures pour faire exécuter la sentence, interjeter appel ou annuler la sentence.[58] Puisque l'autorité du tribunal découle entièrement de l'accord entre les parties, l'arbitrage commercial privé-privé n'est pas concerné par la question d'une transgression du gouvernement (par le législatif ou l'exécutif). Par contre, le contrôle judiciaire de l'action administrative vise principalement à maintenir la primauté du droit en veillant à ce que les entités étatiques n'outrepassent pas leur autorité et en sauvegardant la suprématie législative/constitutionnelle.[59] La suprématie constitutionnelle est un principe vital de droit public, car l'ordre public exige que les tribunaux administratifs et les entités administratives exercent leur pouvoir coercitif dans le cadre des limites constitutionnelles.[60]

On ne peut accorder la même importance à ce principe en arbitrage qui, en tant que système de justice privé, parallèle au système public, est sans doute la chose la plus éloignée du droit public. La nature privée de l'arbitrage signifie que si un tribunal arbitral commercial interprète mal la Constitution, il n'y a pas plus d'incidence sur la primauté du droit que si le tribunal interprétait mal une autre loi. L'erreur de droit est limitée, car ses effets ne peuvent aller au-delà des parties à la convention d'arbitrage. Certains diront que l'ordre public exige qu'une cour d'appel veille à ce que toutes les décisions rendues au Canada en vertu du droit canadien, y compris celles prises en arbitrage commercial privé-privé, interprètent correctement la Constitution. Toutefois, on ne sait pas très bien quelle pourrait être cet ordre et s'il est possible qu'il outrepasse la politique qui favorise la déférence curiale fondée sur les principes d'expertise, d'efficience et de finalité. Comme pour le critère de l'« importance capitale » évoqué plus haut, la distance qui sépare l'arbitrage commercial privé-privé du système de justice publique le rend substantielle-


Règles nationales
DE MÉDIATION
La norme idéale

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 à cette convention 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].*

**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.**

CLIQUEZ ICI POUR UNE COPIE
416-487-4733 1-877-475-4353 *admin@adric.ca.*

# SOUMISSION D'ARTICLES

*Les auteurs qui soumettent des articles à l'IAMC jouissent de la reconnaissance associée à leur contribution à des publications canadiennes de premier plan dans le domaine de la PRD. Vos idées, vos opinions et vos coordonnées parviennent aux publics les plus influents et les plus intéressés de tout le Canada : les parties à la médiation ou à l'arbitrage et leurs avocats (pour Perspectives PRD) et les spécialistes en PRD (pour le Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien).*

*— Janet McKay*
*Directrice générale de l'IAMC*

## SOUMETTEZ VOS ARTICLES

de 950 mots au plus, pour publication dans Perspectives PRD, ou De 5000 mots au plus, pour publication dans le Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien.

Joignez-vous à nous sur les médias sociaux

**Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien**

Article de 5000 mots au plus destiné aux spécialistes en PRD

RÉDACTEUR EN CHEF :
William G. Horton, Arb.A, FCIArb

**Perspectives PRD**

Article de 950 mots au plus destiné aux parties à la médiation ou à l'arbitrage et à leurs avocats

CORÉDACTEURS EN CHEF :
Bryan C. Duguid, c.r., FCIArb
Pamela Large Moran, Méd.A, Arb.A

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

En savoir plus >

POUR PLUS D'INFORMATIONS SUR LES LIGNES DIRECTRICES IMPORTANTES, LE PROCESSUS DE SOUMISSION ET LES POSSIBILITÉS DE PUBLICITÉ, VISITEZ LE SITE ADRIC.CA.

ment différent des procédures administratives, de sorte que les principes qui sous-tendent l'un ne s'appliquent pas nécessairement à l'autre.

En accord avec le thème établi, la deuxième raison pour laquelle les questions d'ordre constitutionnel ne devraient pas changer la déférence due à un tribunal arbitral dans l'arbitrage privé-privé concerne l'autonomie des parties. Le tribunal arbitral est tenu de trancher le litige sur la base de l'ensemble des règles que les parties lui communiquent. Les parties peuvent charger le tribunal de statuer sur leurs affaires commerciales conformément à la charia[61], à la loi halachique[62] ou à la loi ferengie[63]. Littéralement, les parties sont libres de demander au tribunal « Que ferait Jésus dans cette situation »? et d'accepter la réponse, peu importe.[64] Le tribunal n'est donc tenu de respecter le droit substantiel canadien que si les parties choisissent ce droit pour régler leur différend. En réalité, rien n'empêche une partie d'ordonner expressément à un tribunal arbitral de trancher un différend conformément à une loi caduque ou qu'un tribunal a déclarée inconstitutionnelle.[65] Cette dernière observation révèle que la Constitution, bien que sacro-sainte dans le système de justice publique, n'est qu'une loi parmi d'autres qui pourrait s'appliquer ou non à l'arbitrage commercial. Quand on passe du cadre du droit administratif à celui de l'arbitrage commercial privé-privé, il n'y a plus de raison de placer les questions d'ordre constitutionnel sur un piédestal.

L'arbitrage commercial public-privé est une autre question. En théorie, le raisonnement présenté ci-dessus s'applique également à l'arbitrage public-privé. Après tout, les principes d'arbitrage dont il est longuement question dans le présent article ne cessent pas de s'appliquer simplement parce que la procédure implique une entité étatique. La différence est que, contrairement au contexte de l'arbitrage privé-privé, il existe un intérêt public prépondérant à ce que l'État respecte ses obligations constitutionnelles et sa compétence. Ainsi, les tribunaux ne doivent pas permettre que, sous couvert de l'arbitrage, l'État accomplisse en privé ce qu'il ne peut pas faire en public. Autrement dit, les entités étatiques ne doivent pas être autorisées à s'isoler des ramifications constitutionnelles de leur action législative ou exécutive en faisant preuve de déférence envers un tribunal arbitral qui n'existerait pas si un conseil administratif, un tribunal ou une commission était saisi du même différend.

Le scénario de *Teal Cedar* en est un bon exemple. Une partie privée a porté en arbitrage commercial un différend avec le gouvernement de la Colombie-Britannique. La loi en cause, la *Forestry Revitalization Act*[66], exigeait que les parties soumettent à l'arbitrage un différend relatif à une compensation en contrepartie de la réduction de son accès à certaines améliorations qu'il a apportées à des terres de la Couronne. La loi aurait tout aussi bien pu désigner un tribunal administratif pour se prononcer sur la demande. Le corps législatif de la Colombie-Britannique a plutôt opté pour l'arbitrage commercial en vertu de la *BC Act*. Aucune question constitutionnelle n'a été soulevée dans l'affaire *Teal Cedar*, mais si cela avait été le cas, l'application de la déférence à la décision du tribunal arbitral sur ce point signifierait que la province de la Colombie-Britannique aurait pu s'en tirer en agissant de manière inconstitutionnelle (soit en violant les droits garantis par la *Charte* ou en outrepassant son pouvoir législatif) et échapper à l'autorité de surveillance non différentielle de la Cour supérieure. Selon l'auteur, l'intérêt public à ce que l'État observe la Constitution l'emporte sur les intérêts politiques concurrents qui sous-tendent la déférence curiale à l'égard des tribunaux d'arbitrage commercial. Les cours d'appel doivent donc appliquer la norme de la décision correcte aux appels portant sur des questions de droit d'ordre constitutionnel découlant d'un arbitrage public-privé.

## 5. CONCLUSION

La Cour suprême du Canada et d'autres tribunaux canadiens ont, avec raison, fait preuve de déférence dans le contrôle des erreurs de droit commises par un tribunal arbitral. Les changements que cet article recommande appuient cette approche en tentant d'éliminer du cadre relatif à la norme de contrôle judiciaire ces vestiges inapplicables du droit administratif entretenus par l'arrêt *Sattva*.

Aucune question juridique ne relève pas de l'expertise d'un tribunal arbitral. En l'absence d'une entente entre les parties à l'effet contraire, cette expertise est incontestable. Jamais la décision d'un tribunal arbitral n'est d'une importance capitale pour le système juridique public canadien, jamais. D'un point de vue jurisprudentiel, la décision d'un tribunal arbitral est inexistante. Une décision n'a donc (pratiquement) aucune importance dans le système juridique public canadien.

Ce n'est que lorsqu'un acteur étatique est partie à un arbitrage que les déclarations sur la Constitution de la part du tribunal devraient faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte parce qu'un tel acteur ne peut pas échapper aux limites que lui impose la Constitution en optant pour l'arbitrage plutôt que pour des procédures administratives ou judiciaires. En revanche, lorsqu'un arbitrage n'implique que des parties privées, l'« interprétation constitutionnelle » du tribunal devrait être traitée comme n'importe quelle autre interprétation puisque la Constitution n'est qu'une autre loi à laquelle les parties peuvent soumettre leur différend.

Les juges ont l'habitude de faire preuve de retenue lorsqu'ils exercent leur pouvoir de contrôle sur les tribunaux administratifs. Depuis l'arrêt *Sattva*, ils n'ont eu aucune difficulté à étendre cette pratique aux tribunaux arbitraux commerciaux. À la lumière de ce qui précède, remanier le cadre de la norme de contrôle dans *Sattva* tel qu'il est suggéré ne représente qu'un petit fardeau pour les tribunaux, mais cela contribuerait grandement à préserver l'intégrité institutionnelle de l'arbitrage commercial.

