Vol. 25, No. 2 Automne/Hiver 2016

journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien

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

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

ARBITRAGE. MÉDIATION. RÉSOLUTION.

DANS CE NUMÉRO

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

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

Commentaires sur l'affaire Ville d'Ottawa c. Coliseum inc. ..8
Joel Richler, LL. B, B.C.L., FCIArb

Arbitrage de différends pour fautes médicales au Canada 13
Joanne Todesco, M.D., FRCPC

Félicitations à nos nouveaux titulaires! 16

Application du droit collaboratif hors du contexte du droit de la famille 19
Jenna Himelfarb, B.A., J.D.

Félicitations aux lauréats des prix d'excellence Lionel J. McGowan de 2016! 25

NADAP : un système de PRD au sein de l'industrie canadienne de l'automobile 28
Bevan Brooksbank

La *res judicata* en arbitrage : Une mise au point 35
Mary Comeau, LL.B.

JOANNE TODESCO, M.D., FRCPC
AUTEURE : « ARBITRAGE DE DIFFÉRENDS POUR FAUTES MÉDICALES AU CANADA » - *VOIR LA PAGE 13*

ABONNEZ-VOUS À
ADRIC.CA/FR

NOUVELLES ET ÉVÉNEMENTS

PAGE 3 - CONFÉRENCE IAMC 2017 – DU 18 AU 20 OCTOBRE 2017
PAGE 25 - LAURÉATS 2016 DU PRIX D'EXCELLENCE MCGOWAN
PAGE 16 - NOS NOUVEAUX TITULAIRES DE TITRES PROFESSIONNELS

VOL. 25, NO. 2
AUTOMNE/HIVER 2016
FALL/WINTER 2016

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

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

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

Directrice générale / Executive Director
Janet McKay

Coordonnatrice du JOURNAL / JOURNAL Coordinator
Brenda Lesperance

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

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

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

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

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

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

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

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

QUI SOMMES-NOUS?

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

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

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

CONSEIL D'ADMINISTRATION 2016-2017

EXECUTIF

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

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

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

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

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

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

ADMINISTRATEURS

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

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

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

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

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

William J. Hartnett, Q.C., LL.B.
Administrateur- Représentant corporatif - Imperial Oil Limited, Calgary, Alb.

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

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

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

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

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

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

AUTRES ADMINISTRATEURS

Janet McKay
Secrétaire et directrice générale

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

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

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

Illustrations utilisées avec l'aimable autorisation de l'Association de l'industrie touristique de Terre-Neuve et du Labrador

Du 18 au 20 octobre 2017

IAMC 2017 : PRD et accès à la justice

CONFÉRENCE NATIONALE, ST. JOHN'S, TERRE-NEUVE

Nous sommes en train d'établir des partenariats avantageux pour la conférence de 2017. En plus d'un programme extraordinaire, nous organiserons des visites et des événements sociaux pour les conjoints et les familles, afin qu'ils puissent profiter au maximum de cette région merveilleuse.

On commence déjà à réserver des commandites et des séances de conférenciers. Nous vous encourageons donc à exprimer votre intérêt le plus tôt possible.

Pour les possibilités de commandites, veuillez communiquer avec :

JANET MCKAY : janetmckay@adric.ca

Visitez : *www. adric.ca/fr/adric2017*

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

MESSAGE DU PRÉSIDENT

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

La conférence de l'IAMC 2016 a connu un grand succès : comme elle se tenait au Ritz-Carlton de Toronto, les repas et collations, le service et les installations étaient exceptionnels, mais ce sont les séances qui ont obtenu le plus d'éloges.

Les sujets de cette année, qui avaient été planifiés par des sommités dans leur domaine, en collaboration avec le comité de la conférence nationale, témoignaient vraiment d'une grande expertise. Quelques séances ont été enregistrées et seront bientôt en ligne – certaines offertes gratuitement par notre réseau YouTube, d'autres disponibles moyennant des frais modestes.

L'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada (IAMC) a aussi accueilli l'unique conférence Global Pound au Canada. Le but de cette conférence, appuyé par sa forme, était de faciliter la discussion sur l'accès à la justice et les moyens d'améliorer la qualité de la justice dans les conflits commerciaux par le monde. Cette conférence réunissait tous les intervenants dans le domaine de la prévention et du règlement des différends : parties aux différends (ou utilisateurs); prestataires de services; conseillers et influenceurs. Elle fait partie d'une véritable série sur le leadership éclairé : des événements ont aussi eu lieu à Singapour, Lagos, Mexico, New York, Genève et Madrid, et d'autres se tiendront dans 26 autres villes un peu partout sur le globe. Vous pouvez consulter un rapport sur les résultats en suivant ce lien : *cliquez ici*.

Du 18 au 20 octobre 2017 – *Réservez ces dates! Planifiez quelques congés supplémentaires!*

La conférence de l'IAMC 2017 sera absolument passionnante : le thème en est l'accès à la justice. Elle se tiendra à St. John's à Terre-Neuve-et-Labrador.

Nous sommes à choisir des partenariats, des sujets et des conférenciers particulièrement intéressants. En plus de proposer un programme extraordinaire, nous organiserons des visites et des événements sociaux pour les conjoints et les familles, afin qu'ils puissent profiter au maximum de cette région merveilleuse. On commence déjà à réserver des commandites et des séances de conférenciers. Nous vous encourageons donc à exprimer bientôt votre intérêt.

Autres activités à l'IAMC :

L'IAMC lancera une nouvelle offre d'adhésion d'entreprise, avec des avantages améliorés comme des réductions sur les services d'administration de l'arbitrage, une interaction accrue avec nos sections régionales et un futur conseil consultatif d'entreprises qu'elle travaille à établir.

Le nombre de cas d'arbitrages qui font appel aux services d'administration de l'IAMC s'accroît de façon exponentielle. Les Règles d'arbitrage de l'IAMC, entièrement révisées, ont été publiées en décembre 2014. Elles sont de plus en plus populaires en raison de leur clarté et de leur simplicité. Jetez-y un coup d'œil : http://adric.ca/fr/arbrules.

Nous réviserons les Règles nationales de médiation en 2017 et espérons diffuser la nouvelle version bientôt. Si vous souhaitez participer à cette révision ou recevoir une copie de la nouvelle version, veuillez nous en aviser.

Nous avons mis sur pied un groupe de travail sur la médiation-arbitrage, qui créera des lignes directrices nationales à l'intention des membres pour les aider à respecter les normes et à maintenir leur crédibilité.

Nous lancerons un projet de recherche sur le rendement des investissements dans la prévention et le règlement des différends (PRD).

Nous travaillons en collaboration avec les arbitres internationaux les plus éminents du Canada pour mettre au point une offre irrésistible pour la conférence du Conseil international pour l'arbitrage commercial de 2022 qui aura lieu au Canada.

Nous continuons de former des alliances stratégiques avec des organisations qui partagent nos intérêts, au profit de la profession et de nos membres.

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

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

Notre comité de la formation professionnelle continue a été très actif, et peut maintenant offrir l'accréditation nationale de leurs cours aux prestataires de cours menant à l'obtention d'un titre professionnel.

Nous prévoyons publier des communiqués plus régulièrement, afin de contribuer à une meilleure connaissance de la PRD. Voyez les communiqués publiés jusqu'à maintenant à l'adresse : http://adric.ca/fr/media-releases/.

Pour en savoir plus sur les activités, événements et services que j'ai abordés, veuillez entrer en contact avec notre directrice générale, Janet McKay.

En nous rapprochant de la fin de 2016, nous sommes toujours encouragés par l'engagement et l'influence formidables de nos sections et de nos membres dans tout le pays. Sans aucun doute, 2017 apportera son lot de défis et d'occasions favorables, et nous sommes en excellente position pour en tirer parti. Je vous adresse mes meilleurs vœux pour les fêtes et la nouvelle année.

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

COMITÉ DE RÉDACTION

RÉDACTEUR EN CHEF :

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

MEMBRES :

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

SE CONNECTER À LA PRD

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

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

PERSPECTIVES PRD

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

e -bulletin

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

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

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

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

MOT DU RÉDACTEUR EN CHEF

Nous vivons une période de bouleversements.

WILLIAM G. HORTON, FCIARB, ARB.A

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

Les valeurs et les idées établies sont remises en question, ainsi que les institutions qui protègent ces valeurs ou en font la promotion, et les groupes sociaux, économiques et professionnels qui en bénéficieraient exagérément.

Tandis que j'assistais à une séance de la Conférence *Global Pound***, organisée par l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada à Toronto le 15 octobre 2016, j'ai été frappé par le thème de la responsabilisation des clients par rapport à leurs différends pour les amener à trouver leurs propres solutions à l'extérieur du cadre du système judiciaire. « Qu'en est-il de la primauté du droit? » a protesté l'un des avocats présents. La réponse a été un silence assourdissant – qu'en me fondant sur le reste de la discussion, j'interprète comme suit : « Que vaut la primauté du droit si elle rend nos différends plus difficiles et plus coûteux à régler? »**

Nous sommes devant deux défis : d'abord, rendre le système judiciaire efficace pour les gens et les entreprises aux prises avec des différends; ensuite, offrir de vraies solutions de rechange. Ces deux défis sont reliés. À mesure que deviennent plus efficaces les solutions autres que le procès, il devient aussi plus difficile pour les procédures judiciaires d'égaler leur efficacité et leur coût avantageux, spécialement compte tenu des ressources limitées dont disposent les tribunaux. En même temps, les processus alternatifs ont besoin d'un certain soutien du système judiciaire afin d'être pleinement efficaces. Cette dernière observation s'applique, par exemple, à l'utilisation de la médiation au début des procès, mais elle est surtout applicable à l'exécution des conventions et des sentences d'arbitrage.