1 2014 CSC 53 (*Sattva*).
2 2008 CSC 9 (*Dunsmuir*).
3 2017 CSC 32 (*Teal Cedar*). Bien que *Teal Cedar* ait été à l'origine du présent article, la Cour suprême n'y aborde aucun des points suivants, choisissant plutôt d'appliquer directement le cadre relatif à la norme de contrôle judiciaire énoncé dans *Sattva*. Cependant, l'arrêt *Teal Cedar* est mentionné à la section 4b ci-dessous pour illustrer la pertinence de la distinction privé-privé/public-privé pour la norme de contrôle des questions constitutionnelles.
4 Comme il est dit à la section 3, plus bas, l'auteur est d'avis que le cadre relatif à la norme de contrôle judiciaire établi dans *Sattva* ne s'applique qu'aux questions portant sur le fond d'une sentence arbitrale.
5 L'auteur parle d'*arbitrabilité* pour décrire les types de différends que les parties peuvent résoudre par arbitrage.
6 Les questions de compétence, ou les « véritables questions de limites de pouvoir », constituent une autre catégorie de contrôle selon la norme de la décision correcte donnée dans *Dunsmuir*. Cette catégorie fait l'objet d'une brève discussion à la section 3, plus bas.
7 *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, au par. 40 (*Desputeaux*); *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, au par. 38 (*GreCon*); *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, au par. 132 (*Dell*); *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, au par. 99 (*Seidel*).
8 Par exemple : *Ledore Investments Limited (Ross Steel Fabricators & Contractors) c. Ellis-Don Construction Ltd.*, 2017 ONCA 518, au par. 19 (*Ledore*); *Popack c. Lipszyc*, 2016 ONCA 135, au par. 26; *Inforica Inc. c. C.G.I Information Systems and Management Consultants Inc.*, 2009 ONCA 642, au par. 14; *Chriscan Enterprises Ltd. c. Bricor Mechanical Ltd.*, 2016 BCCA 442, aux par. 28-29 (*Chriscan*); *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp. (1990)*, 1991 CanLII 5708 (BC CA); *Rhéaume c. Société d'investissements l'Excellence inc.*, 2010 QCCA 2269, au par. 57 (*Rhéaume*).
9 Voir l'Article V de la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (1958), qu'on appelle communément la « Convention de New York ». La Convention de New York est en vigueur dans toutes les provinces et tous les territoires du Canada (à l'exception du Québec, où elle est considérée comme une aide à l'interprétation) et, au moment de la rédaction de cet article, elle a été signée par 157 États. Voir aussi les articles 34 et 36 de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)*, qui, à ce jour, a été adoptée par 106 autorités territoriales, dont toutes les provinces et tous les territoires du Canada, à l'exception du Québec où elle est considérée comme une aide à l'interprétation). Voir : *Loi de 2017 sur l'arbitrage commercial international*,2017, LO 2017, c 2, ann 5 (Ontario); *International Commercial Arbitration Act*, RSA 2000, c I-5 (Alberta); *International Commercial Arbitration Act*, RSNL 1990, c I-15 (Terre-Neuve-et-Labrador); *International Commercial Arbitration Act*, RSNS 1989, c 234 (Nouvelle-Écosse); *International Commercial Arbitration Act*, RSBC 1996, c 233 (Colombie-Britannique); *Loi sur l'arbitrage commercial international*, LRN-B 2011, c 176 (Nouveau-Brunswick); *International Commercial Arbitration Act*, RSPEI 1988, c I-5 (Île-du-Prince-Édouard); *Loi sur l'arbitrage commercial international*, CPLM c C151 (Manitoba); *The International Commercial Arbitration Act*, SS 1988-89, c I-10.2 (Saskatchewan); *Loi sur l'arbitrage commercial international*, LRTN-O 1988, c I-6 (Territoires du Nord-Ouest); *Loi sur l'arbitrage commercial international*, LRY 2002, c 123 (Yukon); *Loi sur l'arbitrage commercial international*, LRTN-O (Nu) 1988, c I-6 (Nunavut); *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25.01, articles 649 et 652 (*CPC*).
10 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd edition (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014) p. 3176, 3427 et 3445; Teresa Cheng, « Celebrating the Fiftieth Anniversary of the New York Convention », dans Albert Jan van den Berg éd., *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference 680* (ICCA Congress Series No. 14, 2009).
11 *Desputeaux*, aux par. 22 et 67-69; *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure*, 3rd ed (Huntington, New York: Juris, 2017), p. 49 (*Arbitration Law of Canada*). Plusieurs affaires traitent du principe de la liberté contractuelle en relation avec l'arbitrage dans le contexte de procédures de suspension ou de reconnaissance de sentence. Voir : *Deuterium of Canada Ltd. et al. c. Burns & Roe Inc. et al.*,, [1975] 2 RCS 124 (« Il peut se trouver des cas où il serait de toute évidence vain et inefficace de soumettre la question à l'arbitrage et dans un tel cas il serait peut-être souhaitable de refuser une suspension d'instance en vertu de l'art. 5, nonobstant l'existence d'une clause Scott et Avery, mais à mon avis il ne s'agit pas d'un cas de ce genre en l'espèce, et même je suis convaincu que lorsque, comme ici, un contrat est conclu entre deux compagnies importantes, traitant à distance et sans doute après avoir pris conseil, on porterait atteinte à la liberté de contracter si l'on décidait que les cours peuvent faire obstacle à une condition préalable librement acceptée par toutes les parties et visant à limiter les conditions dans lesquelles des poursuites peuvent être intentées en vertu du contrat. »); *Rhéaume*, au par. 80; *MacKinnon v National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, au par. 36.
12 *Arbitration Law of Canada*, p. 2, citant Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration* (Oxford : Oxford University Press, 2013), p. 5.
13 Ibid. à la p. 49. De nombreuses lois canadiennes sur l'arbitrage accordent au tribunal arbitral une grande latitude en matière de procédure. Voir par exemple les lois provinciales sur l'arbitrage qui sont en vigueur en Ontario, au Nouveau-Brunswick, en Alberta, en Saskatchewan et au Manitoba. Elles sont basées sur la *Loi uniforme sur l'arbitrage* de 1990 adoptée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (*Loi de 1991 sur l'arbitrage*, LO 1991, c 17 (*Loi ontarienne*), c 17; *Loi sur l'arbitrage*, LRN-B 2014, c 100; *Arbitration Act*, RSA 2000, c A-43; *The Arbitration Act*, 1992, SS 1992, c A-24.1; *Loi sur l'arbitrage*, CPLM c A120).
14 *Teal Cedar*, au par. 74; *Wolfe et al v Taylor et al; Fat Cat Farms Ltd et al v Wolfe et al*, 2017 MBCA 74, au par. 74; *On Call Internet Services Ltd. v Telus Communications Company*, 2013 BCCA 366, au par. 57 (*On Call*); *Broadband Communications North Inc. v I-Netlink Incorporated*, 2017 MBQB 146; *Park v Insurance Corporation of British Columbia*, 2002 BCSC 611, au par. 22.
15 *On Call*, au par. 57; *Arbitration Law of Canada*, p. 271 sqq.
16 La Cour supérieure de justice de l'Ontario et la Cour suprême de la Colombie-Britannique traitent de la confidentialité implicite de l'arbitrage, respectivement, dans *Gea Group AG v. Ventra Group Co.* 2009 CanLII 17992 (ON SC) et *Hi-Seas Marine Ltd. v. Boelman*, 2006 BCSC 488, mais ni l'une ni l'autre ne donne un avis définitif. Dans *McHenry Software Inc. v. ARAS 360 Incorporated*, 2014 BCSC 1485, au par. 35, La Cour suprême de la Colombie-Britannique a déclaré qu'« il n'y a pas de principe général selon lequel la confidentialité des procédures d'arbitrage s'applique aux procédures judiciaires lorsque l'arbitrage fait l'objet d'un appel. » Dans ce cas-là, les règles du BCICAC, qui contiennent une clause de confidentialité intégrée, s'appliquaient à l'arbitrage. Pour le point de vue du Royaume-Uni, voir *Arbitration Law of Canada*, p. 274, citant *Dolling-Baker v Merrett*, [1991] 2 All ER 890 (CA); *Hasseh Insurance Co. of Israel v Mew*, [1993] 2 Lloyd's Rep 243 (Q.B.). En outre, certaines institutions arbitrales comprennent des dispositions sur la confidentialité dans leurs règles d'arbitrage.
17 *Sattva*, au par. 105.
18 Par exemple : *Loi ontarienne*, alinéa 13(1)2. Voir aussi *Arbitration Law of Canada*, p. 177, citant *Tankoos Yarmon Ltd. v T. Eaton Co.* (1981), 33 OR (2d) 480 (HC).
19 RSBC 1996, c 55 (*BC Act*).
20 *Sattva*, au par. 53, citant *King v Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, au par. 21.
21 La caractérisation est aussi pertinente pour déterminer la norme de contrôle judiciaire applicable en appel d'une décision sur l'interprétation contractuelle. La norme habituelle de contrôle en appel énoncée dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33 s'applique (c.-à-d. la norme d'erreur manifeste et dominante sur une question mixte, à moins qu'une erreur purement juridique ne soit identifiée, auquel cas la norme de la décision correcte s'applique).
22 *Sattva*, au par. 104.
23 Ibid, par. 105.
24 *Dunsmuir*, au par. 47
25 *Teal Cedar*, au par. 84; *Ledore*, au par. 20; *Chriscan*, aux par. 60-61; *The City of Ottawa v The Coliseum Inc.* 2016 ONCA 363, au par. 35; *Layman v Layman Estate*, 2016 NLCA 13, au par. 20.
26 Ibid, par. 59.
27 Ibid, par. 61.
28 Lorsque le tribunal arbitral tire son autorité d'une convention d'arbitrage (plutôt que d'une loi), l'évaluation de sa compétence est une question d'interprétation des contrats. Conformément au principal motif de *Sattva*, l'interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit à partir de laquelle on peut identifier une erreur purement juridique. Voir : *Sattva*, aux par. 50-53.
29 Articles 45 et 46 de la *Loi uniforme sur l'arbitrage* (1990). Les lois des provinces et des territoires suivants contiennent des dispositions distinctes pour les appels et les demandes d'annulation d'une sentence : l'Ontario, la Colombie-Britannique., l'Alberta, la Saskatchewan, le Manitoba, le Yukon, les Territoires du Nord-Ouest, le Nunavut, le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse.
30 C'est le cas des lois basées sur la *Loi uniforme sur l'arbitrage* (1990). Voir par exemple : *Loi ontarienne*, alinéa 46(1)3 « La 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. »
31 *BC Gas Inc. v. Westcoast Energy Inc.*, [1990] BCJ No 2924, au par. 22, 21 ACWS (3e) 154; *DNM Systems Ltd. v Lock-Block Canada Ltd.*, 2015 BCSC 2014, au par. 84; *Arbutus Software Inc. v ACL Services Ltd.*, 2012 BCSC 1834, au par. 80.
32 *CCP*, articles 646 et 648. *Arbitration Act*, RSPEI 1988, c A-16, par. 12(2); *Arbitration Act*, RSNS 1989, c 19, par. 15(2). Dans l'affaire *Nova Scotia Liquor Commission v Nova Scotia Government Employees' Union, Local 470*, 1990 CanLII 2469 (NS CA), la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Section d'appel) a déclaré que les contestations de compétence relèvent du par. 15(2) (« annulation d'un arbitrage ») de la Loi.
33 *Sattva*, au par. 105; *Teal Cedar*, au par. 1.
34 Donald JM Brown & John M Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (Toronto : Carswell, 2009), 14:4410; *Dunsmuir*, au par. 60; *Stewart v Elk Valley Coal Corporation*, 2015 ABCA 225, au par. 47.
35 *Dunsmuir*, au par. 60; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 CSC 34, au par. 66 (*Irving Pulp & Paper*); *Loewen v Manitoba Teachers' Society*, 2015 MBCA 13, au par. 43 (*Loewen*).
36 L'auteur insiste sur l'effet juridique. Dans *Irving Pulp & Paper*, la Cour suprême du Canada a clairement indiqué que l'effet direct d'une décision sur le public n'en fait pas une question d'importance générale. Ce qui importe, c'est plutôt l'effet potentiel de la décision sur l'ensemble du système juridique.
37 Même si la règle du précédent ne s'applique pas à une décision, elle pourrait

néanmoins avoir un effet persuasif sur les formations ultérieures du même tribunal, et même sur les cours d'appel. Pour avoir un point de vue réfléchi sur la prise de décision judiciaire (bien qu'il ne porte pas directement sur le droit administratif) en tant qu'acte jurisprudentiel créateur de « lignées de précédents », voir : Elizabeth F Judge, « Precedent and the Individual Opinion: Judges Judging Judgments and the Creation of the Law Canon », (2008) *Western Humanities Review*, 61, disponible à l'adresse suivante : https://ssrn.com/abstract=1956589.

38 *Desputeaux*, au par. 40; *GreCon*, au par. 38; *Dell,* au par. 132, *Seidel*, au par. 99; *Arbitration Law of Canada,* p. 283.

39 On reconnaît qu'une sentence arbitrale pourrait devenir « publique » dans une certaine mesure lorsqu'elle est portée en appel, bien que les parties puissent demander une ordonnance de confidentialité, chose qui leur est généralement accordée, surtout si le processus d'arbitrage et la sentence sont couverts par des accords de confidentialité. On pourrait défendre l'idée que l'importance capitale ne devrait pas découler d'un appel interjeté. La jurisprudence citée plus haut, dont *Dunsmuir* et *Irving Pulp & Paper*, suggère que l'importance capitale doit être intrinsèque à la décision.

40 Par exemple, si une formation de la Commission des relations de travail et de l'emploi dans le secteur public fédéral interprète une disposition législative d'une certaine manière, et si les formations, dans une douzaine d'autres décisions, l'ont interprétée différemment, un plaideur peut reconnaître la première interprétation comme un cas aberrant. De la même manière, on peut imaginer une situation semblable en arbitrage commercial : une question est tranchée treize fois par différents tribunaux d'arbitrage commercial, et l'un d'entre eux tranche la question différemment des autres. La différence est que, dans le contexte de l'arbitrage, il se peut que cette décision « aberrante » soit la seule sentence qui soit publiée. Cela pourrait créer une image qui n'est pas représentative de la majorité des points de vue juridiques sur la question.

41 Voir *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*,[1993] 2 RCS 756, par. 91, où la Cour suprême a confirmé le principe selon lequel les tribunaux administratifs n'ont pas l'obligation d'appliquer la règle du *stare decisis.* Puisque ces décisions ne lient pas les formations arbitrales du même tribunal qui a rendu la décision ni les instances supérieures, elles n'ont jamais la force d'un précédent. Voir également : *Syndicat de l'enseignement des Vieilles-Forges (CSQ) c. Commission scolaire du Chemin-du-Roy*, 2015 QCCA 106, au par. 18; *TransCanada PipeLines Ltd. v Beardmore (Township)*, [2000] OJ No 1066, au par. 129, 186 DLR (4th) 403.

42 *Desputeaux*, au par. 62.

43 *Sattva*, au par. 105; *Intact Insurance Company v Allstate Insurance Company of Canada*, 2016 ONCA 609, au par. 50; *The Dominion of Canada General Insurance v Aviva Canada et al.*, 2015 ONSC 6195, au par. 18.

44 Diverses règles de l'institution d'arbitrage prévoient un rôle pour l'institution dans la sélection d'une formation arbitrale. En tout état de cause, en choisissant de faire arbitrer un différend sous les auspices d'une institution jouant un tel rôle, les parties ont expressément délégué leur droit de choisir un arbitre à l'institution. Ainsi, les parties continuent d'exercer l'autonomie des parties, mais par procuration.

45 Guy Régimbald, *Canadian administrative Law*, 2nd ed (Markham, Ontario : Lexis Nexis Canada, 2015) p. 3; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, aux par. 1 et 55.

46 L'auteur note que la Cour d'appel du Manitoba, dans *Loewen*, au par. 60, présente la présomption d'expertise comme étant réfutable. La Cour fonde ce commentaire sur des affaires de droit administratif qui n'appuient pas cette conclusion, ceci dit avec tout le respect que je lui dois. Il est vrai que l'une des causes citées par la Cour d'appel, *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 616, 2011 CSC 59, au par. 53 (*Nor-Man*), contredit directement cette proposition en expliquant que l'expertise d'un arbitre du travail est institutionnelle, et non attribuable à la personne même de l'arbitre.

47 En ce qui concerne les tribunaux, voir *Housen c. Nikolaisen,* 2002 CSC 33, au par. 9 où la Cour suprême décrit la fonction institutionnelle « en matière de création du droit » de la Cour d'appel. La Cour ne dit pas explicitement que l'expertise législative est institutionnelle plutôt qu'inhérente aux membres de la cour d'appel eux-mêmes. Toutefois, il en résulte *a fortiori* le fait que l'expertise législative de la cour d'appel est institutionnelle puisque les membres des cours d'appel, bien que tous soient des juristes hautement qualifiés, ne sont pas intrinsèquement plus compétents en droit que les juges des tribunaux inférieurs; ils ne sont donc pas, par nature, de meilleurs « législateurs » que les juges des tribunaux inférieurs. D'ailleurs, les juges d'appel commencent souvent leur carrière judiciaire dans les tribunaux inférieurs. Dans ce contexte, l'expertise de la cour d'appel en matière législative doit découler du rôle institutionnel de la cour, et elle n'est pas inhérente aux membres de la cour d'appel, aussi experts soient-ils. En ce qui concerne les décideurs administratifs, voir : *Edmonton (ville de) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, au par. 33; *Dunsmuir*, au par. 68.

48 *Nor-Man*, au para 53.

49 Comme nous l'avons déjà mentionné, dans *Nor-Man*, au paragraphe 53, la Cour suprême du Canada a reconnu que les arbitres en relation de travail bénéficient d'une expertise institutionnelle plutôt que personnelle. Bien que l'arbitrage en droit du travail ne soit pas le même que l'arbitrage commercial, les deux présentent de nombreuses similitudes, y compris celles que mentionne le juge Rothstein dans l'arrêt *Sattva*.

50 RSC, 1985, c C-42.

51 30 et 31 Victoria, c 3 (UK). L'auteur ne se prononce pas sur le bien-fondé d'un tel argument. Au moment d'écrire ces lignes, un seul cas a appliqué les interdictions de contourner les MTP de la *Loi sur le droit d'auteur*, et aucun argument constitutionnel n'a été avancé. Voir : *Nintendo of America Inc. v King*, 2017 FC 246.