Il existe une tension constante dans le rôle des tribunaux, qui consiste à définir, en même temps, les limites acceptables de l'arbitrage et leur propre rôle dans le nouveau contexte du règlement extrajudiciaire des différends. Cette tension n'est nulle part aussi évidente que dans les décisions contradictoires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (« CACB ») *BCNET Networking Society v. Urban Communications Inc.* **(«** *BCNET* **») et** *British Columbia v. Teal Cedar Products Ltd.* **(«** *Teal* **»).**

La première suit l'exemple de la Cour suprême du Canada (la « CSC ») dans *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.* **(«** *Sattva* **»), qui prescrit le respect des sentences arbitrales, ce qui a pour résultat de rendre rare l'ingérence de la cour dans de telles sentences. La seconde cherche à disséquer l'arrêt** *Sattva* **de façon à produire une interprétation selon laquelle le tribunal est presque toujours en position de substituer sa propre conclusion à celle de l'arbitre, c'est-à-dire chaque fois que la question peut être qualifiée d'application de la loi à des faits. Le 1er novembre 2016, la Cour suprême du Canada entendra les appels des décisions** *BCNET* **et** *Teal***. De deux choses l'une : ou elle affirmera la viabilité de l'arbitrage comme méthode indépendante de règlement des différends, ou elle amènera l'arbitrage dans une direction opposée.**

Par comparaison, la Cour d'appel de l'Ontario (la « CAO ») a récemment démontré l'efficacité de l'approche de l'arrêt *Sattva* **dans le jugement** *The City of Ottawa v. The Coliseum Inc.* **(«** *Coliseum* **»), que Joel Richler examine dans son article du présent numéro du** *Journal***. Tandis que la CACB dans le jugement** *Teal* **a cherché à minimiser le critère juridique de la décision raisonnable dans l'arrêt** *Sattva* **en déconstruisant tous les éléments constitutifs du raisonnement de la CSC, la CAO a fait l'inverse en concluant que l'application directe du critère de la décision raisonnable rendait inutile une analyse plus poussée. M. Richler décrit et évalue cette approche dans son article réfléchi.**

Cependant, la contradiction entre ces approches ne sera pas résolue avant que la CSC n'ait tranché les appels en instance des décisions *BCNET* **et** *Teal* **– et peut-être même pas à ce moment-là. La véritable résolution viendra quand les tribunaux, et ceux qui exercent devant les tribunaux, redéfiniront leur rôle d'une façon qui tienne compte du nouvel environnement de règlement extrajudiciaire des différends.**

Je formulerais respectueusement l'opinion que les tribunaux feraient bien de se concentrer sur les différends que les parties ne sont pas capables de régler par leurs propres moyens, plutôt que de chercher à préserver un contrôle envahissant sur les issues des arbitrages privés. Ainsi, les ressources limitées dont dispose le système judiciaire seraient utilisées, de la manière la plus avantageuse, dans les domaines du règlement des différends qui sont essentiels pour la société et pour lesquels

aucun autre moyen efficace de résolution n'existe. Le droit constitutionnel et les droits civils, le droit criminel, les recours collectifs, les différends familiaux, la faillite et l'insolvabilité, et les délits civils de toutes sortes sont tous des domaines de différends qui exigent les ressources plus considérables de la cour et dans lesquels l'intérêt public est directement engagé. Les tribunaux doivent aussi fournir un règlement judiciaire à tous ceux qui ne peuvent ou ne souhaitent pas avoir recours à des moyens privés de résoudre leur différend. Il s'agit d'un défi exigeant puisque le taux de plaideurs non représentés monte en flèche en même temps que les coûts de représentation, qui sont astronomiques.

Il y aura aussi toujours, un peu ironiquement, une demande pour que les tribunaux s'assurent que les processus privés de règlement des différends respectent les limites du consentement et que les obligations légales qui en résultent sont exécutées.

Cependant, aucune raison impérieuse ne justifie que les tribunaux exigent davantage de ressources parmi celles dont ils disposent pour entraver l'accès à des formes alternatives efficaces de règlement des différends commerciaux privés, comme le font certains tribunaux en refusant d'accorder un plus grand respect aux décisions arbitrales.

Une réforme législative serait peut-être nécessaire pour convaincre certains juges que leur devoir judiciaire ne leur impose pas de remplacer l'opinion du tribunal d'arbitrage par leurs propres vues. La Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a récemment adopté la *Loi uniforme sur l'arbitrage*, qui cherche à atteindre cet objectif.

Quoi qu'il en soit, une telle orientation législative existe déjà dans la plus récente révision du *Code civil du Québec*, qui déclare que les parties à des différends sont encouragées à chercher un règlement à l'extérieur du système judiciaire, notamment par l'arbitrage et la médiation, avant d'avoir recours au système judiciaire. Les appels sur le fond de sentences arbitrales ne sont pas, depuis un certain temps, permis au Québec.

En attendant la réforme législative, il incombe à ceux qui offrent des services de règlement de différends d'activement mettre au point et appliquer de nouvelles méthodes qui n'imitent pas simplement la procédure judiciaire, ni ne se transforment en procès prolongés devant les tribunaux une fois l'arbitrage terminé.

Dans ce numéro du *Journal*, en plus de l'article de Joel Richler susmentionné, vous trouverez des exemples de nouvelles avenues à explorer, de même que quelques bilans sur des thèmes familiers.

Joanne Todesco traite de l'utilisation possible de l'arbitrage dans le règlement de différends pour fautes médicales. Les opinions et suggestions de la Dre Todesco sont particulièrement intéressantes du fait qu'elles viennent d'une membre de la communauté médicale, et non juridique.

Dans son article sur le droit collaboratif hors du contexte du droit de la famille, **Jenna Himelfarb** examine si l'expérience du droit collaboratif qui s'est développée dans le contexte du droit familial peut être appliquée à d'autres types de différends. Les idées de Mme Himelfarb intéresseront particulièrement les juristes d'entreprise qui doivent concevoir des processus de résolution de conflits pour des types de conflits, plutôt que des conflits uniques.

Bien qu'il ne présente pas un fait nouveau, l'article de **Bevan Brooksbank** sur le National Automobile Dealer Arbitration Program rappelle le travail qui se poursuit dans différents secteurs d'activité et entreprises afin de produire des systèmes de règlement de différends convenant à des besoins précis. L'article de M. Brooksbank, le plus récent de notre série sur le règlement de différends sectoriels, dresse un excellent bilan des conditions de création d'un système auquel on adhère volontairement, qui est bien utilisé et s'adapte aux besoins des utilisateurs. L'ajout d'un processus interne d'appel des décisions arbitrales retiendra tout particulièrement l'intérêt de ceux qui souhaitent préserver les avantages de l'arbitrage, qui seraient perdus si la cour était saisie d'un appel.

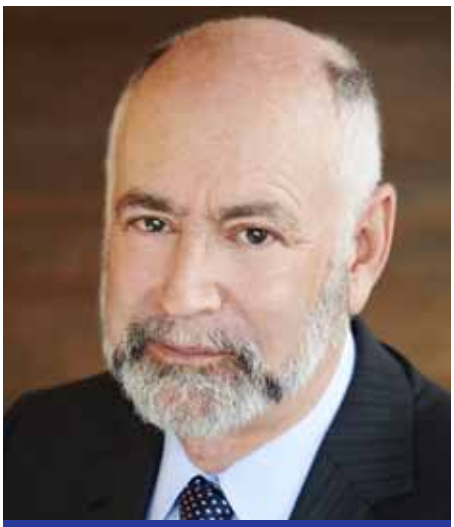
Complétant le présent numéro, l'article de **Mary Comeau** explore les questions de *res judicata* et de préclusion pour même question en litige dans l'arbitrage. Depuis que Mme Comeau a rédigé son article sur la récente décision de la Cour d'appel de l'Alberta *Enmax Energy Corporation v. TransAlta Generation Partnership*, l'application du principe de la *res judicata* à l'arbitrage a aussi été affirmée par la Cour d'appel de l'Ontario dans le jugement *Victoria University v GE Real Estate Equity.*

J'espère que vous apprécierez, une fois encore, ce numéro du *Journal d'arbitrage et de médiation canadien*. Vos commentaires, vos questions et vos articles sont toujours les bienvenus.

JOEL RICHLER, LL. B, B.C.L., FCIARB

COMMENTAIRES SUR L'AFFAIRE VILLE D'OTTAWA C. COLISEUM INC.

Pendant de nombreuses années, la question des appels de sentences arbitrales a nui au processus d'arbitrage national du Canada.



Joel, ancien partenaire de Blake, Cassels & Graydon S.E.N.C.R.L./s.r.l., est un arbitre et médiateur chevronné à Bay Street Chambers. Il a présidé plusieurs tribunaux d'arbitrage institutionnel et ad hoc, tant canadiens qu'internationaux.

Comme indiqué récemment dans le jugement *Highbury Estates Inc. v. Bre-Ex Limited*[1], il n'existe pas de droit inhérent d'appel de la sentence d'un arbitre; tout droit d'appel provient soit d'une loi ou d'une convention expresse des parties. Pour la première, les lois canadiennes sur l'arbitrage traitent les appels de différentes façons. Plusieurs s'entendent cependant sur un point : les appels d'une question de droit seront permis avec l'autorisation du tribunal qui devra instruire l'appel (obtenue soit par une demande distincte ou au moment même de l'appel)[2]. En Ontario, par exemple, les parties ont ce droit, à moins qu'elles n'excluent de tels appels par contrat. En Alberta, pour donner un autre exemple, les parties ne peuvent pas choisir par contrat de se soustraire au processus d'autorisation et d'appel. Lorsque les demandes d'appel et les appels de questions de droit sont possibles, les parties ayant gagné en arbitrage passent des mois, sinon des années, en procès afin que soient déterminés si les appels putatifs soulèvent de pures questions de droit et, le cas échéant, quelle norme de contrôle judiciaire doivent utiliser les juges siégeant en appel pour décider de ces appels. Pour ces parties gagnantes, que l'issue définitive leur soit favorable ou non, les objectifs principaux de l'arbitrage (efficacité et réduction des coûts) n'auront pas été atteints.

L'affaire Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.[3] est un parfait exemple d'arbitrage suivi par des années d'un appel très coûteux. L'affaire *Sattva* constitue une cause liée à l'arbitrage extrêmement importante pour deux raisons déterminantes. Premièrement, la Cour suprême a déclaré que, dans la plupart des cas, l'interprétation des contrats soulève des questions mixtes de fait et de droit, de sorte que les dispositions sur les appels dans les lois canadiennes sur l'arbitrage qui accordent le droit d'appel des questions de droit, avec l'autorisation du tribunal, ne s'appliqueront généralement pas. Il n'y aura de droits d'appel que si les parties se sont expressément entendues pour en prévoir. Pendant de nombreuses années, les tribunaux, les avocats et les plaideurs, devant les demandes d'autorisation, se sont efforcés de débrouiller les distinctions faites dans des affaires décidées entre les problèmes qui soulèvent des questions de droit et ceux qui soulèvent des questions mixtes de fait et de droit. C'est peu dire que les tribunaux n'ont pas été constants dans leur approche, et que la distinction entre ces deux catégories d'affaires n'a pas toujours été facile à établir. En ont résulté des incohérences et bien des délais dans le règlement définitif des affaires. Dans sa décision finale sur cette question, la Cour jugeant l'affaire Sattva a déclaré qu'attendu que l'interprétation des contrats est un exercice dans lequel les principes d'interprétation des contrats sont appliqués à des mots dans une convention écrite, étudiés à la lumière du substrat factuel du contrat, et que le but de l'interprétation des contrats est d'établir les intentions réelles des parties, l'exercice porte en soi sur des faits et implique donc bien des questions mixtes de fait et de droit. De plus, elle a déclaré que, dans de rares cas, il serait possible de dégager une question de droit d'une question mixte de fait et de droit. Voici les exemples donnés par la Cour de questions de droit pouvant être dégagées : l'application d'un principe erroné; le défaut de considérer un élément essentiel d'un critère juridique; le défaut de tenir compte d'un facteur pertinent.

Deuxièmement, la Cour jugeant l'affaire *Sattva* s'est penchée sur la norme de contrôle judiciaire appropriée aux décisions arbitrales. Sans entrer dans le détail du raisonnement de la Cour sur cette question[4], nous mentionnons que la Cour s'est fondée sur les faits suivants : les parties ont volontairement soumis leurs différends commerciaux à l'arbitrage et ont choisi leurs propres arbitres. Par conséquent, la Cour a conclu que :
En matière d'arbitrage commercial, la

possibilité d'interjeter appel étant subordonnée à l'existence d'une question de droit, la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, à moins que la question n'appartienne à celles qui entraînent l'application de la norme de la décision correcte, comme les questions constitutionnelles ou les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise du décideur[5].

Ce qui précède a connu un écho important en 2016 dans la décision *Popack v. Lipszyc*[6], favorable à l'arbitrage, de la Cour d'appel de l'Ontario, où le juge Doherty a écrit :

[… L]a nature de l'ordonnance particulière en appel peut aussi renforcer le motif du respect. La juge saisie de la demande a exercé son pouvoir discrétionnaire dans le contexte de l'examen d'une sentence rendue dans un arbitrage privé devant une formation choisie par les parties pour régler un différend entre elles. La sélection de la formation arbitrale par les parties implique à la fois une préférence pour l'issue atteinte par cette formation et la limitation du rôle du contrôle judiciaire de la sentence rendue par la formation arbitrale. La décision de la juge saisie de la demande de ne pas annuler la sentence va dans le sens de la préférence bien établie pour le maintien des sentences arbitrales rendues par des arbitrages privés convenus par les parties[7].

Le jugement *The City of Ottawa v. The Coliseum Inc.*[8] (« Coliseum ») a donné aux tribunaux ontariens une première occasion d'appliquer ce qui, manifestement, avait été décidé dans l'arrêt *Sattva*. La cause a été entendue en première instance avant la publication de l'arrêt *Sattva*, mais jugée environ huit mois plus tard. La juge J. MacKinnon a accordé l'autorisation d'appel sur la base douteuse que l'appel proposé soulevait bien des questions de droit pouvant être dégagées. Elle a alors annulé la sentence arbitrale pour la raison que celle-ci était déraisonnable. La Cour d'appel ne s'est pas occupée de la question de savoir si l'arbitre avait commis une erreur de droit pouvant être dégagée. Elle a cependant rétabli la sentence, en se basant sur sa conclusion que l'interprétation par l'arbitre du contrat en cause était raisonnable. Ce faisant, elle a renforcé l'importance de l'arrêt Sattva en Ontario, montrant clairement que dorénavant, en cas d'appels, les tribunaux feront preuve d'un grand respect des décisions des arbitres choisis par les parties.

Le jugement *Coliseum* découle des faits suivants :

- En vertu d'un bail à long terme avec la Ville d'Ottawa (« Ottawa »), Coliseum a loué le stade Frank-Clair au parc Lansdowne pour l'utiliser à titre d'installation récréative couverte par un dôme.
- Un différend entre les parties a été réglé par une convention de règlement suivant laquelle Ottawa peut mettre fin au bail dans le cas où elle aurait des plans pour le réaménagement du stade.
- Le paragraphe 5 de la convention de règlement stipule que si Ottawa avait des plans de réaménagement, les parties entreprendraient des négociations de bonne foi afin de trouver pour Coliseum un autre lieu convenant à ses activités. Il stipule également qu'Ottawa doit donner à Coliseum un préavis de résiliation de 12 mois.
- Selon le paragraphe 6 de la convention de règlement, dans le cas d'une résiliation du bail en vertu du paragraphe 5, Ottawa accorderait à Coliseum l'option de louer une partie du parc Ben-Franklin. Dans l'éventualité où ce parc ne serait pas disponible, Ottawa a convenu d'accorder l'option de louer une propriété similaire dans un rayon de 10 km du stade Frank-Clair. Cette option de location devait être fournie au moment de la remise du préavis de résiliation visé au paragraphe 5 de la convention de règlement ou avant. Les parties devaient alors, de bonne foi, négocier un nouveau bail, à défaut de quoi elles auraient recours à l'arbitrage pour établir les modalités de ce nouveau bail.
- Ottawa a bien remis un avis d'intention quant à la résiliation du bail et, en même temps, l'option de louer le parc Ledbury à proximité, puisque le parc Ben-Franklin n'était pas disponible.
- Coliseum ayant formulé des objections à l'utilisation du parc Ledbury, les parties ont ensuite envisagé d'autres lieux sans succès.
- Coliseum demande un arbitrage, alléguant qu'Ottawa avait violé la convention de règlement.
- Après une audience de 11 jours, avec 11 témoins et 750 documents, l'arbitre a rendu une sentence de 2 240 000 $ en 392 paragraphes, déclarant qu'Ottawa avait violé la convention de règlement en omettant de prendre les mesures appropriées pour déterminer si le parc Ledbury convenait aux activités de Coliseum, conformément au paragraphe 5 de la convention de règlement.

Ottawa a demandé l'autorisation d'appeler de la sentence en vertu du paragraphe 45(1) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*[9]. Les parties ont convenu que l'importance pour elles des questions en cause dans l'arbitrage justifiait un appel, et la juge saisie de la demande a reconnu que le règlement de la question de droit en litige aurait une incidence importante sur les droits des parties. Ainsi, les deux exigences du critère de l'autorisation d'appel prévu par la loi étaient respectées[10]. Par après, Ottawa a soutenu que l'arbitre avait fait trois erreurs de droit pouvant être dégagées : i) il n'a pas respecté le principe selon lequel un accord d'entente future n'est pas exécutoire, en négligeant l'importance des mots « les parties entreprendront des négociations de bonne foi »; ii) il a omis d'appliquer la règle de l'interprétation des contrats qui exige que, dans les contrats, une formulation précise l'emporte sur une formulation générale; iii) il a conjecturé sur les intentions contractuelles de Coliseum plutôt que de déterminer ces intentions à partir des mots exacts du contrat. Avec une explication ou analyse insuffisante, s'il en est, la juge de la demande a accepté chacun de ces trois points comme des erreurs de droit pouvant être dégagées, et l'appel a donc commencé[11].

L'issue formulée par la juge saisie de la demande attaquait l'interprétation par l'arbitre des paragraphes 5 et 6 de la convention de règlement et des rapports entre eux. Comme résumé par J. A. MacPherson, au nom de la Cour d'appel unanime, l'arbitre a interprété ces deux paragraphes comme si Ottawa était tenue de fournir un lieu semblable au parc Ben-Franklin tel qu'il était en 2004, sous réserve que cet autre lieu convienne aux activités de Coliseum. Une fois le lieu trouvé, les parties devaient négocier les modalités du bail. Dans ses grandes lignes, le paragraphe 6 de la convention de règlement explique et modifie l'obligation des négociations de bonne foi prévues au paragraphe 5. En présentant son interprétation, l'arbitre a fait remarquer qu'elle s'accordait avec ce qu'un représentant d'Ottawa croyait et avait dit à Coliseum, et ce sur quoi comptait Coliseum[12].

La juge saisie de la demande considérait les choses autrement. Elle a déclaré que les paragraphes 5 et 6 devaient s'appliquer séquentiellement. D'abord, selon le paragraphe 5, les parties devaient négocier de bonne foi afin de trouver un nouveau lieu pour Coliseum. Ensuite, si ces négociations échouaient, le paragraphe 6 exige qu'Ottawa choisisse un autre lieu. Suivraient la négociation d'un nouveau bail et, en cas de désaccord, un arbitrage. La juge saisie de la demande fonde son analyse sur l'exigence de l'arrêt *Sattva*, qu'elle a bien remarquée, de déterminer une question de droit pouvant être dégagée lors d'une demande d'autorisation. Selon son point de vue, l'arbitre a commis une erreur de droit dans son interprétation de la convention de règlement. Plus précisément, il s'est trompé en négligeant l'exigence du paragraphe 6 que Coliseum lève son option avant le début des négociations du bail et en considérant que la formulation générale du paragraphe 5 l'emportait sur la formulation précise du paragraphe 6. De plus, l'arbitre a commis une erreur de droit en conjecturant sur les intentions de Coliseum à la conclusion de la convention de règlement, et la juge a déclaré que ces dernières conclusions étaient déraisonnables, « compte tenu des incohérences auxquelles ces erreurs l'ont conduit[13] ».

La Cour d'appel s'est d'abord demandé si elle pouvait réviser la décision d'accorder l'autorisation d'appel de la juge saisie de la demande. S'appuyant sur l'article 49 de la Loi, ainsi que sur deux décisions précédentes – *Hillmond Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*[14] et *Denison Mines Ltd. v. Ontario Hydro*[15], la Cour a déclaré, avec justesse, que cet examen n'était pas de sa compétence[16].

La Cour a ensuite examiné si la juge saisie de la demande s'était trompée en concluant que l'interprétation par l'arbitre de la convention d'arbitrage était déraisonnable. En déclarant que la juge avait fait erreur à cet égard, la Cour s'est appuyée sur la citation suivante des juges Bastarache et LeBel dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*[17] :

Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. [Traduction. C'est l'auteur du présent article qui souligne.]

En application de cette citation, la Cour a alors écrit que si la propre interprétation de la convention de règlement par la juge saisie de la demande était « possible » et « raisonnable », celle de l'arbitre l'était tout autant. Bien qu'il soit juste que l'interprétation de l'arbitre « ne résultait pas entièrement d'une analyse portant seulement sur les mots contenus dans les limites du règlement formel », il est vrai aussi que l'arbitre s'est appuyé sur des faits probants dont on lui a parlé qui fournissent « un contexte » à son analyse juridique. Sous ce rapport, il a été « tout à fait fidèle » à la déclaration du juge Rothstein dans l'arrêt *Sattva* selon laquelle, dans l'interprétation des contrats, les arbitres peuvent tenir compte des circonstances connexes, car « il peut être difficile de déterminer l'intention contractuelle à partir des seuls mots, car les mots en soi n'ont pas un sens immuable ou absolu[18] ».

Il est à noter que la juge saisie de la demande et la Cour d'appel ont aussi traité une question non liée à l'interprétation de la convention de règlement. Dans l'appel au premier degré, la juge saisie de la demande aurait réduit le jugement en dommages-intérêts de l'arbitre de 40 % parce qu'il s'était appuyé sur « des preuves insuffisantes de la relation entre les personnes morales et sur la capacité de Coliseum de contrôler le flux de revenus vers l'une ou l'autre personne morale[19] ». La Cour d'appel a annulé cette décision à son tour, reconnaissant qu'il existait « une quantité considérable de preuves » du préjudice, y compris le témoignage d'experts, et a fait observer que le propre expert d'Ottawa n'avait pas fait les corrections que la juge saisie de la demande avait proposées. Résultat : la Cour d'appel a déclaré qu'il n'était pas possible de dire que le jugement en dommages-intérêts de l'arbitre était déraisonnable[20].