52 Les affaires de propriété intellectuelle constituent peut-être une exception notable à une règle qui est par ailleurs très générale.

53 *Arbitration Law of Canada*, p. 378. Dans certains cas, ce pouvoir est expressément conféré dans les lois nationales sur l'arbitrage. Voir par exemple : *BC Act*, art. 23(1); *Loi ontarienne*, art. 38(2).

54 Voici ce que dit la loi sur les tribunaux administratifs : *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, au par. 39; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 SCR 5 9 *Cuddy Chicks*). À cet égard, l'auteur ne voit aucune raison de distinguer les tribunaux arbitraux commerciaux des décideurs administratifs.

55 *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54 (*Martin*).

56 Ibid, au par. 34, citant *Cuddy Chicks*.

57 En théorie, la flexibilité de l'arbitrage permet aux parties de déclarer dans la convention d'arbitrage que « le tribunal arbitral appliquera la loi en vigueur en Ontario le 1er janvier 2002 ». Une telle clause irait à l'encontre de la présomption selon laquelle « la loi en Ontario » signifie la loi en vigueur au moment de l'introduction de la demande.

58 *Desputeaux*, au par. 62. Dans leurs accords de confidentialité, les parties peuvent aussi inclure l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour assurer la confidentialité au cas où il y aurait des procédures judiciaires relatives à la sentence arbitrale.

59 *Dunsmuir*, aux par. 27-30.

60 Ibid.

61 *Mroue v Mroue*, 2016 ONSC 2992, décision confirmée en appel 2017 ONCA 517.

62 *Gerstel v Kelman*, 2017 ONSC 214. La convention d'arbitrage prévoyait une décision sur la base du *psara krava l'din* (« jugement basé sur un compromis près de la lettre de la loi ») ou *l'fee ha-tzedek ve'hyasher* (« justice et droiture »).

63 Pour une description complète des « Règles d'acquisition » des Ferengis, voir Ira Stephen Behr, *The Ferengi Rules of Acquisition* (New York: Simon & Schuster, 1995).

64 Les parties peuvent habiliter le tribunal à statuer *ex aequo et bono*, ou selon sa conscience. Diverses institutions arbitrales internationales et nationales ont promulgué des ensembles de règles sur ce point précis. Elles disent généralement que le tribunal ne doit pas trancher le litige *ex aequo et bono* à moins que les parties n'aient convenu de l'investir de tels pouvoirs. Voir par exemple : ICDR Canada, art. 31(3); Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 35(2); Règlement d'arbitrage de l'ICC, art. 21(3).

65 Puisqu'aucune des lois canadiennes sur l'arbitrage n'autorise une cour d'appel à annuler une sentence pour atteinte à l'ordre public, il ne semble pas y avoir de fondement, dans la législation canadienne sur l'arbitrage, pour contester une sentence rendue en vertu d'une loi qui a été invalidée parce qu'elle était inconstitutionnelle, pourvu que les parties conviennent que la loi s'appliquera à leur différend. Par contre, la Convention de New York et la Loi type permettent à un tribunal de refuser de reconnaître une sentence ou de l'annuler si la sentence contrevient à l'ordre public là où siège l'arbitre ou là où la sentence est exécutoire.

66 SBC 2003, c 17.

# PRIX MCGOWAN D'EXCELLENCE EN RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS - APPEL DE MISES EN CANDIDATURE POUR 2018

## L'IAMC lance un appel aux candidats pour les prix McGowan d'excellence en règlement des différends.

Les prix sont accordés en hommage à Lionel J. McGowan, premier directeur exécutif de l'Institut d'arbitrage du Canada. La remise des prix McGowan aura lieu lors de la conférence annuelle de l'IAMC qui se déroulera du 21 au 23 novembre 2018 à Montréal (Québec). Deux prix seront décernés. L'un en reconnaissance de la contribution exceptionnelle au soutien, au développement et au succès de l'Institut (ou au développement de modes alternatifs de règlement des différends au niveau national), et l'autre pour la contribution apportée à un affilié et au sein d'une région.

### PRIX D'EXCELLENCE RÉGIONAL

Ce prix est décerné à une personne qui a contribué au développement et au succès d'un affilié régional d'une manière remarquable, soit par son effort à court terme, soit par sa contribution constante, ou qui a significativement participé à la promotion et au développement de la PRD au sein d'une région.Veuillez noter que l'attribution du prix n'est en aucun cas déterminée par l'ancienneté de l'adhésion, l'ancienneté d'un mandat au sein d'un comité ou d'un conseil d'administration, ou par la possession d'un cabinet de PRD.

### PRIX D'EXCELLENCE NATIONAL

Ce prix, semblable au prix régional, est décerné en reconnaissance des contributions apportées à l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada. Sont retenus la participation à la promotion de la PRD au niveau national ou au soutien, au développement et à l'évolution de l'Institut, dans ses politiques comme dans ses programmes. L'enseignement de la PRD à titre professionnel, l'instruction de cas relatifs à la PRD ainsi que toute autre activité liée à l'exercice de la PRD n'entrent pas en ligne de compte. De la même façon, siéger au conseil d'administration de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada n'est pas pris en considération, à moins que cela n'implique des apports majeurs dans le développement de la structure de l'Institut, les relations nationales et régionales, les programmes ou documents nationaux, l'obtention d'un financement ou toute autre contribution significative.

### DATE LIMITE

**La date limite de réception des mises en candidature est le vendredi 3 août 2018.** Nous vous invitons à nous les envoyer dès que possible. Veuillez joindre **une lettre indiquant les raisons pour lesquelles votre candidat(e) devrait être reconnu(e), en soulignant les contributions qu'il ou elle a apportées**, au bureau de l'IAMC, par télécopieur ou par courriel.

**Comité des nominations McGowan**
Institut d'arbitrage et de médiation du Canada, Inc.
234, avenue Eglinton est, bureau 407
Toronto (Ontario) M4P 1K5
Téléc. : 416-901-4736 *admin@adric.ca*

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

# LA DISSIDENCE EN ARBITRAGE INTERNATIONAL AU CANADA

ME RENÉ CADIEUX, BLAKES LLP (MONTRÉAL)

Me René Cadieux est expert-conseil au sein du groupe Litige de Blakes. Sa pratique est axée sur les litiges complexes, notamment l'arbitrage entre investisseurs et États devant le CIRDI.

## I. INTRODUCTION

Dissidence. Selon Le Robert, « rare avant la fin du XVIII »; également ancien – du latin *dissidentia*. C'est l'action ou état de ceux (ou celui) qui se séparent. C'est donc un mot compliqué. Et pourquoi pas en arbitrage international, aussi.

Compliqué en effet, en commençant par *la* question : la dissidence est-elle permise, oui ou non, en arbitrage international au Canada ? Nous avons examiné cette question et, effectivement, elle se pose. Nous vous livrons ici ce que nous avons trouvé pour y répondre.

Ayant donc posé la question en introduction ce sur quoi nous allons nous attarder à examiner (**I**), nous allons regarder en premier les positions de principes sur le sujet qui sont propres à notre héritage bi-juridique au Canada (**II**). Vu le sujet, nous jetterons ensuite un petit coup d'œil sur la scène internationale (**III**), pour revenir ensuite plus particulièrement sur la législation canadienne (**IV**) – au Québec (**IV-A**) et dans le reste du Canada (**IV-B**). Finalement, il faudra se décider à n'être uniquement qu'un « bon » dissident (**V**), et à conclure alors sur cette nécessité inéluctable en la matière (**VI**).

## II. COMMON LAW ET DROIT CIVIL

Selon la tradition de *common law*, en règle générale, la réponse est oui. *Redfern and Hunter on International Arbitration* nous enseignent ce qui suit:

> "No prohibition against dissenting opinions is known in the common law countries. Indeed, it is not unusual for common law arbitrators to consider themselves under a duty to inform the parties of their reasons for dissent."[1]

Lorsque la dissidence n'est pas expressément interdite dans le contrat ou le compromis d'arbitrage, et que les règles d'arbitrages que se sont par ailleurs conférées les parties sont muettes sur la question, la règle de *common law* est donc à l'effet que la dissidence est donc non seulement admise, mais qu'il y aurait même un *devoir* d'exprimer la dissidence, du moins lorsque les circonstances s'y prêtent. On se montrerait alors implicitement fidèle à la partie qui a nommé l'arbitre, tout en respectant néanmoins une certaine limite à une certaine forme d'expectative légitime déjà autrement et franchement exprimée par un auteur de renom :

> "[W]hen I am representing a client in an arbitration, what I am really looking for in a party nominated arbitrator is someone with maximum predisposition towards my client, but with the minimum appearance of bias."[2]

Vu sous cet angle, les dissidences d'un arbitre qui sont publiées peuvent alors jouer un certain rôle de « marketing » sur ce à quoi on peut s'attendre de lui à l'avenir, et en particulier.

En revanche, selon une certaine expression de droit civil, et toujours en règle générale, la réponse est non. En effet, la dissidence trahit nécessairement le secret du délibéré. Elle révèle ce sur quoi les arbitres ne se sont pas entendus à l'occasion de celui-ci. Ici, en voulant préserver l'intégrité du délibéré, on se montre au contraire fidèle – non pas à la partie qui a nommé l'arbitre – mais plutôt aux autres arbitres de la formation, et à la nécessaire collégialité de celle-ci, car « [c]e qui constitue le secret n'est pas tant en effet qu'il a existé une minorité, que les termes de la discussion intervenue au cours du délibéré, discussion qui est, par-là, aussi mise à nu que si la délibération eût été publique. »[3] La dissidence révèle donc selon ses termes le contenu de la discussion, où la mésentente entre les arbitres est dès lors rendue entièrement visible.[4]

Ici donc les plaques tectoniques des deux systèmes juridiques se heurtent. Les civilistes et les *common lawyers* ne s'entendent pas. Ils sont dissidents les uns par rapport aux autres. Mais au Canada, comme nous allons le voir, ce n'est pas match nul. Avant de tourner un regard plus attentif vers le cadre législatif Canadien, jetons un petit coup d'œil sur la scène internationale, en raison de la nature du sujet lui-même.

## III. DROIT INTERNATIONAL

Nous n'allons pas nous attarder avec la Cour internationale de justice (de même que le Tribunal international du droit de la mer, la Cour pénale internationale et la Cour européenne des droits de la personne), où les dissidences et les avis minoritaires sont expressément admis et dont leur simple existence ne cause autrement pas vraiment d'immenses controverses *in se*, pour regarder

plutôt là où celles-ci pétillent visiblement.

Une des critiques majeures qui est livrée sous forme d'accusation digne (ou copiée) de Zola du système en pleine effervescence de l'arbitrage investisseur-État (Investor-State Arbitration), est que ce système manque d'impartialité et d'indépendance. Nonobstant que – ou plutôt, vu que – le Conseil Constitutionnel de France, par sa décision du 31 juillet 2017 sur l'AECG Canada-UE (CETA)[5], avalise pudiquement ce système, y compris simplement en raison du fait que les arbitres sont tenus de respecter un code d'éthique, force est de constater qu'il va donc persister encore beaucoup de dissidences à ce genre d'arbitrage international. Et peut-être pour cause, puisque l'une des faiblesses du système serait, paradoxalement, révélée par une observation des dissidences dans les sentences arbitrales elles-mêmes :

> "Commentators have suggested looking at dissenting opinions by arbitrators for evidence that party-appointed arbitrators tend to favor the party that appointed them. Dissenting opinions are relatively rare in international arbitration (although the degree of rarity depends on the baseline for comparison used). The ICC reported that 44 of the 263 (16.7%) partial and final awards issued in 2015 included a dissenting opinion. Albert Jan van den Berg found that roughly 22% of a sample of 150 investment arbitration awards included a dissenting opinion. By comparison, 62% of U.S. Supreme Court opinions include a dissent, while only 2.6% of U.S. court of appeals opinions (but 7.8% of published court of appeals opinions) include a dissent.
> If party-appointed arbitrators consistently vote to decide cases the same way as other arbitrators, one would expect dissents to be randomly distributed among arbitrators—e.g., a party-appointed arbitrator would be as likely to dissent to a ruling in favor of the appointing party as one against. But that is not the observed pattern. Of the 34 dissenting opinions in the sample of investment arbitration awards studied by van den Berg, 'nearly all … were issued by the arbitrator appointed by the party that lost the case in whole or in part.' According to van den Berg: 'That nearly 100 percent of the dissents favor the party that appointed the dissenter raises concerns about neutrality.' That said, the fact that most international arbitration awards are unanimous means that in most cases one of the party-appointed arbitrators voted against the party that appointed him or her (although unanimous awards certainly might mask disagreement among arbitrators in making the award)."[6] [Notre soulignement].

Le bilan de ce constat international, là où ce droit travaille le plus en ce moment, laisse donc songeur.

Match nul au niveau des principes entre la *common law* et le droit civil; bilan ambidextre sur la scène internationale du droit international sur les investissements.

## IV. LÉGISLATION CANADIENNE

Bon – Que dit alors la loi au Canada ?

### A. QUÉBEC

L'article 945 de l'ancien *Code de procédure civile du Québec*[7] spécifiait jadis que « les arbitres sont tenus de garder le secret du délibéré. Chacun d'eux peut cependant, dans la sentence, faire part de ses conclusions et de ses motifs » et, en anglais "[t]he arbitrators are bound to keep the advisement secret. Each of them may nevertheless, in the award, state his conclusions and the reasons on which they are based."[8]

Or, depuis le 1er janvier 2016, l'article 644 du nouveau Code[9] ne « *manque pas* » à sa façon de reprendre lui-même le principe en le reformulant maintenant comme suit : « L'arbitre est tenu de respecter la confidentialité du processus et le secret du délibéré, mais il n'y manque pas en exprimant ses conclusions et ses motifs dans la sentence » et, en anglais "[t]he arbitrator is required to preserve the confidentiality of the arbitration process and protect deliberative secrecy but violates neither by stating conclusions and reasons in the award."