Comme nous l'avons indiqué au début du présent article, la décision de la Cour d'appel dans l'affaire Coliseum est significative, car elle exprime clairement que les tribunaux doivent faire preuve de respect à l'égard des décisions arbi-

INSCRIVEZ-VOUS À NOS PUBLICATIONS

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

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

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

- Élaborées pour les entreprises canadiennes et internationales.
- Le tout premier choix des entreprises, canadiennes ou non, pour régir leurs procédures d'arbitrage.
- Le fruit d'un examen exhaustif de deux ans, qui a donné lieu à un vaste processus de consultation.
- Les nouvelles améliorations comprennent notamment :
    - La possibilité de recourir à des arbitres provisoires pour établir des mesures de protection d'urgence;
    - Un accent sur l'autonomie des parties et le droit des utilisateurs de décider comment leurs différends devraient être réglés;
    - Une production de documents simplifiée et rationalisée;
    - L'anticipation de l'utilisation de la technologie courante;
    - Le recours à une langue française simple et claire plutôt qu'au jargon juridique.

SERVICE D'ADMINISTRATION PROFESSIONNELLE OFFERT PAR L'IAMC

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

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

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

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

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

trales, même sur des points en litige liés à des questions de droit pouvant être dégagées. Même si la Cour jugeant l'affaire *Sattva* a bien fait une exception à cet énoncé général pour quelques types de points en litige qui entraînent la norme de la décision correcte (« comme les questions constitutionnelles ou les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise du décideur »), il est difficile d'imaginer que cette exception puisse s'appliquer plus souvent que dans un nombre minime d'arbitrages commerciaux. Cette décision est aussi utile parce qu'en se basant sur la norme du respect, adéquatement définie et appliquée, elle place la barre très haut pour tout tribunal qui souhaiterait renverser une sentence. Cela est illustré, en particulier, par la décision de la Cour de rétablir le jugement en dommages-intérêts de l'arbitre. Afin de renverser une sentence, le tribunal devra conclure que la sentence attaquée était déraisonnable dans le sens où, pour paraphraser le juge Rothstein dans l'arrêt *Sattva*, elle n'appartient pas aux issues possibles et acceptables, défendables en fait et en droit.

Cela étant dit, il est malheureux que la Cour n'ait pas profité de l'occasion fournie par cet appel pour déterminer si la juge saisie de la demande avait appliqué correctement l'arrêt *Sattva* en concluant que l'appel concerné soulevait des questions de droit pouvant être dégagées. La Cour laisse entendre, comme le prouvent les paragraphes 42 à 44 de sa décision, que la juge s'était effectivement trompée. Il est implicite, dans la décision sur l'appel que la juge saisie de la demande, de fait, a fait erreur en concluant que l'arbitre avait mal appliqué les principes de droit aux faits qui lui étaient soumis. Mais cela est loin d'être clair. Peut-être la Cour a-t-elle évité de creuser cette question étant donné qu'elle avait déclaré qu'il n'y aurait pas d'appel à partir de la décision de la juge saisie de la demande d'accorder l'autorisation d'appel. L'opinion de l'auteur du présent article est que, malgré cette décision en matière de compétence, il reste tout à fait possible en appel de considérer si des erreurs de droit pouvant être dégagées dans l'interprétation d'un contrat ont été relevées.

Cet auteur considère aussi que les points de litige soumis à la juge saisie de la demande, dans la mesure où ils se rapportaient à l'interprétation d'un contrat, n'étaient pas des questions de droit pouvant être dégagées. Dans l'arrêt *Sattva*, la Cour suprême a exprimé clairement qu'essentiellement, l'interprétation des contrats se compose de la détermination du bon critère juridique et ensuite de l'application de ce critère à un ensemble de faits. Il s'agit d'un exercice consistant à appliquer le bon critère juridique aux mots d'une convention écrite, envisagés à la lumière du substrat factuel pertinent. Dans ce contexte, il y a une grande différence entre, d'une part, « l'application d'un principe erroné » (le type d'erreurs de droit pouvant être dégagées que la Cour a déterminé) et, d'autre part, la mauvaise application d'un bon principe juridique (erreur mixte de fait et de droit)[21]. En première instance, la juge saisie de la demande semble avoir facilement accepté la caractérisation par Ottawa des erreurs de l'arbitre comme de pures erreurs de droit. Elle accorde peu d'attention à cette question précise dans sa décision, ainsi qu'à la distinction, établie par la Cour jugeant l'affaire *Sattva*, entre les erreurs de droit découlant de l'application d'un principe erroné et les erreurs résultant de la mauvaise application d'un bon principe juridique aux faits.

Il est assez clair que la juge saisie de la demande a annulé la sentence à partir de son opinion selon laquelle les bons critères juridiques n'avaient pas été correctement appliqués aux faits de la cause. Comme spécifié dans l'arrêt *Sattva*, c'est en raison du lien étroit entre, d'une part, la sélection et l'application des principes de l'interprétation des contrats et, d'autre part, l'interprétation finalement donnée à la convention en cause qu'il sera très rarement possible de dégager une pure question de droit pertinente et déterminante pour un appel. Les erreurs dans l'affaire Coliseum ne constituent pas une telle exception.

AFFICHEZ VOTRE PUBLICITÉ DANS LE JOURNAL D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION CANADIEN. TROUVEZ NOTRE GRILLE TARIFAIRE ICI :

www.adric.ca/fr/resources/journal-articles/

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

1 2015 ONSC 4966, au paragraphe 41.
2 Le Québec, Terre-Neuve-et-Labrador, l'Île-du-Prince-Édouard, le Yukon, les Territoires du Nord-Ouest, le Nunavut et le *Code d'arbitrage commercial* du Canada font exception.
3 [2014] 2 RCS.
4 Ce sujet a été traité dans ces pages par Jim Robson dans « Les effets de l'arrêt *Sattva* sur le contrôle judiciaire des sentences arbitrales commerciales », *Journal d'arbitrage et de médiation canadien*, vol. 25, nº 1.
5 *Sattva*, paragraphe 106.
6 2016 ONCA 135.
7 Cité au paragraphe 33 de *Coliseum* [traduction]. Les citations ont été omises.
8 2016 ONCA 363, infirmant 2014 ONSC 3838 (CanLii).
9 L.O. 1991, chap. 17.
10 *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, L.O. 1991, chap. 17, alinéas 45(1)a) et b).
11 Paragraphe 38 de la décision sur la demande.
12 Paragraphes 38 et 39.
13 Paragraphes 47-51 et 53 de la décision sur la demande, exposée au paragraphe 18 de la décision sur l'appel.
14 (1996), 29 O.R. (3d) 612 (C.A.)
15 (2001), 56 O.R. (3d) 181 (C.A.)
16 Il est à noter que ce n'est pas le cas dans toutes les provinces. En Colombie-Britannique, par exemple, on peut appeler des décisions sur les demandes d'autorisation, situation qui régnait dans l'affaire Sattva.
17 [2008] 1 CSC 190.
18 *Sattva*, paragraphe 47.
19 Décision sur la demande, paragraphe 72 [traduction].
20 Paragraphes 46 à 49.
21 Quoique cette distinction ait peut-être peu de signification réelle dans l'arbitrage commercial, étant donné que même en matière d'erreurs sur des questions de droit qu'il est possible de dégager, les tribunaux acceptent la compétence des arbitres selon la norme de la décision raisonnable, à moins que ces erreurs ne soient liées à des questions constitutionnelles ou à des questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système de justice et qui soient étrangères au domaine d'expertise de l'arbitre

JOANNE TODESCO, M.D., FRCPC

ARBITRAGE DE DIFFÉRENDS POUR FAUTES MÉDICALES AU CANADA

Joanne Todesco, M.D., professeure agrégée de médecine à la retraite, possède des titres de compétence en résolution des différends et en leadership. Elle est Associée du Collège royal des médecins et chirurgiens du Canada. En plus du poste de doyenne associée, elle a assumé de nombreux rôles de direction dans des comités et des tribunaux. Elle dispose d'une accréditation au Canada et à l'échelle internationale.

Étude de cas

Une artiste de 50 ans, Jane Doe, qui souffre d'une indigestion et d'une fatigue d'apparition récente, se rend à un centre de consultation en médecine familiale sans rendez-vous très achalandé. Tandis qu'elle s'habillait ce jour-là, elle a remarqué une région dure près de sa clavicule gauche, qu'elle n'a pas associée à ses symptômes. Au centre de consultation, un étudiant en médecine recueille ses antécédents médicaux et lui fait un examen physique et un hémogramme pendant qu'elle attend pour voir sa médecin traitante, la Dre Walken. Selon l'hémogramme, Mme Doe présente une anémie ferriprive. Après avoir écouté le rapport de l'étudiant sur la patiente, la Dre Walken rassure Mme Doe en lui expliquant que l'anémie résultant de menstruations abondantes est fréquente à son âge et se traite facilement par des suppléments de fer. La Dre Walken est à l'évidence très pressée et n'examine pas Mme Doe elle-même. Une infirmière donne ensuite des instructions à Mme Doe, lui demandant de prendre des comprimés de fer, de revenir dans trois mois pour un autre hémogramme, et de prendre des antiacides contre l'indigestion. Mme Doe n'a pas l'occasion de dire qu'elle est déjà ménopausée ou qu'elle a déjà essayé les antiacides (et personne ne lui pose de questions sur ces sujets). Il n'y a pas de note au dossier indiquant qu'un examen des nœuds lymphoïdes a été fait.

Un mois plus tard, Mme Doe est amenée d'urgence à l'hôpital après avoir vomi une grande quantité de sang. On découvre qu'elle souffre d'un cancer de l'estomac avancé inopérable. Un nœud lymphoïde atteint, signe de la propagation du cancer, peut être senti près de sa clavicule gauche. La chimiothérapie commence, mais le pronostic de Mme Doe est sombre.

Elle dépose une poursuite pour faute professionnelle, invoquant que plusieurs défendeurs ont fait preuve de négligence en ne recueillant pas tous ses antécédents médicaux, en ne procédant pas à un examen physique complet, et en ne faisant pas un suivi assez tôt, et qu'ils sont donc responsables du diagnostic tardif de son cancer.

Mme Doe meurt du cancer de l'estomac deux ans après avoir déposé la poursuite et avant tout règlement ou jugement. Entre-temps, une longue communication préalable a eu lieu pendant laquelle tous les défendeurs ont été abandonnés, sauf la Dre Walken.

Le témoin expert de la demanderesse, le Dr Metts, oncologue, a présenté au procès des données épidémiologiques complexes sur le cancer de l'estomac. Il a déclaré que le taux de survie pendant cinq ans était de 30 % quand le diagnostic était posé après la propagation du cancer au nœud lymphoïde, mais avant la propagation à d'autres régions de l'organisme, comparativement au taux de survie pendant cinq ans de 4 % qui s'appliquait maintenant à Mme Doe. Le Dr Metts était mal à l'aise à la barre et se sentait obligé de formuler une critique trop sévère du témoin expert de la défenderesse, qui avait exposé des arguments raisonnables dans son avis écrit. De plus, la Dre Walken semblait au Dr Metts une médecin de famille compétente, qui avait peut-être été désavantagée par l'exigence d'enseigner à des étudiants tout en assurant la succession rapide des patients au centre de consultation. Par la suite, le Dr Metts a été critiqué par certains de ses collègues pour avoir témoigné contre un autre médecin.