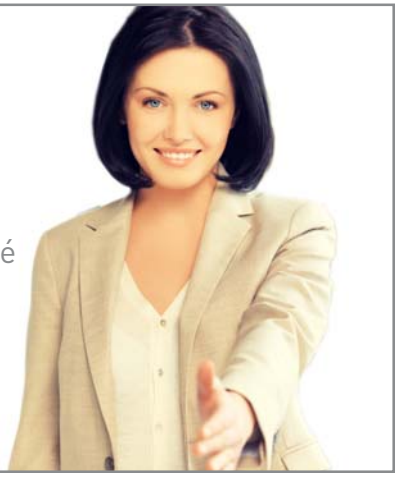
On constate bien que la formulation de la conclusion et des motifs d'une dissidence est dressée à titre d'*exception* au principe du secret du délibéré, reconnaissant par-là l'autorité même du principe reconnu par le droit civil. Or, c'est uniquement de cette façon que le Code rejoint une certaine tradition civiliste, lui faussant ensuite compagnie en autorisant par ailleurs et expressément la dissidence. En ce faisant, on ne « manque pas » ("*violates*") ni la confidentialité du processus, ni le secret du délibéré.

Mais il y a plus. Sans pour autant se jeter alors avec complet abandon dans les bras de la *common law*, si au Québec la dissidence est également là admise, lorsqu'elle est formulée, par con-


Se connecter à la PRD

Trouver un médiateur, arbitre, chargé de formation, ou autre professionnel de PRD avec notre moteur de recherche unique.

http://adric.ca/fr/ADRCONNECT



tre, elle fait ensuite non seulement partie intégrante de la sentence arbitrale elle-même (le Code dit bien, avant comme maintenant, « *dans* la sentence », ou, en anglais, "*in* the award"), elle y participe ainsi de plein droit. Nul besoin de s'incliner alors casquette en main afin d'obtenir la permission des autres arbitres formant la majorité pour l'intégrer dans la sentence : ils sont obligatoirement tenus, de par la loi, de l'accepter comme faisant automatiquement partie intégrante de celle-ci.

Notre Code se démarque sur cette question et à sa façon par rapport à d'autres régimes arbitraux, tel qu'en témoignent des auteurs :

> "Where this is done [une dissidence] the dissenting opinion may generally be annexed to the award if the other arbitrators agree; or it may be delivered to the parties separately. In either case, the dissenting opinion does not form part of the award itself; it is not an "award"; it is an "*opinion*"."[10] (Nos soulignements).

Observons à titre de simple illustration additionnelle mais particulière les règles d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI :

> "The [ICC] Rules nevertheless do not themselves preclude the communication to the parties of dissenting opinions, and such opinions are issued together with a small fraction of ICC Awards each year. However, a dissenting opinion is not considered by the Court to form part of the Award and, thus, while read by the Court, is neither formally scrutinized nor approved by it pursuant to Article 27 (…) [art. 34 des règles en vigueur au 1 mars 2017]. The Court nevertheless communicates such dissenting opinions to parties, unless there appears to be a possible legal impediment to its doing so."[11] (Nos soulignements).

Bref, la dissidence en arbitrage au Québec a non seulement sa chaise à la table (qui n'est pas « *below the salt* »), mais elle a également une voix aussi, et cette voix ne peut être par la suite bâillonnée non plus. En effet, dans la mesure où l'on voudrait faire judiciairement reconnaître et exécuter la sentence arbitrale, il n'est pas non plus permis d'écarter la dissidence à ce moment-là, vu qu'elle lui est déjà partie intégrante et que la sentence « doit » de surcroit obligatoirement « accompagner » la procédure introduite devant la Cour, pour pouvoir l'intégrer à titre et autorité de son jugement (art. 652(2) du Code). On ne peut donc être même tenté de vouloir « distancer d'avance la dissidence » des yeux curieux de la Cour, qui est en droit de la lire, et ainsi de l'écouter. Et pourquoi pas ? La *common law* nous rappelle notre biologie : The ears of England cannot tresspass (Sir Robert Megarry V.-C. dans *Malone* v. *Metropolitan Commissioner*, [1979] Ch. 344, p. 369) – Il n'y a donc rien de mal à l'entendre, ce qui empêche aussi de proposer ou autrement suggérer qu'il en soit ainsi.

Le Code valorise ainsi pleinement l'action de celui qui, de cette façon, se sépare. Mais c'est tout ce que fait le Code, étant par ailleurs formel – en vertu de l'article 653(1), le tribunal judiciaire saisi d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale « ne peut examiner le fond du différend » et, en anglais "cannot review the merits of the dispute". Il ne peut dès lors s'autoriser de la dissidence (ou de l'avis minoritaire) pour se disculper, grâce à celle-ci, à faire indirectement ce que le Code (et la *Convention de New York de 1958* dont les dispositions applicables s'inspirent; de retour *infra*) lui interdit de faire expressément : remettre en question l'autorité de la sentence rendue par la majorité des arbitres. Alors pourquoi l'autoriser si, en fin de compte, la dissidence ne sert à rien ? Parce que justement, elle sert. Nous y reviendrons ci-dessous.

## B. CANADA – AUTRES JURIDICTIONS

Entre temps, qu'en est-il maintenant de la législation dans les autres juridictions canadiennes et pour ce qui est l'ordre juridique fédéral ? Nous connaissons déjà la position de principe de la *common law* à cet effet. Au niveau législatif, le droit interne des autres juridictions agrafe à sa législation la Loi Type de la *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*[12] du 21 juin 1985,[13] par la méthode éprouvée de l'incorporation législative par référence (sous réserves d'exceptions ponctuelles circonstanciées par les lois d'incorporations elles-mêmes).[14] Or, cette Loi Type est remarquablement muette sur la notion même du secret du délibéré, et est tout aussi pudique et discrète sur la question de la dissidence (et des avis minoritaires).

Voici les lois qui incorporent la Loi Type dans les autres juridictions au Canada. [15] (graphique nº 1)

Tel que mentionné, la Loi Type est muette pour ce qui est du secret du délibéré et du droit à la dissidence. Mais même ici, les trous noirs attirent la lumière. Dans la discussion qui suit, nous présumons toujours que les parties n'ont pas, par entente précise, exclu du référé de l'entente ou du compromis d'arbitrage et de la mission des arbitres la faculté de fournir des motifs, et encore moins proscrit le droit de formuler des avis dissidents ou minoritaires, ce qui leur est autrement et entièrement permis.

Rappelons en premier que l'article 54(3) du Statut de la Cour internationale de Justice énonce que les « délibérations de la Cour sont et restent secrètes. » Cette disposition ne serait que la codification d'un principe général du droit (articles 38(1) b. et c. des statuts de la CIJ), lequel participe à l'ordre public international.[16] Et la *common law* (tout comme le droit civil) accueille et héberge automatiquement chez elle l'ordre public international, sans besoin de médiatisation en droit interne par la clé d'entrée de l'action législative directe, la porte lui étant pour toujours déjà grande ouverte.[17]

La raison d'être de la règle universelle est simple: permettre un véritable échange collégial entre les arbitres, et ce, à l'abri des pressions ou influences externes. Faisant écho de cette règle universelle dans le particulier pour ce qui est plus précisément du secret du délibéré en matière d'arbitrage, le « *soft law* » de l'article 9 du International Bar Association (IBA) *Rules of Ethics for*

| Juridiction | Version officielle anglaise | Version officielle française (là où requise ou autrement permise) |
|---|---|---|
| **CANADA (Juridiction fédérale)** | Arbitration Act, R.S.C. 1985, c. 17 (2nd Supp.) | Loi sur l'arbitrage commercial, L.R.C. (1985), ch. 17 (2e suppl.) |
| **Alberta** | International Commercial Arbitration Act, R.S.A. 2000, c. I-5 | |
| **Colombie-Britannique** | International Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 233<br>International Commercial Arbitration Regulation, B.C. Reg. 168/86<br>Foreign Arbitral Awards Act, R.S.B.C. 1996, c. 154 | |
| **Île-du-Prince-Édouard** | International Commercial Arbitration Act, R.S.P.E.I. 1988, c. I-5 | |
| **Manitoba** | International Commercial Arbitration Act, C.C.S.M., c. C151 | Loi sur l'arbitrage commercial international, C.P.L.M. c. C151 |
| **Nouveau-Brunswick** | International Commercial Arbitration Act, R.S.N.B. 2011, c.176 | Loi sur l'arbitrage commercial international, L.R.N.-B. 2011, c. 176 |
| **Nouvelle-Écosse** | International Commercial Arbitration Act, R.S.N.S. 1989, c. 234 | |
| **Ontario** | International Commercial Arbitration Act, 2017, S.O. 2017, c. 2, Sched. 5 | Loi de 2017 sur l'arbitrage commercial international, L.O. 2017, chap.2, Annexe 5 |
| **Saskatchewan** | The International Commercial Arbitration Act, S.S. 1988-89, c. I-10.2.<br>The Enforcement of Foreign Arbitral Awards Act, 1996, S.S. 1996, c. E-9.12 | |
| **Terre-Neuve et Labrador** | International Commercial Arbitration Act, R.S.N.L. 1990, c. I-15 | |
| **Nunavut** | International Commercial Arbitration Act, R.S.N.W.T. (Nu) 1988, c. I-6 | Loi sur l'arbitrage commercial international, L.R.T.N.-O. 1988 (Nu), ch. I-6 |
| **Territoires du Nord-Quest** | International Commercial Arbitration Act, R.S.N.W.T. 1988, c. I-6 | Loi sur l'arbitrage commercial international, L.R.T.N.-O. 1988, ch. I-6 |
| **Yukon** | International Commercial Arbitration Act, R.S.Y. 2002, c.123<br>Foreign Arbitral Awards Act, R.S.Y. 2002, c. 93 | Loi sur l'arbitrage commercial international, L.R.Y. 2002, ch. 123<br>Loi sur les sentences arbitrales étrangères, L.R.Y. 2002, ch. 93 |

*Graphique nº 1*

*International Arbitrators* ajoute maintenant une couche additionnelle de vernis sur le canevas du droit international coutumier que nous venons d'encadrer. Cette disposition prescrit que :

> "The deliberations of the arbitral tribunal, and the contents of the award itself, remain confidential in perpetuity unless the parties release the arbitrators from this obligation. An arbitrator should not participate in, or give any information for the purpose of assistance in, any proceedings to consider the award unless, exceptionally, he considers it his duty to disclose misconduct or fraud on the part of his fellow arbitrators."

Pour ce qui est maintenant de la dissidence elle-même, nous avons discuté ci-avant de la position générale de principe de la *common law*. Tout en acceptant le principe du secret du délibéré, la règle de *common law* relative aux motifs dissidents ne lui tire par contre aucune révérence. En *common law*, le secret du délibéré et la dissidence sont des concepts séparés et différents. Pour ce qui est des règles d'arbitrage de la CNUDCI elles-mêmes, il est rapporté plus particulièrement ce qui suit :

> "The Preliminary Draft of the Rules provided that the award "shall not include dissenting opinions". This prohibition was ultimately removed from the text of the Rules for two reasons. […] Committee negotiators expressed concern that disallowing dissenting opinions would leave an arbitrator who disagreed with the majority opinion no choice but to express his dissent by refusing to sign the award. The other reason was the plain fact that the majority of negotiators favoured dissenting opinions. Accordingly, the prohibition was removed from the Rules and "the question of whether an arbitrator may add his dissenting opinion to the award is left for decision to the law applicable at the place of arbitration"."[18]

Puisque la Loi Type est muette sur le sujet, pour les provinces de tradition de *common law*, ce serait donc le droit commun de ce régime autorisant la dissidence qui s'applique – étant d'ailleurs conforme au principe de base à l'effet que ce qui n'est pas expressément interdit est donc entièrement permis (selon le principe de droit constitutionnel Britannique bien connu[19]). En l'absence d'une injonction contractuelle expresse des parties liant les arbitres à l'effet contraire, ceux-ci sont donc individuellement libres de s'exprimer. Et qui au juste peuvent les « *arrêter* » ?

La question se corse légèrement pour ce qui est de la loi fédérale, elle-même assujettie aux articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*,[20] qui ne désigne pas d'office la *common law* comme droit commun résiduaire vers lequel il faut automatiquement se ranger pour combler autrement les lacunes des interstices législatives à l'occasion de l'application d'un texte fédéral dans toutes les juridictions canadiennes. Ce sera plutôt le siège de l'arbitrage et de sa sentence en résultant qui élira le droit résiduaire applicable, civil ou de *common law* (vu que la sentence est réputée rendue au siège de l'arbitrage : art. 31(3) de la Loi Type). Pour le siège situé au Québec, doit-on alors appliquer le droit civil (doctrine) nous provenant de la France – qui récuse les dissidences arbitrales – ou devra-t-on plutôt appliquer les dispositions « législatives » du *Code de procédure civile* du Québec, qui embrasse les dissidences de plein droit, et qui ajoute et innove sur cette question par rapport au mutisme de la Loi Type ? Il y a lieu selon nous d'appliquer le *Code de procédure civile* du Québec, celui-ci formant le « code com-

# RÈGLES D'ARBITRAGE ET SERVICE DE GESTION ADMINISTRATIVE DE L'IAMC

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

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

## SERVICE D'ADMINISTRATION PROFESSIONNELLE OFFERT PAR L'IAMC

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

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

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

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

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

plet » par excellence des principes de « droit commun » applicables en la matière, rencontrant par-là les « règles, principes et notions en vigueur dans cette province » au sens de l'article 8.1.[21]

## V. ON SE DÉCIDE EN DISSIDENCE, OUI OU NON ?

Au Canada, c'est permis. Alors allons-y. Mais alors : Quand et comment ?