Le témoin expert de l'accusée, le Dr Sage, médecin de famille expérimenté, a affirmé sous serment que, le profil du patient type atteint du cancer de l'estomac ne correspondant pas à une femme de 50 ans, il était raisonnable de poser d'autres diagnostics plus courants à la première visite. Le Dr Sage a critiqué Mme Doe de n'avoir pas signalé ce qui était bien évidemment un nœud lymphoïde révélateur près de sa clavicule. Dans son for intérieur, le Dr Sage se sentait mal à l'aise par rapport à cette déclaration, et ne croyait pas vraiment que Mme Doe était responsable du diagnostic tardif. Le juge a eu de la difficulté à concilier les deux témoignages d'expert. Les deux experts soupçonnaient que Mme Doe souffrait d'une forme héréditaire de cancer et ont demandé aux avocats de veiller à ce qu'un dépistage soit fait auprès des enfants de Mme Doe. On leur a répondu que cette mesure ne pouvait pas être prise pendant l'instance.

Tandis que la santé de Mme Doe se détériorait, elle a dit à plusieurs reprises à sa famille et à son avocat ce qu'elle voulait vraiment : que la Dre Walker dise qu'elle était désolée de la tournure des

événements, qu'elle avait appris de cette expérience et avait changé sa méthode de travail. La succession de M^me^ Doe a reçu plus tard un règlement suffisant pour couvrir ses frais médicaux non assurés et ses frais juridiques. La D^re^ Walken a cessé la pratique clinique en raison du stress causé par la poursuite pour faute professionnelle prolongée, de doutes sur sa propre compétence et d'une dépression. L'étudiant en médecine a renoncé à une carrière en médecine familiale en grande partie à cause de cet incident. Aucun des témoins experts n'a accepté de participer à d'autres instances pour faute professionnelle.

Ce récit fictif adapte et rassemble des événements réels qui illustrent un certain nombre d'inconvénients des procès pour faute médicale. L'option de l'arbitrage, autre méthode de résolution des différends, sera explorée ici.

Contexte

L'arbitrage découle normalement d'un accord compromissoire entre deux parties, dans lequel celles-ci conviennent de renoncer à leur droit d'être jugées relativement à tout différend futur. Les parties s'entendent plutôt sur un ensemble de règles régissant le processus et l'issue de l'arbitrage, y compris une décision définitive et obligatoire rendue par un arbitre ou une formation arbitrale impartiaux. Selon un processus équitable, décrit dans les règles, les parties elles-mêmes choisissent le ou les arbitres. Une formation de trois arbitres est courante. La chaîne des événements dans l'arbitrage est une version modifiée de celle du procès. Notamment, elle se déroule à l'extérieur du domaine public, plus rapidement, avec moins de formalités et plus de souplesse en ce qui concerne les processus et les résultats (tels que l'application de la loi, les règles de la preuve et les conventions dans l'interrogatoire des témoins experts), ainsi qu'avec une plus grande expertise du sujet concerné chez les arbitres. La décision définitive ne figure pas dans les archives publiques, mais peut être exécutée par un tribunal et n'est pas susceptible d'appel, sauf dans des circonstances limitées.

Malgré le scepticisme général qui l'a accueilli à ses débuts, l'arbitrage est maintenant beaucoup utilisé pour régler des différends commerciaux et avec des consommateurs et des conflits de travail dans le monde entier, ce qui réduit considérablement le fardeau des litiges supporté par les tribunaux, en plus d'apporter de nombreux autres avantages. Ce succès de l'arbitrage repose sur la déférence des tribunaux judiciaires envers les arbitres; sur la sagesse, l'intégrité et l'engagement à l'égard de l'impartialité des arbitres; ainsi que sur la disponibilité d'excellents modèles de conventions, de procédures et de règles d'arbitrage.

Les lois autorisant le recours à l'arbitrage dans les réclamations pour faute médicale ont été établies dans plusieurs États américains après la crise des fautes médicales des années 1970, lorsqu'une augmentation considérable des réclamations et des montants de dommages-intérêts accordés a mené à un tollé dans la profession médicale contre l'escalade des primes d'assurance contre les fautes professionnelles. Cependant, malgré le succès qu'il a connu en conséquence aux États-Unis, l'arbitrage ne s'était jamais imposé comme option pour régler des différends pour fautes médicales au Canada.

Deux obstacles importants s'opposent à l'arbitrage des réclamations pour faute médicale au Canada. Ils découlent du modèle dominant de gestion des réclamations pour faute médicale et d'une caractéristique intéressante de notre système de santé universel.

Le premier obstacle réside dans le fait que l'Association canadienne de protection médicale (ACPM) fournit une protection de responsabilité médicale à presque tous les médecins praticiens au Canada et, par conséquent, prête son assistance dans pratiquement toutes les affaires de faute médicale au Canada. Le seul modèle de règlement officiel de différends pour fautes professionnelles utilisé par l'ACPM est le procès[1, 2]. L'étendue des activités de l'ACPM a été tout récemment révélée dans son rapport annuel de 2015[2], qui cite 862 actions en justice intentées cette année-là et aucun cas de médiation ou d'arbitrage.

L'autre principal obstacle à l'arbitrage est l'absence de contrat entre patient et médecin au Canada. Bien que de nombreux Canadiens profitent d'une forme d'assurance privée qui couvre des avantages médicaux non assurés supplémentaires, le gouvernement paie les frais médicaux de base. Dans le modèle canadien des soins de santé universels, aucune forme d'accord contractuel écrit n'est établie entre les citoyens d'une part et les médecins ou les établissements de soins de santé d'autre part. Il n'est donc pas évident de savoir où insérer une clause compromissoire. Il s'agit d'un obstacle important. Le surmonter exigerait de nouvelles normes nationales ou provinciales qui permettraient d'établir non seulement une clause compromissoire, mais aussi un contrat dans lequel cette clause arbitrale pourrait être enchâssée. À ma connaissance, cette solution n'a jamais encore été envisagée. Elle pourrait avoir l'effet indésirable de favoriser un type de relations entre les médecins et leurs patients tenant des relations avec la clientèle, qui ne prévaut pas actuellement au Canada. On pourrait suggérer, comme solution de remplacement, des conventions d'arbitrage établies après le début du différend, mais celles-ci seraient confrontées à de multiples incompatibilités et difficultés d'exécution.

Un autre point important au sujet des conventions d'arbitrage, c'est qu'elles ne peuvent pas tenir du contrat d'adhésion ni être perçues comme telles. C'est-à-dire que les conventions d'arbitrage ne sont pas des arrangements qu'on accepte intégralement ou qu'on refuse, étant donné que les patients canadiens n'ont pas, à quelques exceptions près, d'autres choix pour l'accès aux soins de santé. À ce titre, le traitement d'un patient ne peut pas être conditionnel à la signature d'une convention d'arbitrage. S'il en était autrement, conformément au droit canadien de l'arbitrage comme à la *Federal Arbitration Act* des États-Unis, la convention serait considérée comme inadmissible et donc inexécutable. Puisque la signature d'une telle convention devrait donc être

optionnelle, l'arbitrage serait présenté comme une solution de remplacement du procès plutôt que comme une prescription générale.

L'idée de soumettre à l'arbitrage les réclamations pour faute médicale et le sujet connexe des contrats entre patient et médecin présentent tous les ingrédients pour un débat national animé, avec de nombreuses questions à régler. Soumettre ces deux sujets à une discussion ouverte parmi toutes les parties intéressées présenterait l'avantage d'informer le public sur les grandes lignes de l'arbitrage lui-même, ainsi que sur le contrat nécessaire; les deux questions, incontestablement, n'ont pas été réglées de façon satisfaisante aux États-Unis[3]. C'est peut-être l'occasion d'élaborer à partir de zéro une convention moderne et pertinente qui améliore les soins de santé au Canada en général en plus de fournir une autre méthode pour gérer les différends pour fautes médicales.

Avantages de l'arbitrage

On a déjà fait remarquer que les avantages généraux de l'arbitrage par rapport au procès comprennent la rapidité, des dépenses moindres, le caractère définitif de l'arbitrage, la confidentialité, le rôle des parties dans la détermination des membres et de l'expertise sur le sujet de leur propre tribunal d'arbitrage, ainsi que la possibilité de faire preuve de souplesse et de créativité dans le processus arbitral lui-même et le choix des sentences. En ce qui concerne les différends pour fautes médicales particulièrement, l'avantage de la confidentialité pour tous les médecins concernés réduira les effets préjudiciables indus sur les relations entre eux et sur leur réputation. L'arbitrage serait aussi moins stressant et moins susceptible de causer des torts à toutes les parties à long terme. En bref, par l'arbitrage, M^me^ Doe aurait pu obtenir exactement ce qu'elle voulait et vivre les derniers mois de son existence dans une paix relative.

On a déjà argumenté du fait que le procès jouait un rôle essentiel par rapport aux fautes médicales, parce que donner au patient le droit de se faire entendre en audience publique est la seule façon de satisfaire son besoin d'être écouté[4] et de punir un médecin fautif, mais ces affirmations ne sont pas forcément exactes. D'abord, l'arbitrage peut répondre à ces deux besoins, bien que dans un lieu moins public. Ensuite, le dénigrement public du médecin n'est pas nécessairement ce que veulent la plupart des patients. On reconnaît de plus en plus que les patients ont besoin d'excuses, de confirmation, d'explications, de compassion pour leur souffrance et de l'assurance que les problèmes comme des systèmes déficients, des processus dangereux, le manque d'aptitude à communiquer et des pannes d'équipement seront réglés de sorte que ce qui leur est arrivé n'arrivera pas à quelqu'un d'autre[5, 6]. Par conséquent, évaluer le succès ou l'échec d'un procès à partir du montant de l'indemnité accordée uniquement témoigne d'une vision à court terme. En effet, les résultats qui comptent pour les patients peuvent être atteints plus facilement par l'arbitrage, en raison de l'environnement plus privé, moins formel, ainsi que de la participation d'arbitres qui ont l'expertise du domaine nécessaire pour apporter des solutions créatives et de la capacité des parties à se retirer de l'arbitrage en cours et à obtenir par médiation leur propre règlement. Le procès n'a pas satisfait les besoins de M^me^ Doe pendant qu'elle était encore vivante. De plus, les médecins impliqués ont subi des préjudices graves, et il n'est pas évident qu'une amélioration a été apportée aux systèmes déficients. Dans l'affaire de M^me^ Doe, il n'y a pas de gagnants.

L'avantage de la rapidité de l'arbitrage est particulièrement important dans le contexte d'une faute médicale, et cela encore est bien illustré par la cause de M^me^ Doe. Le demandeur peut être malade, invalide ou mourant et ne pas avoir l'énergie, la volonté, l'espérance de vie ni les ressources nécessaires pour s'engager dans une procédure contradictoire.

Un processus plus rapide signifie aussi moins de dépenses pour le patient, ce qui atténue l'avantage financier que détient actuellement le défendeur, étant donné que les frais juridiques des médecins sont entièrement payés par l'ACPM. Cette association est un organisme de défense mutuelle à but non lucratif dont les revenus proviennent des cotisations annuelles des membres, qui à leur tour sont calculées à partir d'une méthode actuarielle prévoyant les coûts de la responsabilité civile pour l'année concernée. À ce titre, l'ACPM récupère ses coûts au moyen des cotisations annuelles, qui sont les mêmes pour tous les médecins praticiens à l'intérieur d'une catégorie donnée, déterminée selon leur type de travail et la région de leur pratique au Canada. Ainsi, un médecin poursuivi en justice ne paie pas de frais additionnels à l'ACPM, peu importe la durée ou l'issue du litige. De plus, la plupart des médecins voient leur cotisation annuelle à l'ACPM remboursée, en grande partie, par leur association médicale provinciale. En conséquence, un médecin poursuivi en justice ne supporte pas de fardeau financier directement lié aux frais juridiques engagés dans son procès. (Cette observation ne vise pas à minimiser la réduction de revenus et les pertes non pécuniaires subies par un médecin poursuivi en justice.)

Un processus moins coûteux qu'un procès dans l'ensemble devrait quand même être attirant pour les médecins canadiens en tant que groupe professionnel, puisqu'il entraînerait à la longue la baisse des cotisations annuelles pour tous les membres.

Dans le rapport annuel 2013 de l'ACPM, le président-directeur général déclare : « La raison d'être de l'Association est de protéger l'intégrité professionnelle des médecins et de favoriser des soins médicaux plus sécuritaires[1]. » Dans le cas fictif de M^me^ Doe, l'arbitrage aurait sans doute pu protéger non seulement l'intégrité professionnelle de la D^re^ Walken, mais aussi sa santé mentale et la poursuite de sa carrière. Un litige pour faute professionnelle est stressant pour toutes les parties et peut avoir de mauvais effets durables sur la pratique d'un médecin, malgré le grand soutien actuellement offert aux médecins par l'ACPM. Il peut même arriver que la seule crainte des litiges amène des médecins à limiter leur pratique à des domaines moins risqués à cet égard

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

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

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

NOUVEAUX MÉD.A / NEW C.MEDS:

Mireille Allain, C.Med (ADR Atlantic)
Karen Anthony, C.Med (ADRIA)
Marc Bhalla, C.Med (ADRIO)
Hon. Nancy Flatters, C.Med (ADRIA)
Diane Harrison, C.Med (ADRIO)
Michael J.M. Hokanson, C.Med (ADRIA)
Leanne Marie Leverick, C.Med (ADRIA)
Céline Vallières, C.Med (IMAQ)
Jennifer Warren, C.Med (ADRIA)

NOUVEAUX ARB.A / NEW C.ARBS:

Rodger W. Linka, C.Arb (ADRSK)
Hon. Blair Mason, C.Arb (ADRIA)
David Towers, C.Arb (ADRIA)

NOUVEAUX MÉD.B / NEW Q.MEDS:

Maryla Ali, Q.Med (ADRIA)
Vivienne Gayle Beisel, Q.Med (BCAMI)
Hélène Bellisle, Q.Med (IMAQ)
Eric Berg, Q.Med (ADRIA)
Pierre R. Boileau, Q.Med (ADRIA)
Joan Cass, Q.Med (ADRIO)
Jean E. D'Amour, Q.Med (ADRIA)
Shairoze Damji, Q.Med (ADRIA)
Robin Dodokin, Q.Med (ADRIO)
Sarah Dolgoy, Q.Med (ADRIA)
Helen Eaton, Q.Med (ADRIO)
Shelley (Kris) Ellis, Q.Med (ADRIA)
Lloyd Fischer, Q.Med (ADRIA)
Daryl S. Fridhandler, Q.Med (ADRIA)
Debra Garland, Q.Med (ADRIA)
Tom Girling, Q.Med (ADRIO)
Tracey Heerschop, Q.Med (ADRIA)
Audrey Sibley Isenor, Q.Med (ADRIO)
Bashir Jamal, Q.Med (ADRIA)
Wendy E. Johnston, Q.Med (ADRSK)
Kevin Kelly, Q.Med (ADRIA)
Trina Laking, Q.Med (ADRIA)
Angela Mercier, Q.Med (ADR Atlantic)
Stéphane A. MonPremier, Q.Med (ADRIO)
Fram Moos, Q.Med (ADRIA)
Carla Odishaw, Q.Med (ADRIA)
Angie Perras, Q.Med (ADRIA)
Amin Poonja, Q.Med (ADRIA)
Barbara Karen Rangen, Q.Med (ADRIA)
Jamil Sawani, Q.Med (ADRIA)
Ian J. Shortall, Q.Med (ADR Atlantic)
Brian Smith, Q.Med (ADRIO)
Scott Spence, Q.Med (ADRIM)
Derek Thaczuk, Q.Med (ADRIO)
Joelle Thibault, Q.Med (ADRIA)
Kimberley Vooro, Q.Med (ADRIO)
Alain R. Whissell, Q.Med (ADRIO)
Jay Witherbee, Q.Med (ADR Atlantic)
Lois A. Wood, Q.Med (ADRIO)
Jason Wright, Q.Med (ADRIA)

NOUVEAUX ARB.B / NEW Q.ARBS:

Teresa Carswell, Q.Arb (ADRIA)
George Jonathan Ford Chapman, Q.Arb (ADRIA)
Janice Charnstrom, Q.Arb (ADRIA)
David Lewis Chatten, Q.Arb (ADRIO)
Brett Code, Q.Arb (ADRIA)
Philip H. Davies, Q.Arb (ADRIA)
Pete W. Desrochers, Q.Arb (ADRIA)
Graham L. Downey, Q.Arb (ADRIA)
Daryl S. Fridhandler, Q.Arb (ADRIA)
Jason Bryan Gisser, Q.Arb (ADRIM)
Gurpreet Singh Jassal, Q.Arb (ADRIO)
Alasdair G. MacKinnon, Q.Arb (ADRIA)
Donald Mallon, Q.Arb (ADRIA)
Keith Miller, Q.Arb (ADRIA)
James Neilson, Q.Arb (ADRIA)
Charmaine Panko, Q.Arb (ADRSK)
Matthew D.A. Potts, Q.Arb (ADRIA)
Wendy C. Rollins, Q.Arb (ADRIA)
Thor Skafte, Q.Arb (ADRIA)
Karin F. Schwab, Q.Arb (ADRIA)
Robert Telford, Q.Arb (ADRIA)

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

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

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

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

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

– témoin, la pénurie actuelle d'obstétriciens[7]. Cette crainte peut aussi entraîner des comportements trop prudents, comme la pratique de la médecine défensive[8], ainsi que des problèmes de santé mentale chez le médecin[9].

Pour ce qui est de faciliter des soins médicaux plus sécuritaires, l'arbitrage n'est pas en désavantage. Les efforts de l'ACPM pour faciliter des soins médicaux plus sécuritaires passent principalement par des activités éducatives comme des conseils en gestion du risque et la publication d'études de cas instructives et de données regroupées – activités très utiles, qui pourront se poursuivre sans entraves, et même enrichies par l'ajout de cas d'arbitrage. Par exemple, le regroupement des facteurs de risque, y compris ceux du cas de M^me^ Doe, pourrait être très instructif pour les autres médecins. La confidentialité du processus arbitral n'exclut pas nécessairement l'échange de données anonymisées à cette fin.

L'apport d'une expertise médicale exempte de parti pris est essentiel dans les différends pour fautes médicales. Cependant, beaucoup de médecins ayant joué le rôle de témoin expert dans un procès trouvent que l'expérience a été insatisfaisante et offrait une possibilité limitée d'examiner systématiquement l'incident. Les médecins savent que la plupart des erreurs médicales sont complexes et résultent de multiples facteurs. Ils sont aussi portés à se soucier de l'état critique d'un patient, à collaborer professionnellement les uns avec les autres et à œuvrer à l'amélioration continue du système de santé. Pour toutes ces raisons, l'expérience de témoigner contre un patient en détresse ou un autre médecin peut causer de la frustration, des doutes et des regrets. En outre, même des juges expérimentés peuvent trouver difficile de concilier des témoignages d'expert complexes et contradictoires.

L'arbitrage règle tous ces problèmes. Une formation arbitrale de trois membres peut assurer la présence d'une expertise médicale, de même que de l'expertise juridique et procédurale nécessaire. La souplesse du processus

permet un changement significatif dans la façon d'exposer la preuve médicale, par exemple par la présentation simultanée de la preuve par les témoins experts, où deux témoins experts ou plus produisent la preuve simultanément, le président de la formation arbitrale menant l'interrogatoire et la discussion[10]. Par cette méthode, les experts médicaux parviennent de façon plus naturelle à la vérité (et même à un accord sur cette vérité). La présentation simultanée de la preuve d'experts offre d'autres avantages : toute l'information médicale est présentée en même temps, plutôt que répartie sur différents jours du procès, et les arbitres peuvent interroger les deux experts au même moment. La présentation simultanée de la preuve d'experts permet aux experts d'engager une conversation, ce qui leur donne la possibilité de découvrir des points d'accord et d'admettre des points douteux. Ils peuvent explorer en face-à-face les points de désaccord, et fournir instantanément des clarifications. Comme dans leur processus habituel de résolution de problèmes, les experts peuvent faire appel à l'ensemble de la littérature sur le sujet (c'est-à-dire qu'ils ne sont pas limités aux articles qui appuient leur position initiale), peser l'information disponible et même parvenir à un consensus. Ces caractéristiques de la méthode seraient très attrayantes pour les médecins et augmenteraient probablement leur confiance dans le système, car ils auraient moins l'impression qu'on les force à établir un rapport agressif, d'opposition, les uns avec les autres, et avec le défendeur ou le patient.

L'exercice de la médecine est rempli d'inconnues, d'estimations jugées les meilleures, de situations où l'art doit remplacer la science et de contextes uniques ayant une influence sur la prise de décisions et l'exécution. Ces facteurs ne sont pas faciles à présenter dans un système accusatoire public, mais ils se prêtent bien à une discussion privée de présentation simultanée de la preuve d'experts quand il y a un expert médical parmi les arbitres. Dans cette dernière situation, on peut imaginer que les deux témoins experts seraient francs dans leur témoignage, se sentiraient satisfaits par rapport au processus et à son résultat, seraient plus susceptibles de faire des témoignages d'expert à l'avenir et moins portés à croire qu'ils ont agi à l'encontre de leur code de déontologie, de leur réputation et de leurs valeurs.