Nous avons vu plus haut que les statistiques internationales révèlent que, sauf peut-être en matière d'arbitrage investisseur-État, les dissidences en arbitrage international ne courent pas nécessairement les rues.

Du moins en apparence – ce qui porte justement à formuler une première *observation*. Les meilleures dissidences sont, en toute réalité, entièrement et totalement inobservables. Elles ont réussi à convaincre la majorité de leur erreur, produisant par là une sentence unanime. Elles disparaissent alors totalement dans le néant sous une forme, pour s'incarner ensuite de son nouveau vivant sous une autre. Les statistiques ne rapportent donc pas nécessairement toute la réalité des circonstances – elles ne regardent uniquement que ce qu'on leur demande de simplement compter.

Ensuite, remarquons que les sentences arbitrales, étant généralement confidentielles, ne sont pas automatiquement vouées à faire jurisprudence, et participer ainsi à l'élaboration du droit, dans les systèmes judiciaires qui bénéficient de l'accumulation de précédents pour construire leurs ordres juridiques. Une dissidence publiée, devenue ainsi immortelle et qui pourrait un jour devenir ensuite une majorité, fournit une contribution essentielle à ce genre de système. Mais de plus en plus, les grandes institutions arbitrales veulent précisément faire bénéficier leurs utilisateurs (et à la communauté arbitrale en général) de la *jurisprudence constante*, qui se développe graduellement par la résolution dans le temps des conflits dans ses contradictions. De plus en plus, d'une façon ou d'une autre, il y a beaucoup de sentences qui sont publiées ou autrement rendues accessibles et rapportées (souvent, sous réserve de caviardage pour protéger un certain anonymat et les secrets d'affaires). Les meilleures règles sont celles qui émergent dans un contexte de changements proposés par l'effet des contradictions des dissidences, les unes par rapports aux autres, qu'elles soient individuellement consignées par des sentences unanimes, ou majoritaires. Visant une stabilité dans la *constance*, il faut savoir comment on en est venu là où on en est. En raison du fait que, de plus en plus, les sentences arbitrales sont vouées à être rapportées de façon plus systématique par la force des tendances systémiques, les statistiques existantes ne font donc que présenter un bilan provisoire d'un système qui ne fait que se dynamiser. Même en arbitrage, la dissidence a donc non seulement sa raison d'être, mais elle peut être éventuellement utile bien au-delà de ce pourquoi on voudrait la formuler en premier lieu.

Cela nous amène alors à formuler nos derniers commentaires sur la question. Faire plaisir à la partie qui l'a nommée, et torpiller la majorité dans le but de livrer des raisons et des justifications à la partie perdante pour faire casser la sentence, sont manifestement parmi les plus grandes horreurs qui hantent continuellement la notion même de la dissidence en arbitrage. Avant même de la lire, c'est ce qu'on pense en premier lorsqu'on apprend qu'elle existe (surtout lorsqu'on ne sait pas encore qui a gagné). Elle est ainsi attendue. Un arbitre qui rédige une dissidence avec ce genre d'intention ne peut par contre facilement la cacher : il y a trop de personnes qu'il faut duper, en commençant par les autres arbitres, les parties elles-mêmes, et ensuite la Cour de révision, si la dissidence s'y rend.

La Loi Type et le Code prévoient que si un arbitre refuse de signer la sentence, les autres arbitres font alors mention de la raison de l'omission (Loi Type, art. 31(1) ; Code, art. 642(1), préférablement au-dessus de leur propre signature, pour qu'elle fasse justement partie intégrante de la sentence). Mais cette simple « mention » ne peut aucunement remplacer les « motifs » de la dissidence elle-même. Nous avons vu en effet ci-avant que les *rapporteurs* des Règles d'arbitrage de la CNUDCI nous

apprennent que le choix d'interdire la dissidence n'aurait alors laissé à l'arbitre voulant l'exprimer uniquement que la faculté de refuser de signer la sentence, dans le mutisme le plus complet. En n'interdisant pas la dissidence, on ne voulait donc pas le laisser simplement bouder. Mais si la loi n'oblige justement pas uniquement que la faculté de bouder en silence, c'est qu'elle fait alors, au contraire, précisément confiance de pouvoir aller bien au-delà, et de ne pas simplement se livrer non plus à des tirades du mauvais perdant qui ne font que ronger le boudin. Il faut donc se montrer digne de l'occasion présentée par le refus délibéré d'interdire la dissidence, la saisir avec justesse – pour uniquement les bonnes raisons, et de la bonne façon. (Pour un exemple éclatant à l'effet contraire, où il aurait alors été mieux entendu d'avoir plutôt opté de bouder par un silence assourdissant, voir le comportement explosif de l'arbitre dissident dans l'affaire *CME*, que la Cour d'appel de Svea (Suède) a pris soin de découdre avec minutie[22]).

Normalement, "[i]f a formal dissent is contemplated it is preferable for the decision of the majority and the dissent to be drafted simultaneously so that each can take into account the reasoning of the other. This enables the common ground to be identified and perhaps for the points of divergence to be narrowed and eliminated."[23]

De cette façon, la dissidence "can have a sobering effect on the majority" dans le but d'encourager "the author of the award to be sure that his reasoning is as thorough and persuasive as possible."[24]

C'est alors le rôle de la majorité – surtout du Président de la formation (premier fiduciaire de sa collégialité) – de saisir la balle au bond et de tenter de trouver de cette façon le terrain d'entente, ce qui peut comprendre « (…) la séparation des questions en litige en compartiments distincts: si une solution à une question particulière ne reçoit pas l'assentiment de la majorité, elle est rejetée, et on passe ensuite aux prochaines questions ainsi de suite jusqu'à ce que l'ensemble des questions soient ainsi décidées. Puisque c'est le Président de la formation qui normalement dicte lui-même le libellé des questions à résoudre, la formulation précise de celles-ci peut s'avérer particulièrement déterminante au résultat voulu par celui-ci. Par ailleurs, dans les situations où les arbitres statuent sur des sommes d'argent et, lorsqu'aucune majorité ne se forme pas sur le montant d'une somme particulière à allouer, les votes émis pour le montant le plus élevé peuvent alors être comptés comme émis pour le montant immédiatement inférieur, jusqu'à la formation d'une majorité. En tout état de cause, il faut toujours garder à l'esprit que l'objectif ultime est d'obtenir l'unanimité, puisque la sentence sera alors perçue comme étant l'autorité définitive qui tranche le différend (…). »[25]

Si, malgré les efforts pharaoniques des arbitres, la dissidence doit nécessairement subsister, et hormis les cas où il y aurait en réalité un devoir éthique de dénoncer un comportement répréhensible, tel le fait d'écarter à dessein un arbitre du délibéré, des communications *ex parte* avec les procureurs d'une seule des parties ou lorsque la fraude, y compris par d'autres genres d'influences indues sur les arbitres majoritaires est détectée,[26] elle devrait se vouloir ni éclatante ni pudique, mais demeurer essentiellement modeste :

> "(…) [A] long dissent can be more distracting than it is useful. The longer the dissent, the less likely it will be read, unless it is especially compelling. Short dissents always get read, even when they aren't particularly compelling."[27]

En bout de ligne et le cas échéant, la dissidence permettra à la partie perdante de comprendre qu'elle a effectivement été très bien entendue, ce qui lui permettra – il serait souhaitable – d'accepter et d'exécuter volontairement la sentence, qui se veut finale, ce que vise justement le système d'arbitrage lui-même. Plus souvent qu'autrement, ayant décidé de se livrer volontairement à l'arbitrage lui-même, ce n'est pas tant « *la* » décision – exquise et parfaite – qui est souhaitée par les parties, mais bien « *une* » décision, dans le but de précisément mettre un terme complet et final à leur différend. Un juge de révision doit de cette façon apprécier la sentence, et ne pas chercher à saisir l'occasion d'une dissidence – si habile et astucieuse soit-elle – afin d'y voir là son propre motif de rendre justice sublime au-delà des attentes initiales des parties, étant alors lui-même dissident par-là à la raison d'être du régime d'arbitrage lui-même.

## VI. CONCLUSION

Alors en conclusion soyons nous-même bref : Au Canada la dissidence en arbitrage international est permise, mais alors dissidence si nécessaire, et pas nécessairement dissidence. Et si nécessaire, soyons alors respectueux et modeste.

Téléchargez votre exemplaire maintenant à partir du site Web de l'IAMC.

guide des médiateurs sur l'accessibilité des personnes handicapées

1 2009, OUP, p. 575, para. 9.190.

2 Martin Hunter, "Allies of the International Arbitrator", [1987] 53 *Arb.* 219, p. 223. Le « problème » de la perception de la fidélité de l'arbitre en rapport à la partie qui le nomme, qui remonte depuis la nuit des temps, ne semble pas à le veille de recevoir une solution définitive, si solution est effectivement requise, dans le cas d'une formation de trois arbitres, où l'on vise justement dans cette structure l'idéal par l'effet de l'équilibre des contrepoids. Une illustration récente d'une tentative de composer avec la problématique apparaît dans le cercle relativement cloisonné de l'arbitrage dans l'industrie de la réassurance, plus particulièrement lorsqu'on lui applique la définition juridique devenue élaborée de ce que constitue l'auréole de l'impartialité en arbitrage, et où la Cour conclut ce sur quoi on doit en définitive *entièrement* s'*attendre* : "The fair-minded and informed observer would *expect* [the arbitrator], with his extensive experience and high reputation, to treat as second nature the fact that his duty of impartiality was *entirely* unaffected by the identity of the party appointing him, and would *expect* such independence to inform his *entire* approach to the subject reference", et ce, parce que la Cour considère qu'il serait en réalité autrement "offensive to the international arbitration community in general" de remettre en question le fait que c'est "well understood [that] party appointed arbitrators *are not*, and should not be seen to be, party pris" – Voir : *H* v. *L*, [2017] EWHC 137 (Comm), aux pars. 19 et 30, nos *italiques* ; la décision controversée notamment par ses faits est en appel. Évidemment, par analogie, et tout comme pour ce qui est de l'engagement d'adhérer à un code d'éthique, on peut bien s'*attendre* à ce qu'un témoin qui jure dire *entièrement* la vérité *va* la donner, mais cela ne veut pas pour autant dire qu'on va nécessairement l'obtenir.

3 Jean Robert, *L'Arbitrage : Droit interne, droit international privé,* Dalloz (6ème édition), 1993, p. 176, para. 205.

4 Voir aussi sur le sujet: *Rhéaume* c. *Société d'investissements l'Excellence inc.*, 2010 QCCA 2269 (CanLII).

5 Décision No 2017-749 DC.

6 Drahozal, Christopher R., "Empirical Findings on International Arbitration: An Overview", 21 décembre 2016, *Oxford Handbook on International Arbitration (Forthcoming)*. En ligne : https://ssrn.com/abstract=2888552. Références omises.

7 RLRQ, c. 25.

8 Raymond Tremblay « Commentaire des articles du Code civil et du Code de procédure civile en matière d'arbitrage », reproduit dans Frédéric Bachand [maintenant l'Honorable] et Fabien Gélinas [maintenant Ad. E.], *D'une réforme à une autre - Regards croisés sur l'Arbitrage au Québec*, Yvon Blais, 2013, p. 418 : « Cet article a pour but d'autoriser la dissidence ».

9 RLRQ, c. 25-01, le « Code ».

10 N. Blackaby and C. Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 2009, OUP, p. 575, para. 9.188.

11 Y. Derains and E. Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2nd Edition, 2005, Kluwer Law International, p. 308; références omises. Il est dit que la pratique interne de la CCI est même plus élaborée.

12 La « CNUDCI », en anglais, "UNCITRAL".

13 La « Loi Type », avec modifications là où applicables.

14 Le Code adopte également la Loi Type, mais en y incorporant ses principes par la technique de codification (Livre VII, Titre II), plutôt que par la méthode de l'incorporation par référence utilisée dans les autres juridictions Canadiennes (sauf pour la Colombie-Britannique, qui fait elle aussi bande à part à sa façon, en adoptant et ajustant la Loi Type elle-même). Aussi, le Québec y « codifie » là aussi la même *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (dite la *Convention de New York de 1958*). En rapport à la *Convention de New York de 1958*, le « Canada a déclaré qu'il n'appliquerait la Convention qu'aux différends issus de relations juridiques - contractuelles ou non - que la loi nationale considère comme étant d'ordre commercial, sauf dans le cas de la province de Québec où la loi ne prévoit pas de telles limites. » Vu cette déclaration (20 octobre 1987), et pour ce qui est de la loi fédérale uniquement, le paragraphe 5(4) de cette loi (*infra*) a donc été continuellement modifié en conséquence pour que le terme « arbitrage commercial » puisse précisément viser ("includes") les plaintes prévues par les dispositions des divers accords de libre-échange auxquels le Canada s'est engagés à travers le temps, ce que le Québec n'avait pas à faire pour ce qui est de sa propre juridiction, la réserve de la Convention pour ce qui est des différends « d'ordre commercial » ne s'étant jamais appliquée à elle au départ. Ceci laisse donc uniquement ces deux juridictions comme étant alors les seules au Canada pouvant accepter ce genre de différends, puisque les autres provinces limitent spécifiquement leurs lois uniquement aux différends issus de rapports de droit qui sont strictement commerciaux, à moins que la réclamation soit spécifiquement considérée comme étant de nature commerciale en vertu du Traité lui donnant naissance, comme c'est le cas pour l'article 1136(7) de l'ALÉNA (voir : Alta., para. 2(2) ; C.-B., paras 1(1), 1(6) et art. 3 ; ÎP.-É., para. 2(2) ; Man., para. 2(2) ; N.-B., para. 3(2) ; N.-É., para. 3(2) ; Ont., para. 2(1) ; Sask., art. 5 ; T.-N. et L., para. 3(2) ; Nunavut, para. 4(2) ; T. N.-O., para. 4(2) ; Yukon, art. 3). Voir par ailleurs : Henri C. Alvarez, "The Implementation of the New York Convention in Canada", (2008) 25(6) *J. Int. Arb.* 669. Une confirmation récente de la nette séparation entre les deux régimes (« commercial » / non-commercial, en matière d'arbitrage impliquant les États en vertu de traités régies par le droit international) se trouve dans l'Arrêt de la Cour Européenne du Justice : *Slowakische Republik c. Achmea BV*, CEJ (Grande Chambre), dans l'affaire C 284/16, ECLI:EU:C:2018:158, 6 mars 2018, au para. 55. Voir également l'Article 422 de la Constitution de l'Ecuador de 2008 en rapport aux questions qu'il soulève pour exactement la même problématique et le retour de l'Ecuador au CIRDI.