Finalement, l'avantage dont tant les médecins que les patients voudront probablement profiter, c'est la possibilité pour les parties de prendre un temps d'arrêt dans l'arbitrage pour parvenir, au moyen de la médiation, à leur propre règlement. Dans le cas de M^me^ Doe, cela aurait pu se produire très tôt dans le processus, et elle aurait pu obtenir de la D^re^ Walken exactement ce dont elle avait besoin (et vice versa), et même accepter un règlement sans indemnité financière. Se retirer de l'arbitrage pour une médiation suppose un lieu permettant les conversations qu'à notre connaissance, les patients considèrent comme importantes, portant par exemple sur la façon dont le problème est survenu, ses causes, les mesures prises pour qu'il ne se répète pas, l'apport d'un soutien affectif et des excuses[11].

Un temps d'arrêt dans l'arbitrage pour la médiation donnerait aussi au médecin défendeur l'occasion de communiquer sa compassion pour le patient, de sauver la face et d'exprimer ses propres sentiments sur ce qui est arrivé. Devant la cour, le médecin est forcé de cesser de protéger son patient, et les deux parties deviennent essentiellement ennemies. Il s'agit là d'une volte-face obligatoire, qui s'oppose aux valeurs et au code de déontologie du médecin, à la gestion de sa réputation et à son rôle de protecteur du patient. Au cours de la médiation, cette volte-face n'est plus nécessaire.

Il est important d'ajouter ici que, vu le type de communication propre à la médiation, son caractère délicat, qui doit être protégé, aucun membre de la formation arbitrale ne doit agir en tant que médiateur dans cette circonstance. Il faut plutôt engager un autre médiateur impartial, qui reste disponible à cette fin. Étant donné l'importance cruciale que peut avoir l'option de se retirer de l'arbitrage pour participer à une médiation, elle doit être bien connue, mentionnée explicitement dans la clause d'arbitrage et encouragée par les arbitres.

Conclusion

Les obstacles à l'introduction de l'arbitrage comme option dans les différends pour fautes médicales au Canada sont principalement de nature technique et peuvent être surmontés. Nous avons présenté les nombreux avantages de l'arbitrage pour les patients et les médecins, notamment la préservation du rôle du médecin comme protecteur du patient et un entourage plus compatissant pour le patient. À ce titre, l'arbitrage offre la possibilité d'améliorer la relation entre les médecins canadiens et leurs patients, d'augmenter la qualité et la sécurité des soins aux patients et même de réduire les coûts globaux du système de santé.

1. Association canadienne de protection médicale, Rapport annuel 2013. Sur Internet : https://oplfrpd5.cmpa-acpm.ca/annual-report. Consulté le 11 août 2014.
2. Association canadienne de protection médicale, Rapport annuel 2015. Sur Internet : https://www.cmpa-acpm.ca/fr/annual-report. Consulté le 18 août 2016.
3. K. A. DeVille, « The Jury Is Out: Pre-Dispute Binding Arbitration Agreements for Medical Malpractice Claims: Law, Ethics, and Prudence », *Journal of Legal Medicine*, vol. 28, nº 3, 2007.
4. D. T. Caldon, « Medical Malpractice Disputes in the Age of Managed Care », Mediate.com. Sur Internet : http://www.mediate.com/articles/caldon.cfm. Consulté le 11 août 2014.
5. G. B. Hickson, E. Clayton, P. B. Githens et F. A. Sloan, « Factors That Prompted Families to File Medical Malpractice Claims Following Perinatal Injuries », *JAMA*, vol. 267, nº 10, 1992, p. 1359-1363.
6. C. Vincent, M. Young et A. Phillips, « Why Do People Sue Doctors? A Study of Patients and Relatives Taking Legal Action », *Lancet*, vol. 343, nº 8913, 1994, p. 1609-1613.
7. La Société des obstétriciens et gynécologues du Canada, *Health Human Resources Project on Intrapartum Emergency Obstetrical Care*, 2008. Sur Internet : http://sogc.org/wp-content/uploads/2012/09/hhr-survey-report_e.pdf. Consulté le 15 août 2014.
8. D. M. Studdert, M. M. Mello, W. M. Sage, C. M. DesRoches, J. Peugh, K. Zapert et T. A. Brennan, « Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment », *JAMA*, vol. 293, nº 21, 2005, p. 2609-2617.
9. C. M. Balch, M.D., M. R. Oreskovich, L. N. Dyrbye, J.M. Colaiano, D. V. Satele, J. A. Sloan et T.D. Shanafelt, « Personal Consequences of Malpractice Lawsuits on American Surgeons », *Journal of the American College of Surgeons*, vol. 213, nº 5, 2011, p. 657-667.
10. F. P. Kao, J. L. Heather, R. A. Horning et M. V. Sinclair Jr, « Into the Hot Tub . . . A Practical Guide to Alternative Expert Witness Procedures in International Arbitration », *The International Lawyer* (revue de l'Association du barreau américain), vol. 44, nº 3, 2010, p. 1035-1044.
11. T. H. Gallagher, A. D. Waterman, A. G. Ebers, V. J. Fraser et W. Levinson, « Patients' and Physicians' Attitudes Regarding the Disclosure of Medical Errors », *JAMA*, vol. 289, nº 8, 2003, p. 1001-1007.

JENNA HIMELFARB, B.A., J.D.

APPLICATION DU DROIT COLLABORATIF HORS DU CONTEXTE DU DROIT DE LA FAMILLE

Jenna Himelfarb, B.A., J.D., est associée chez Torkin Manes LLP. Jenna fournit des conseils sur les aspects fiscaux d'une grande variété de questions, y compris les réorganisations et restructurations d'entreprise, les fusions et acquisitions, ainsi que les structures transfrontalières. Elle exerce également dans les domaines suivants : impôt des particuliers, planification successorale et impôt sur les fiducies.

INTRODUCTION

Traditionnellement, les clients considèrent leurs avocats comme des avocats *plaidants*, qu'ils engagent pour les représenter dans un litige. Cependant, en raison de la proportion extrêmement élevée de différends réglés sans procès, les avocats en exercice sont devenus des avocats en *règlement* de différends. Si la négociation, la médiation et l'arbitrage sont les trois formes les plus souvent citées du mode alternatif de règlement des différends, ils ne sont pas les seules options. La popularité du droit collaboratif ne cesse d'augmenter depuis ses débuts dans les années 1990. Le droit collaboratif, qui est une forme de négociation, ne se propose pas un procès éventuel. Il n'est donc pas structuré pour préparer les parties et leur avocat à un tel procès. Le droit collaboratif a été conçu spécifiquement pour le droit de la famille, et sa popularité croissante est presque exclusivement limitée à ce contexte, mais les théories et techniques du droit collaboratif sont susceptibles d'une plus vaste application. Le présent article explorera la naissance du droit collaboratif et son application potentielle au règlement des différends hors du contexte du droit de la famille. En particulier, il soutiendra que le droit collaboratif est pertinent dans le contexte des différends entre des parties ayant un intérêt commun dans la poursuite de leur relation.

ORIGINES ET NAISSANCE DU DROIT COLLABORATIF

Le droit collaboratif peut être attribué à Stuart Webb, avocat du droit de la famille exerçant à Minneapolis. Dans les années 1980, Webb envisageait de mettre fin à sa carrière juridique. Il commençait à se sentir découragé et pessimiste devant ce qu'il considérait comme la réalité néfaste de l'exercice du droit de la famille. Avant de prendre cette mesure draconienne, Webb s'efforça, en 1990, de mettre au point une nouvelle forme d'exercice de ce droit où il travaillait exclusivement avec des clients participant activement aux négociations en vue d'un règlement. Dans le cas d'un échec des négociations, Webb se retirait du dossier, et les clients engageaient un autre avocat pour le procès[1].

Sur les 99 cas dont Webb s'est occupé dans les deux premières années de son exercice du droit collaboratif, seulement 4 n'ont pas été réglés avec succès[2]. Peu après, Webb fonda le Collaborative Law Institute of Minnesota, qui avait et a toujours pour but d'atteindre « un processus de règlement axé sur les clients », où « les objectifs de chaque personne sont déterminés, et les désaccords réglés à l'aide d'une méthode de résolution de problème fondée sur les intérêts[3] ».

Le droit collaboratif a gagné en popularité presque immédiatement. En 2009, la Uniform Law Commission[4] a promulgué les *Uniform Collaborative Law Rules/Act*[5]. Ces dispositions législatives ont été adoptées dans 11 États et présentées dans 21 autres, ce qui indique une acceptation considérable de ce mode d'exercice du droit relativement nouveau[6]. Le droit collaboratif s'est répandu à l'extérieur des États-Unis. L'Académie internationale des professionnels de collaboration est un groupe de spécialistes qui se consacre à favoriser l'expansion du mode collaboratif de résolution des conflits à l'échelle mondiale[7]. Au Canada, l'exercice du droit collaboratif s'étend à toutes les provinces[8].

Dans ces différentes juridictions, le droit collaboratif se caractérise toujours par un accord bien particulier conclu entre les clients et l'avocat. Le mandat de représentation type se fonde sur des principes essentiels, tels qu'un engagement à « faire des négociations de bonne foi, axées sur le règlement, sans intervention des tribunaux ni même menace de procès, dans lequel les parties assument de grandes obligations de représentant l'une par rapport à l'autre » et à « communiquer intégralement et avec franchise l'information pouvant être pertinente, que l'autre partie en ait fait ou non la demande[9] ». La disposition absolument indispensable de l'accord indique que si le différend évolue vers le procès, les services de tous les avocats concernés prendront fin immédiatement, et les parties devront engager un nouvel avocat plaidant. Cette disposition établit d'entrée de jeu un engagement à l'égard du règlement qui permet aux parties de se concentrer sur la résolution du conflit sans menace de procès sous-jacente. William H. Schwab affirme que cette disposition réduit la valeur de la meilleure option pour une entente négociée de chaque partie[10] et décourage

l'« argumentation influencée par le droit procédural[11] ». Au lieu de viser la « justice » qu'un procès pourrait servir, les parties se donnent le règlement comme principal objectif.

DROIT COLLABORATIF ET NÉGOCIATION

La raison pour laquelle des parties acceptent de négocier dans un différend est l'atteinte d'un meilleur règlement que celui qui pourrait être obtenu autrement. Dans la négociation traditionnelle, les parties ont à l'esprit le procès comme solution de remplacement du règlement négocié, ce qui joue un rôle dans la détermination de leur meilleure option pour une entente négociée respective. Dans le droit collaboratif, les parties font du procès une option inefficace et indésirable en convenant que, pour aller en procès, elles devront engager un autre avocat. Dans le contexte de la négociation collaborative, où la menace sous-jacente du procès est effectivement éliminée, la valeur des autres issues est minimisée et l'intérêt commun de parvenir à un règlement est maximisé.