15 Le tableau fait également référence aux lois qui incorporent la *Convention de New York de 1958*, là où une législation séparée à celle incorporant la Loi Type elle-même est utilisée. Outre le fait que doivent être obligatoirement appliquées ensemble les lois qui sont juridiquement bilingues là où les juridictions Canadiennes les adoptent, et ce, en raison du fait qu'elles sont « exactement sur un pied d'égalité » et « doivent [donc] faire pareillement autorité » (*Renvoi : Droits linguistiques du Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 774, lettres *h* à *i*, et p. 775, lettre *b*; *Procureur général du Québec* c. *Blaikie*, [1978] C.A. 351, p. 361), la version anglaise et la version française de la Loi Type et de la *Convention de New York de 1958* ont elles-mêmes une valeur juridique égale indépendante (à titre de langues officielles des Nations-Unies), y compris dans les juridictions Canadiennes qui sont législativement unilingues (anglaises). Pour l'interprétation et l'application en droit interne de ces instruments internationaux selon les règles qui leurs sont applicables, nous renvoyons sur l'ensemble de cette question à : The Honourable Mr. Justice Michel Bastarache, Naiomi Metallic, Regan Morris et Christopher Essert, *The Law of Bilingual Interpretation*, LexisNexis (2008), Chapter 4 – « The Interpretation of Multilingual International Law Norms », p. 157, pp. 160 et ss.

16 Jean-Denis Bredin, « Le secret du délibéré arbitral », in : *Études Offertes à Pierre Bellet*, 1991, Litec, p. 71.

17 *R.* v. *Hape*, 2007 CSC 26; [2007] 2 R.C.S. 292, p. 316, para. 39; illustration : pp. 319-320, para. 46. « À mon avis, conformément à la tradition de la common law, il appert que la doctrine de l'adoption s'applique au Canada et que les règles prohibitives du droit international coutumier devraient être incorporées au droit interne sauf disposition législative contraire. L'incorporation automatique des règles prohibitives du droit international coutumier se justifie par le fait que la coutume internationale, en tant que droit des nations, constitue également le droit du Canada à moins que, dans l'exercice légitime de sa souveraineté, celui-ci ne déclare son droit interne incompatible. La souveraineté du Parlement permet au législateur de contrevenir au droit international, mais seulement expressément. Si la dérogation n'est pas expresse, le tribunal peut alors tenir compte des règles prohibitives du droit international coutumier pour interpréter le droit canadien et élaborer la common law. » (Le juge LeBel, pour la majorité).

18 David D. Caron, Lee M. Caplan, Matti Pellonpää, *The UNCITRAL Arbitration Rules - A Commentary*, OUP, 2006, p. 814; références omises.

19 Hals, Vol. 8, Fourth ed., 1974, para. 828; *R.* c. *Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, p. 69, para. 15.

20 L.R.C. 1985, ch. I-16.

21 *Canada (Procureur général)* c. *St Hilaire*, [2001] 4 RCF 289, 2001 CAF 6, para. 1, para. 26 et para. 72 :
« Au Québec, il est acquis que le "droit commun" de la province est constitué du *Code civil* et du *Code de procédure civile*, même si ce sont là des textes législatifs. (Voir à cet effet : *Exchange Bank of Canada* v. *R.* (1886), 11 App. Can. 157 (C. P) ; « La Couronne en droit canadien », Ministère de la Justice du Canada, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 148). »

22 Voir à cet effet *Czech Republic* c. *CME Czech Republic B.V.*, jugement de la Cour d'appel de Svea, rapportée dans 42 I.L.M. 919 (2003), plus particulièrement aux pages 942 et 945.

23 Peter Ashford, *Handbook of Commercial Arbitration*, 2009, JurisNet LLC, p. 263.

24 David D. Caron, Lee M. Caplan, Matti Pellonpää, *The UNCITRAL Arbitration Rules – A Commentary*, OUP, 2006, p. 815, note 138.

25 R. Cadieux, « La sentence arbitrale », *LegisPratique - Guide de l'arbitrage*, Lexis Nexis, 11 novembre 2014, p. 248, para. 8-96, note 675.

26 Voir à cet effet les propositions de Jacques Werner, "Dissenting Opinions : Beyond Fear", (1992) 9-4 *Int'l Arb.* 22, aux pages 25-26. Nous n'abordons pas la question séparée, mais parfois inter-reliée, du bien-fondé de l'arbitre dissident de démissionner de la formation arbitrale avant la signature de la sentence finale, y compris pour ce genre de raison, en référant plutôt à une analyse récente sur la question : T.G. Nelson (2017, forthcoming) « Boycotts and Walkouts in International Arbitration" (TDM, ISSN 1875-4120) August 2017.

27 Hon. Paul E. Pfeifer with Robert L. Burpee, *Dissenting*, American Bar Association, *Litigation*, Summer 2017, Vol. 43, No. 4, 20, p. 27.

# LE TEMPS EST VENU DE FAIRE APPEL AUX ARBITRES

On dit que les juges (auxquels j'ajouterais les arbitres) sont les seuls à assister à des événements sportifs et à y applaudir l'arbitre. Cet article est un plaidoyer pour recourir davantage aux arbitres.

L'HONORABLE ROGER T. HUGHES
(JUGE RETRAITÉ)

L'honorable juge Roger T. Hughes (retraité) est médiateur et arbitre chez JAMS. Le juge Hughes a plus d'une décennie d'expérience comme juge à la Cour fédérale (Canada). Expert reconnu dans les questions de propriété intellectuelle, le juge Hughes apporte à chacun des sujets dont il traite la perspective d'un spécialiste de la législation fédérale de longue date – à titre d'avocat, de juge et d'arbitre.


**SOURCES D'INSPIRATION**

Bon nombre de sources m'ont inspiré ce plaidoyer, mais je n'en citerai que deux. La première est une entrevue avec le juge en chef de la Cour fédérale du Canada, mon ancienne cour. L'entrevue a été menée et diffusée par la Société Radio-Canada anglaise (la CBC) le 27 juin 2017. Le juge en chef plaidait en faveur d'un financement plus important pour la Cour : vingt-cinq millions de dollars. Il a dit, en partie :

> « Il manque de personnel dans la salle d'audience. Il manque de personnel au greffe de la Cour. Cela causera des retards. C'est l'accès à la justice qui est mis en cause. »

Il a souligné notamment l'augmentation prévisible du nombre de litiges en matière de propriété intellectuelle, compte tenu de l'accord entre le Canada et l'Union européenne.

La deuxième source d'inspiration est un reportage spécial paru dans la revue *The Economist* du 8 juillet 2007 et intitulé « The Economies of Longevity ». Ce reportage constate que, dans les pays riches, les gens vivent plus longtemps et en meilleure santé qu'auparavant. Or, comme divers systèmes les contraignent de prendre leur retraite beaucoup trop tôt, cela représente un gaspillage de l'énergie, de l'expérience et des connaissances qu'ils possèdent. Après avoir donné l'exemple (on pouvait s'y attendre...) des membres des Rolling Stones, l'article déclare, à la page 4 :

> « La clé pour libérer cette richesse et en profiter est de faire que les gens de plus de 65 ans deviennent des agents économiques plus actifs. »

Ainsi, d'un côté se trouvent des tribunaux trop occupés et sous-financés et, de l'autre, du talent inexploité.

**L'OBJET DE CET ARTICLE : ES ARBITRES**

Cet article porte sur les dispositions dans les normes de nombreux tribunaux canadiens relatives à la nomination d'un arbitre.

Il va sans dire, surtout pour les participants à cette conférence, que les parties à un différend ont amplement l'occasion de régler ce différend entre elles ou de demander l'aide d'un tiers, tel qu'un arbitre ou un médiateur. Parfois, les parties sont obligées de le faire sur une base contractuelle, parfois encore, c'est une loi particulière qui les y oblige, ou du moins qui les oblige à le faire avant de s'adresser à un tribunal.

La situation dont je voudrais parler est celle où les parties se trouvent déjà devant les tribunaux, où l'une a déjà entamé une action en justice contre l'autre, où le processus judiciaire est impliqué. Existe-t-il un moyen de résoudre un différend d'une manière juste, rapide et à coûts modiques tout en allégeant le fardeau du tribunal? C'est ici que devraient intervenir les arbitres.

**QU'EST-CE QU'UN ARBITRE?**

Les règles qui s'appliquent à la plupart des tribunaux du Canada prévoient la nomination éventuelle d'un arbitre pour qu'il examine la preuve relative à certains sujets et qu'il présente un rapport à la Cour. La Cour peut adopter, modifier ou rejeter le rapport; si elle ne fait rien de ce rapport dans le délai imparti, le rapport est réputé avoir été adopté.

Un arbitre a presque tous les pouvoirs de procédure d'un juge, y compris celui de contraindre des témoins de comparaître et de produire des documents. Un arbitre peut aussi résoudre des différends relatifs à la procédure et aux plaidoiries. Son pouvoir d'imposer le respect des décisions est le même que celui d'un juge.

Les frais d'un arbitre peuvent être répartis ou adjugés par la Cour.

**QUI PEUT ÊTRE ARBITRE?**

Les règles établissant qui peut être arbitre varient selon les cours. Au Manitoba, la règle 54.03 est très restrictive : un arbitre doit être Conseiller-maître du

tribunal. Par contre, en Ontario, selon la règle 54.03, peut être arbitre toute personne dont conviennent les parties de nommer. En Nouvelle-Écosse, la règle 11 est très précise : il s'agit de toute personne ayant les compétences nécessaires pour trancher la question. Cette règle énumère un certain nombre de personnes pouvant être arbitres : des comptables agréés, des ingénieurs et des avocats, mais la liste n'est pas limitative. L'idée est qu'il n'est pas nécessaire qu'un arbitre soit fonctionnaire de la Cour ou même avocat, sauf au Manitoba. Sur le plan pratique, on s'attend à ce qu'un arbitre soit une personne ayant les compétences nécessaires pour trancher la question.

### QUI NOMME L'ARBITRE?

La règle 153 des Règles des Cours fédérales exige que ce soit le juge en chef de la cour saisie de l'instance qui nomme l'arbitre. D'autres règles de tribunaux, en Ontario, en Nouvelle-Écosse et à Terre-Neuve, par exemple, exigent simplement que ce soit la Cour, ou un juge, qui nomme l'arbitre.

Ici aussi, pour des raisons pratiques, une requête est présentée à la Cour en vue de la nomination d'un arbitre. Le juge saisi de l'affaire ou, en l'absence d'un tel juge, le juge des requêtes ordonne la nomination, s'il y a lieu de le faire, ou soumet l'affaire au juge en chef.

### PORTÉE DU RENVOI

La portée du renvoi peut être limitée par l'ordonnance accordant le renvoi ou par les règles de la Cour. La règle 153(1) des Cours fédérales limite la portée à « toute question de fait ». La Règle 54.02 de l'Ontario permet « le renvoi de l'instance ou d'une question en litige ». La règle 11 de la Nouvelle-Écosse exige que la portée soit « une question qui relève de l'expertise de l'arbitre ».

C'est la règle de la Nouvelle-Écosse qui l'exprime le mieux : le sujet doit non seulement être limité par ce qui est en cause dans l'instance judiciaire, mais il doit aussi faire partie du champ d'expertise de l'arbitre. La Règle des Cours fédérales est la plus restrictive : le renvoi doit porter sur une question de fait, non de droit. Le chevauchement entre les faits et le droit est sujet à débat depuis longtemps. Quelle place occupe l'« opinion », par exemple, quand les experts ne s'entendent pas sur ce qui aurait dû ou n'aurait pas dû être fait, ou sur ce qui était ou n'était pas évident? On peut supposer qu'un arbitre pourrait, dans son rapport, rendre ses conclusions et ses opinions, et laisse au juge à qui le rapport est remis le soin d'examiner le sujet, y compris la question de savoir s'il veut tenir une audience sur le point exprimé ou l'opinion donnée.

### LES FRAIS

Les frais associés au renvoi peuvent être établis dans l'ordonnance de renvoi ou par le juge qui examine le rapport, ou une combinaison des deux. L'idée que les parties paient de façon proportionnelle le renvoi n'est pas déraisonnable.

### À QUI ADRESSER UN RENVOI - QUELQUES EXEMPLES

- Les **questions de comptabilité** en sont un exemple évident. On peut examiner les comptes et les registres et appliquer les principes comptables exemplaires. « La formule énoncée dans le contrat a-t-elle été correctement appliquée au calcul des redevances? » est une question qui peut se poser.
- Les **questions d'ingénierie** : Quels principes de construction, quels processus d'ingénierie ou autres aspects doit-on mettre en œuvre, et dans quelles circonstances? Quels principes d'ingénierie fallait-il appliquer?
- Les questions de **navigation et d'ordre maritime** : Quelles étaient les conditions météorologiques et maritimes? Où les navires se trouvaient-ils, et sur quels trajets?
- **Qualité requise et calibre** : le blé qui a été apporté était-il réellement de première qualité? Fallait-il utiliser de l'acier inoxydable?
- Les **questions relatives aux peuples autochtones** : les élections des bandes font souvent l'objet de différends. Les procédures appropriées ont-elles été suivies? Les électeurs étaient-ils tous habilités à voter?
- Les **questions relatives aux brevets** : Quel était l'état de la technique? Certains aspects étaient-ils bien connus de tous? Quelle était la part d'invention dans l'état de la technique? Certains aspects avaient-ils été dévoilés antérieurement?
- Les **questions relatives aux marques de commerce** : quel était l'état du marché? Quels produits et services ont été fournis? Par qui? Quand?
- **Et la liste ne s'arrête pas là**...

### POURQUOI L'UN D'ENTRE NOUS POURRAIT-IL ÊTRE ARBITRE?

La plupart des membres de cette organisation se considèrent comme de bons candidats en vue d'une nomination en tant qu'arbitre. Nous avons les compétences nécessaires pour tenir une audience, pour rédiger des rapports et prendre des décisions d'ordre procédural. Il ne fait aucun doute que certains d'entre nous sont meilleurs que d'autres.

Néanmoins, une question plus impor-

tante est de savoir comment trouver une correspondance entre les compétences particulières d'un candidat et celles dont un arbitre a besoin pour résoudre, par exemple, le problème particulier, de la compétence en comptabilité, en sciences, en navigation ou en propriété intellectuelle.

Une attention particulière doit être accordée aux questions concernant les peuples autochtones : des connaissances approfondies et de l'empathie sont nécessaires. Dans une affaire que j'ai instruite en tant que juge, j'ai demandé à un autre juge, un autochtone, de participer à la résolution du différend. Il est allé vivre avec les parties, dans la réserve, rencontrant chacune des parties en conflit et partageant des repas avec elles. Finalement, tous se sont rencontrés autour d'un repas, réglant ainsi un différend qui avait couvé pendant une trentaine d'années.

**COMMENT FAIRE?**

Je pense que recourir davantage aux renvois peut permettre la résolution de nombreux litiges d'une manière plus rapide, moins coûteuse et plus satisfaisante. C'est aussi une manière de mettre à profit des personnes compétentes, mais sous-exploitées.

Il faut s'arranger pour que les tribunaux comprennent bien qu'ils disposent de cette ressource. On devrait faire un effort de sensibilisation auprès des juges en chef pour qu'ils soient particulièrement conscients de l'existence de cette ressource.

Nous devons faire connaître nos compétences particulières dans les domaines de la comptabilité, de l'ingénierie, de la navigation, de la propriété intellectuelle et des questions relatives aux peuples autochtones afin que les parties au litige aient accès aux précieuses ressources qui sont à leur disposition.

C'est l'occasion d'améliorer les choses, de faire bon usage de nos ressources et de le faire de façon optimale.

Téléchargez votre exemplaire maintenant à partir du site Web de l'IAMC.

# Disability Accessibility Guidebook for Mediators

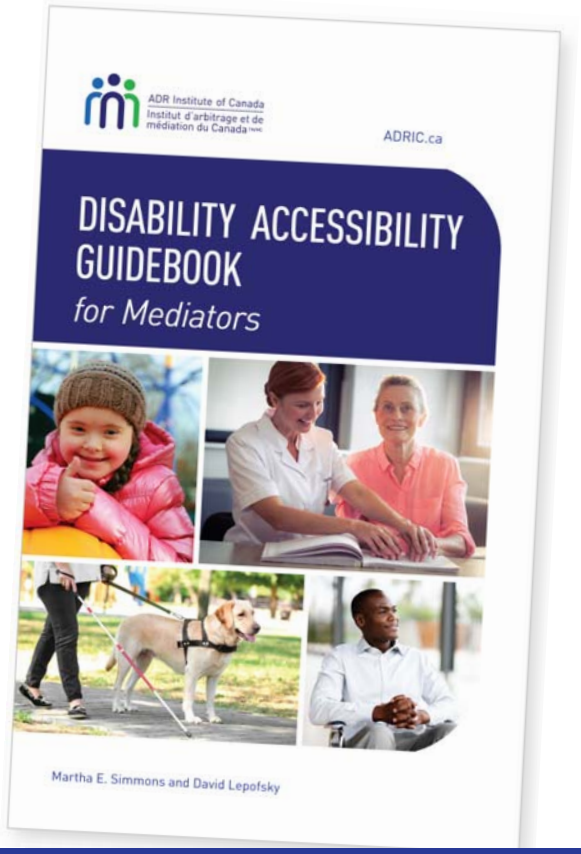
(guide des médiateurs sur l'accessibilité des personnes handicapées)

L'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada (IAMC) a lancé une nouvelle ressource importante sans précédent lors de la Conférence de l'IAMC de 2017 : le **Disability Accessibility Guidebook for Mediators** (guide des médiateurs sur l'accessibilité des personnes handicapées), pendant une séance animée par Martha E. Simmons, qui est coauteure du guide.

Rédigé par Martha E. Simmons et David Lepofsky, le guide se révèle très populaire, étant donné qu'il n'y a pas d'autre ressource qui fournit de l'information concrète sur l'importance de l'accessibilité au processus de médiation et les moyens de l'améliorer.

**Sujets abordés :**

- Pourquoi il est important de permettre aux personnes handicapées de participer pleinement aux processus de médiation;
- Les questions qu'il faut poser, quand et comment, pour s'enquérir des accommodements nécessaires aux personnes handicapées dans les processus de médiation;
- Comment intégrer les accommodements dans le processus de médiation;
- Répondre aux besoins des personnes souffrant des handicaps suivants : perte de l'ouïe, perte de la vision, déficiences intellectuelles, problèmes de santé mentale, handicaps physiques et problèmes de mobilité, problèmes de communication, autisme et troubles d'apprentissage




Vous pouvez également commander un exemplaire par courriel à *admin@adric.ca*.
Le livre est gratuit; cependant, des frais de port et de manutention peuvent s'appliquer.

# *HELLER* C. *UBER TECHNOLOGIES INC.* : EN APPRENDRE DAVANTAGE SUR L'ARBITRAGE ET LES RECOURS COLLECTIFS

La relation entre les clauses d'arbitrage et les recours collectifs a fait l'objet de nombreux litiges ces dernières années. Les tribunaux canadiens ont examiné, avec des résultats variables, l'applicabilité des clauses d'arbitrage dans le contexte des affaires concernant les consommateurs et les non-consommateurs.

CHRISTINA PORRETTA

Mme Porretta est associée au sein du groupe-conseil de recherche du cabinet Dentons Canada, S.E.N.C.R.L., qui fournit des avis sur des questions juridiques complexes ou nouvelles à des clients ou à des avocats du cabinet. Mme Poretta travaille en étroite collaboration avec les avocats plaidants pour fournir un soutien stratégique aux clients engagés dans un litige ou un arbitrage. On fait régulièrement appel à elle pour rédiger des documents écrits à l'appui d'arbitrages, et elle a joué un rôle important dans des dossiers liés à la négligence professionnelle, à des différends commerciaux complexes et à des questions d'assurance.

MICHAEL D. SCHAFLER, ARB.B

M. Schafler exerce sa profession au sein du cabinet Dentons Canada, S.E.N.C.R.L. Il se spécialise dans le règlement des différends commerciaux, notamment dans l'arbitrage international et national (ad hoc et institutionnel). Il siège aussi au conseil d'administration de Dentons Canada. Pendant plusieurs années, il s'est intéressé de près au recoupement des recours et des arbitrages collectifs; il a écrit des articles et donné des conférences sur l'arbitrage collectif. En 2017, il a reçu le titre professionnel d'arbitre breveté (Arb.B). Il est actuellement administrateur de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada (IAMC).


**Ces décisions ont soulevé la question de savoir si la vulnérabilité des clauses d'arbitrage au Canada augmente, particulièrement dans les affaires concernant des non-consommateurs. Notamment, les décisions de la Cour suprême du Canada dans** *Seidel* **c.** *TELUS Communications inc.*[1] **et de la Cour d'appel de l'Ontario dans** *Wellman* **c.** *TELUS Communications Company*[2] **(dans laquelle l'autorisation de faire appel auprès de la Cour suprême a récemment été accordée) ont suscité de nombreuses discussions sur les facteurs d'ordre politique et législatif qui pourraient empêcher l'application de dispositions d'arbitrage obligatoires.**

*Heller* **c.** *Uber Technologies inc.* **est une décision récente du juge Perell de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, qui clarifie le cadre juridique permettant de déterminer l'application des clauses d'arbitrage dans les recours collectifs concernant des non-consommateurs.[3] Dans cette affaire, le juge Perell a confirmé que, sauf si le législateur a précisément prévu que de telles clauses ne soient pas exécutoires, les tribunaux appliqueront les clauses d'arbitrage et suspendront les recours collectifs potentiels.**

## LES FAITS

**Le demandeur, David Heller, résident de l'Ontario, a conclu plusieurs contrats avec Uber (l'« entente de service ») et, grâce aux applications Uber, a fait de la livraison de nourriture de restaurant à des clients. M. Heller a intenté le recours collectif putatif au nom des chauffeurs Uber, alléguant que lui et les membres de ce groupe étaient des employés d'Uber et avaient droit aux avantages prévus par la** *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*[4] **de l'Ontario.**

**L'entente de service entre M. Heller et Uber était régie par la loi des Pays-Bas et prévoyait que les litiges soient arbitrés aux Pays-Bas en vertu de la** *Loi de 2017 sur l'arbitrage commercial international*[5] **ou, au besoin, la** *Loi de 1991 sur l'arbitrage*[6]**. Bien que la question du droit applicable ait été un sujet de litige entre les parties, ultimement, cette question n'a pas été vraiment traitée puisque, en vertu de chacune de ces lois, en présence d'une convention d'arbitrage, le tribunal doit soumettre la question à l'arbitrage, sous réserve de certaines exceptions[7]. Par conséquent, Uber a présenté une requête préalable à l'attestation visant à suspendre le recours collectif proposé par M. Heller en faveur de l'arbitrage.**

**M. Heller s'est opposé à la requête en suspension, au motif que la** *Loi de 2017 sur l'arbitrage commercial international* **ne s'appliquait pas aux relations employeur-employé et que, par conséquent, l'affaire ne relevait pas de la compétence d'un arbitre. De plus, M. Heller**

a soutenu que la convention d'arbitrage était inique. Uber, pour sa part, a soutenu que l'entente de service avec la société était, à sa face même, une entente commerciale et que le principe de compétence-compétence exigeait que l'arbitre ait l'occasion de résoudre toute contestation de sa compétence.

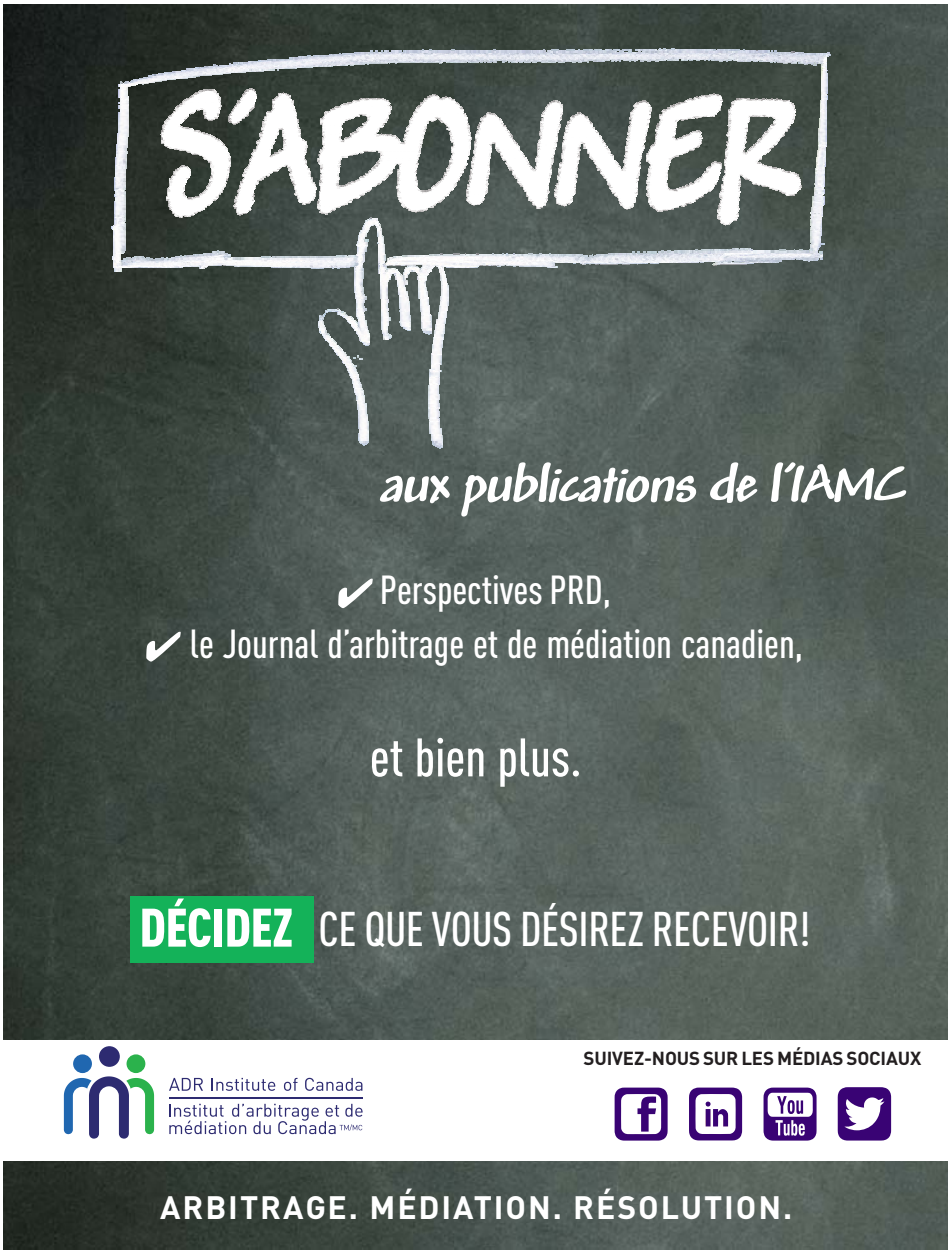
**LA DÉCISION**

Le juge Perell a jugé que, en l'absence d'un libellé législatif contraire, les tribunaux doivent appliquer les conventions d'arbitrage et renvoyer les litiges à l'arbitrage, sauf s'il est évident que la question ne relève pas de la convention. Par conséquent, le juge Perell a accueilli la requête d'Uber et a suspendu le recours collectif putatif en faveur de l'arbitrage, aux motifs que 1) le recours collectif proposé était assujetti à la *Loi de 2017 sur l'arbitrage commercial international* et toute question de compétence devait être tranchée par l'arbitre conformément au principe de compétence-compétence, la LNE n'excluant pas expressément l'arbitrage; et 2) la clause d'arbitrage n'était pas inique.

Le juge Perell a jugé que la *Loi de 2017 sur l'arbitrage commercial international* s'appliquait, puisque l'entente de service était à la fois « internationale » et « commerciale ». L'entente de service était internationale du fait que le lieu d'affaires des parties était situé dans des pays distincts. Le demandeur putatif était situé en Ontario, alors que le siège social d'Uber était situé aux Pays-Bas. L'entente de service était de nature commerciale, puisqu'il s'agissait d'un contrat commercial [TRADUCTION] « ... pour la vente à des fins d'utilisation de la propriété intellectuelle, d'un logiciel, moyennant des frais »[8]. La nature commerciale de l'entente de service était en outre étayée par le fait qu'elle précisait expressément qu'elle ne créait pas de relation de travail[9].

Plus particulièrement, le juge Perell a déclaré que, même si les ententes d'Uber créaient une relation d'emploi, [TRADUCTION] « cela ne signifie pas que toutes les relations de travail ne sont pas des ententes commerciales ni que les conventions d'emploi sont incompatibles avec l'arbitrage »[10]. Il a établi une analogie entre cette situation et celle des conventions collectives conclues entre un syndicat et un employeur, ainsi que celle des contrats individuels entre athlètes et entraîneurs professionnels, qu'il a données en exemples de relations de travail assujetties à des ententes commerciales qui prévoient presque toujours l'arbitrage[11]. Par conséquent, le juge a conclu qu'on ne pouvait établir que toutes les relations de travail ne relèvent pas de la *Loi de 2017 sur l'arbitrage commercial international*.

Le juge Perell a poursuivi par l'analyse de l'argument de Heller voulant que la cour avait compétence pour décider si l'affaire devait être soumise à l'arbitrage, s'agissant d'une question d'interprétation législative de la LNE. En rejetant la position de M. Heller, le juge Perell a renvoyé à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Seidel* et à la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Wellman*, lesquelles dictent que, en l'absence d'un libellé législatif contraire, les tribunaux doivent appliquer les conventions d'arbitrage[12]. La LNE n'exclut pas explicitement l'arbitrage. À l'inverse, selon le juge Perell, le caractère arbitrable des requêtes en matière de relations de travail [TRADUCTION] « est une question complexe mixte de fait et de droit, à trancher en premier lieu par l'arbitre; ce n'est pas une simple question d'interpréta-



tion législative à décider par la cour »[13].

Enfin, le juge Perell a rejeté l'argument de M. Heller selon lequel l'arbitrage était illégal en raison de son iniquité. Il a souligné les éléments de l'iniquité contractuelle : 1) l'iniquité prononcée du pouvoir de négociation; 2) un marché essentiellement injuste ou inéquitable; et 3) le défendeur profite sciemment du demandeur vulnérable. Malgré l'inégalité de pouvoir de négociation, le juge Perell a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour établir qu'Uber avait profité de Heller ou que l'insertion dans l'entente de la disposition d'arbitrage rendait ladite entente injuste[14].

**Programme d'assurance de la responsabilité civile professionnelle de l'IAMC**

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

http://adric.ca/fr/resources/insurance/


**COMMENTAIRE**

La décision du juge Perell dans l'affaire *Heller* s'harmonise étroitement avec le principe général selon lequel les clauses d'arbitrage sont présumées exécutoires, comme l'ont affirmé les tribunaux dans les affaires *Seidel* et *Wellman*.

Dans l'affaire *Seidel*, la Cour suprême du Canada a conclu qu'une suspension d'instance partielle était appropriée. L'affaire *Seidel* concernait des demandeurs consommateurs et non consommateurs demandant l'attestation de leur recours collectif contre les défenderesses. La Cour suprême a considéré l'affaire en grande partie comme une question d'interprétation législative, réaffirmant le principe selon lequel les clauses d'arbitrage sont exécutoires en l'absence d'un libellé législatif contraire[15]. Dans l'affaire *Seidel*, la question centrale consistait à savoir si le législateur, dans sa rédaction de la *Business Practices and Consumer Protection Act*[16], avait manifesté son intention d'intervenir pour que les consommateurs puissent passer outre leur engagement contractuel à l'arbitrage privé. La Cour a jugé que la BPCPA constituait une dérogation législative à la clause d'arbitrage. Par conséquent, les demandes relevant de l'application de disposition pertinente de la BPCPA pouvaient être poursuivies devant le tribunal, tandis que les demandes qui ne relevaient pas de cette disposition seraient régies par la clause d'arbitrage.

L'affaire *Wellman* concernait également un recours collectif, incluant des demandeurs consommateurs et non consommateurs. Dans cette affaire, TELUS a concédé que l'effet de la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*[17] de l'Ontario était de permettre que les recours relatifs aux contrats de consommation soient portés devant les tribunaux. Ce faisant, elle faisait valoir que les recours des non-consommateurs étaient régis par la clause d'arbitrage obligatoire et devaient être suspendus. La juge de première instance a refusé d'accorder la suspension d'instance partielle et a attesté le recours collectif. Selon elle, il aurait été déraisonnable de séparer les recours des non-consommateurs des recours des consommateurs, cela pouvant conduire à « l'inefficience, un risque d'incohérence des résultats et une multiplicité de procédures ». La Cour d'appel a accueilli cette décision et rejeté l'appel.

Bien que l'affaire *Heller* ne concerne pas la législation sur la protection du consommateur, l'analyse du juge Perell est compatible avec le raisonnement utilisé dans les affaires *Seidel* et *Wellman*. L'affaire *Heller* confirme que le tribunal examinera d'abord la législation en cause pour déterminer si le recours à l'arbitrage y est exclu. Si l'arbitrage y est expressément exclu, l'affaire sera portée devant les tribunaux (avec une analyse distincte visant à déterminer si les recours qui ne sont pas exclus par la loi doivent également être portés devant les tribunaux). Si la législation n'interdit pas l'arbitrage, la question de la compétence est assujettie au principe de compétence-compétence. Il s'agit d'une question complexe mixte de fait et de droit, à trancher en premier lieu par l'arbitre, et non pas une simple question d'interprétation législative à décider par le tribunal[18].

M. Heller a fait appel de la décision du juge Perell; nous attendrons donc les directives de la Cour d'appel de l'Ontario.

1 2011 CSC 15 [*Seidel*].
2 2017 ONCA 433 [*Wellman*], autorisation d'appel à la CSC accordée le 22 mars 2018. Voir Michael Schafler et Barbara Capes, *Is Canada Ready for Class Arbitration? A Discussion about the Implications of the Ontario Court of Appeal decision in Wellman v. TELUS Communications Company*, Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien, (2017) vol. 26, nº 2, pour une analyse de la décision dans l'affaire *Wellman*.
3 2018 ONSC 718 [*Heller*].
4 LO 2000, c. 41 [LNE].
5 LO 2017, ann. 5.
6 LO 1991, c. 17.
7 *Ibid.*, paragr. 35.
8 *Ibid.*, paragr. 46.
9 *Ibid.*, paragr. 45.
10 *Ibid.*, paragr. 48.
11 *Ibid.*
12 *Ibid.*, paragr. 51.
13 *Ibid.*, paragr. 57.
14 *Ibid.*, paragr. 70.
15 Ce principe est au cœur de deux décisions antérieures de la Cour suprême du Canada portant sur l'arbitrage au Québec : *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*, [2007] 2 RCS 801, et *Rogers Wireless inc.* c. *Muroff*, [2007] 2 RCS 921.
16 *Business Practices and Consumer Protection Act,* [SBC 2004] c. 2 [BPCPA].
17 LO 2002, c. 30, ann. A, paragr. 7(2).
18 *Heller*, *supra*, note 3, paragr. 65.

# 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

BD&P Burnet, Duckworth & Palmer LLP Law Firm

BLG Borden Ladner Gervais

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

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

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

COX & PALMER

大成 DENTONS

DLA PIPER

GOWLING WLG

GRAHAM

IBC BAC

Imperial

*Ismaili Conciliation and Arbitration Board of Canada*

MCINNES COOPER

NORTON ROSE FULBRIGHT

OSLER

ROSE LLP

STEWART McKELVEY LAWYERS • AVOCATS

*Shell Canada Limited*

Renseignez-vous sur les avantages de l'adhésion corporative auprès de l'IAMC et devenez membre dès aujourd'hui.

# Désignations professionnelles pour MÉDIATEURS et pour ARBITRES

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

Arborer le titre de Méd.A, Méd.B, Arb.A ou Arb.B[1] renforce votre crédibilité et la possibilité de faire valoir vos compétences. Reconnus à l'échelle nationale, ces titres indiquent que vous appartenez à une organisation nationale qui se consacre à promouvoir et préserver l'excellence des normes en matière de PRD; ils soulignent également que vous démontrez de l'engagement dans l'exercice de vos fonctions et avez à cœur de vous perfectionner dans le cadre de la formation continue.

Les désignations de Médiateur Agréé (Méd.A) et d'Arbitre Agréé (Arb.A) sont les désignations généralistes les plus élevées officiellement reconnues au Canada pour les médiateurs et arbitres en exercice, et offertes par l'IAMC justifiant d'un haut niveau de formation, d'expérience et de compétences.

Les désignations de Médiateur Breveté (Méd.B) et d'Arbitre Breveté (Arb.B) sont les désignations de premier niveau officiellement reconnues au Canada qui attestent les qualifications minimales de formation requises. Elles sont un gage de reconnaissance de votre travail et de votre expérience, et elles constituent une solide assise dans votre parcours jusqu'au niveau de désignation le plus élevé.

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

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

## FRAIS DE CANDIDATURE

Vous devez acquitter des frais de candidature uniques auprès de votre section régionale affiliée afin de couvrir les coûts d'administration de la procédure d'agrément.

## FRAIS ANNUELS ET AUTRES EXIGENCES

Vous devez verser à l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada un montant annuel pour conserver votre titre (voir les tarifs d'adhésion actuels à l'adresse ADRIC.ca/fr). Vous devez également être membre en bonne et due forme auprès de votre section régionale affiliée et vous engager à suivre les programmes Formation continue et participation afin de conserver votre titre.

## FORMULAIRES DE DEMANDE

Vous pouvez télécharger les formulaires de demande à partir du site Web de votre section régionale affiliée ou communiquer avec cette dernière afin qu'elle vous fasse parvenir une copie du formulaire.

**C.-B.** adrbc.com
**SASK.** adrsaskatchewan.ca
**ONT.** adr-ontario.ca
**Provinces de l'Atlantique** adratlantic.ca
**ALB.** adralberta.ca
**MAN.** adrmanitoba.ca
**QUÉB.** imaq.org

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

[1]Tous les titres sont des marques déposées de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada, Inc.

# 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, Q.Arb**
2014 - 2017 **M. Scott Siemens, C.Med**

## MEMBRES / 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.

## MEMBRES HONORAIRES / HONOURARY 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 ÉMÉRITES / 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.

## MEMBRE HONORAIRE / HONOURARY MEMBER

**L'hon. Thomas A. Cromwell**

## 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, Q.Arb Atlantic)
2015 **Anne M. Wallace,** Q.C., C.Med, C.Arb (SK)
2016 **Jim McCartney,** C.Med, C.Arb (AB)
2017 **Angus Gunn**, Q.C. (BC)

### RÉGIONAL / REGIONAL:

1999 **Harry Hunter**, (BCAMI)
2000 **Kent Woodruff**, C.Med/C.Arb (BCAMI)
2001 **Annette Strug**, C.Med (ADRAI)
2002 **Bernie McMullan**, C.Arb (ADRIM)
2003 **Randy A. Pepper**, (ADRIO)
2004 **Gary Fitzpatrick**, C.Arb (BCAMI)
2005 **Gary T. Furlong**, C.Med (ADRIO)
2006 **Kenneth A. Gamble**, C.Med/C.Arb (ADRSK)
2007 **Mary T. Satterfield**, C.Med/C.Arb (ADRIO)
2008 **Sheila Begg**, C.Med/C.Arb (BCAMI)
2008 **Bill Diepeveen**, (ADRIA)
2009 **Tom W. Smith**, C.Med (ADRIA)
2010 **Richard H. McLaren**, C.Arb (ADRIO)
2011 **Camilla Witt**, (ADRIA)
2011 **Dr. Barbara Landau**, C.Med, Cert.F.Med (ADRIO)
2012 **Pamela Large-Moran**, C.Med, C.Arb (ADRAI)
2013 **Dr. Barbara Benoliel**, (ADRIO)
2014 **Claude Métras**, Méd.A/Arb.A (IMAQ)
2015 **Dr. Jennifer L. Schulz** (ADRIM)
2016 **Andrew D. Butt,** C.Med, Q.Arb (ADRAI)
2017 **Heather Swartz,** C.Med (ADRIO)

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

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

ARBITRAGE. MÉDIATION. RÉSOLUTION.

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

## AFFILIÉS / 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@adrbc.com*
*www.adrbc.ca*

### ALB. / AB

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

### SASK. / SK

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

### MAN. / MB

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

### ONT. / ON

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

### QUÉB. / QC

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

### PROVINCES DE L'ATLANTIQUE / ATLANTIC PROVINCES

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