Voilà ce qui distingue le droit collaboratif de la négociation classique, qui implique une perception des « négociations comme des concours pour une quantité limitée ou fixe de certains avantages désirés par les deux parties, de sorte que le gain d'une partie correspond à la perte de l'autre[12] ». Dans un tel contexte, l'avocat est plus susceptible d'adopter des tactiques de compétition. C'est ce qu'on appelle la revendication de valeur. Les approches intégratives, au contraire, conçoivent les négociations comme des « interactions fondées sur les *intérêts des parties* », où les parties adoptent des stratégies pour accroître leurs gains respectifs[13]. C'est ce qu'on appelle la création de valeur.

Dans la négociation classique, l'avocat ne sait pas à quel point l'autre partie est prête à coopérer ou est digne de confiance, ce qui encourage l'application de stratégies de compétition. Quand quelqu'un perçoit un mauvais comportement de la part d'une autre personne, il a trop tendance à considérer que ce comportement résulte de la nature de la personne, plutôt que de l'attribuer à d'éventuelles causes externes, et entretient ainsi des jugements inexacts sur la confiance que l'on peut mettre dans cette personne[14]. Allred soutient qu'en conséquence, les négociateurs ont tendance à appliquer des stratégies de compétition plus souvent que nécessaire, risquant de transformer ce qui autrement serait une relation de coopération, caractérisée par des pratiques intégratives, en un rapport compétitif[15].

En plus de parvenir à un règlement, « les négociateurs efficaces cherchent à maintenir, et même à améliorer, la relation avec l'autre partie[16] ». Allred indique que l'approche de revendication de valeur s'oppose au maintien de la relation, tandis qu'il y a « peu de désaccord entre la création de valeur » et l'entretien de relations suivies[17]. Le présent article se poursuivra donc en présumant qu'une approche de création de valeur est préférable à une approche de revendication de valeur.

Le mode collaboratif de règlement des différends se distingue de la négociation traditionnelle par le fait qu'avant les négociations, les parties ont créé des circonstances démontrant, dans une certaine mesure du moins, qu'elles souhaitent maintenir une relation suivie. Elles signalent ainsi leur désir de coopérer. Les négociations peuvent donc commencer selon une approche de création de valeur. Dans ce contexte, le droit collaboratif repose en grande partie sur la négociation fondée sur les intérêts des parties. L'avocat ne défend pas de positions extrêmes ou opposées à celles de l'autre partie. Son rôle est plutôt de guider ses clients dans la négociation en les écoutant activement parler des résultats souhaités et en discernant les intérêts les plus importants en jeu[18]. Les deux parties participent activement au processus de négociation et à la création d'options de règlement.

Avant les négociations initiales, les avocats concernés entrent en consultation en l'absence de leurs clients. Durant cette réunion, ils discutent des points à l'ordre du jour, en gardant l'intérêt de leur client respectif à l'esprit. Les avocats présentent les intérêts qu'ils ont discernés en écoutant activement leur client et s'entendent sur la structure des négociations imminentes. L'établissement de ce programme vise à s'assurer que les parties ne se replient pas sur la négociation sur positions, mais suivent plutôt un processus aux objectifs clairs, axé sur les solutions[19].

Les deux parties et leur avocat participent à toutes les négociations subséquentes. Ces « rencontres à quatre » semblent éliminer les caractéristiques constantes des négociations traditionnelles, comme les « communications à distance » et l'« exclusion de toute participation directe du client »[20]. De plus, les négociations collaboratives se distinguent des négociations traditionnelles, où l'avocat doit attendre un événement déclencheur, tel qu'une conférence préalable à l'instruction, pour que les négociations puissent débuter, en ce qu'elles peuvent commencer immédiatement après la première rencontre des avocats et de leurs clients[21].

Dans les négociations sur positions traditionnelles, le pouvoir peut être utilisé comme tactique de compétition[22]. Au contraire, « l'un des plus grands avantages du [droit de la famille collaboratif] est le pouvoir créé par deux avocats qui comprennent et mettent en œuvre le processus collaboratif de négociation », où les deux avocats s'attendent à ce que toute l'information pertinente soit communiquée[23]. Dans un tel cadre, les parties se concentrent avec détermination sur la résolution de problèmes, ce qui écarte l'obstacle qu'Allred appelle la tension entre la collaboration effective et les actions de revendication de valeur. La relation entre les avocats dans une négociation collaborative est bien particulière, en raison d'une entente mutuelle, établie dès le début, quant à la préférence pour une approche de création de valeur. Dans la théorie du droit collaboratif, le pouvoir n'est pas utilisé comme tactique de compétition. Au contraire, un pouvoir partagé est créé par la communication mutuelle de l'intention des parties de coopérer.

Une étude empirique a constaté qu'« il semble exister un consensus selon lequel le [droit de la famille collaboratif]

réduit le bluff et les tactiques caractéristiques des négociations traditionnelles entre avocats, y compris les propositions exagérées dans un sens ou dans l'autre[24] ». Cet effet résulte de la collecte d'information réalisée avant le début des négociations. Grâce aux réunions initiales des avocats, ceux-ci ont une idée plus claire des intérêts de chaque partie que dans les négociations traditionnelles. Les avocats sont aussi conscients que dans les négociations collaboratives, « ils sont responsables [de donner l'exemple à] leur client, qui doit se montrer coopératif[25] ».

ÉTUDES DE CAS : COMMENT LES TECHNIQUES DU DROIT COLLABORATIF POURRAIENT ÊTRE APPLIQUÉES AU CONTEXTE D'UN CONFLIT DE TRAVAIL

En 2005, un conflit de travail opposait la Société Radio-Canada (SRC) et La Guilde canadienne des médias (GCM), le syndicat représentant les employés de la SRC. Les parties étaient en négociations sur les emplois contractuels et l'adaptation au travail, deux questions que l'on peut considérer comme « liées aux ressources[26] ».

Dans le contexte de ces négociations, la SRC a décidé d'imposer un lock-out à ses employés. La GCM a réagi par une lettre ouverte dénonçant le lock-out et le présentant comme un « geste agressif » et « anti-canadien »[27]. La GCM considérait qu'elle avait été traitée injustement, ce qui a transformé un conflit lié aux ressources en un conflit personnel, lié aux valeurs. La conciliation de points de vue liés aux valeurs est plus compliquée, parce que les parties prennent une attitude de confrontation et résistent davantage au règlement[28]. Selon Richler, le lock-out a suscité la méfiance, et entraîné une relation où « la revendication de valeur, qui est une stratégie d'opposition ou à somme nulle (gagnant-perdant), devait l'emporter sur l'approche de création de valeur[29] ».

Six semaines après le début du lock-out, la GCM fait une offre agressive sans concession sur aucune des deux questions centrales liées aux ressources en litige. La SRC répond par une contre-offre antagonique augmentant le nombre d'employés contractuels de 225 %[30]. Les deux parties ont adopté ce qu'Alfredson et Cungu appelleraient des stratégies de revendication de valeur caractérisées par des tactiques de compétition.

Des facteurs externes ont finalement forcé la SRC à accepter un règlement favorable à la GCM. Des pressions politiques grandissantes se sont exercées sur la SRC pour qu'elle « maintienne la communication dans tout le pays » et évite les énormes pertes de revenu auxquelles elle serait confrontée si le conflit n'était pas résolu avant le début de la saison de la Ligue nationale de hockey (LNH)[31, 32]. Même si, en fin de compte, la SRC a fait des concessions majeures sur les questions centrales liées aux ressources, les membres de la GCM n'ont pas pu travailler pendant le lock-out (qui a duré près de deux mois). Le conflit a donc été coûteux et inefficace pour les deux parties[33]. En décrétant le lock-out, la SRC a adopté une stratégie de revendication de valeur qui finalement a sapé ses propres intérêts et a diminué la valeur des négociations pour les deux parties.

En imposant le lock-out, la SRC utilisait le pouvoir qu'elle détenait en tant qu'organisation de gestion solide, disposant de ressources. L'approche structurelle des négociations renforce de tels aspects « rigoureux » du pouvoir[34]. En répondant par sa lettre ouverte d'accusation, la GCM a utilisé stratégiquement les médias comme autre source de pouvoir. Le recours créatif à de telles possibilités explique pourquoi « la victoire dans les négociations ne revient pas nécessairement à la partie qui est, selon toute apparence, la plus puissante[35] ». Comme indiqué ci-dessus, l'utilisation du pouvoir comme tactique de compétition est caractéristique des négociations sans compromis de revendication de valeur. Compte tenu du fait que la décision de la SRC d'imposer un lock-out à ses employés a suscité de la méfiance, « il n'est pas surprenant que la valeur potentielle des négociations ait été mise de côté, voire détruite[36] ». Richler soutient que si la SRC n'avait pas décrété de lock-out, la GCM ne se serait pas sentie si attaquée et aurait donc été plus réceptive aux intérêts de la SRC.

L'issue aurait-elle été différente si la SRC et la GCM avaient engagé des avocats du droit collaboratif pour les guider dans leur conflit? Si les parties s'étaient entendues par contrat pour résoudre le conflit, éliminant ainsi en fait la menace sous-jacente de procès, les négociations auraient pu respecter davantage une approche de création de valeur.

Dans tout différend, l'une des parties est susceptible de percevoir l'autre comme un adversaire et s'en méfier avant que les négociations ne commencent, en raison de la nature même du conflit qui oppose des parties. La méfiance peut mettre d'entrée de jeu les parties sur la défensive, attitude qui à son tour peut être perçue comme de la mauvaise foi ou une réticence à coopérer, ces perceptions devenant des prophéties qui se réalisent et empêchent ainsi la concrétisation de la valeur potentielle. En signant un accord collaboratif, chaque partie signale à l'autre qu'une forte motivation la pousse vers un règlement. Dans une telle situation, où la défiance préexistante est en quelque sorte neutralisée, les parties sont plus susceptibles d'entreprendre les négociations avec des attitudes proactives favorisant la communication et la création de valeur.

Dans les négociations collaboratives, on se concentre sur les questions en jeu, plutôt que sur les personnes. La présidente de la GCM a utilisé une lettre ouverte pour accuser personnellement le président de la SRC de la décision de déclencher un lock-out[37]. Si les parties s'étaient entendues pour collaborer, les avocats auraient tenu une consultation pour présenter les intérêts respectifs des deux parties. Les négociations auraient été menées selon un programme de résolution de problèmes établi à partir de ces intérêts, limitant les occasions de manifester de l'hostilité et de créer de la méfiance. Les avocats en droit collaboratif auraient mis l'accent sur les intérêts communs des deux parties en s'assurant que la SRC

DEVENEZ UN AUTEUR DU JOURNAL

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

RÈGLES NATIONALES DE MÉDIATION : LA NORME IDÉALE

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

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

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

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

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

et la GCM auraient été pleinement conscientes, pendant les négociations, de l'intérêt qu'elles partagent dans la longévité de la SRC.

Richler soutient que si les parties s'étaient concentrées sur leur intérêt commun dans le bien-être économique à long terme de la SRC, la SRC aurait pu créer de la valeur en augmentant les salaires, ce qui aurait produit un environnement de coopération où la GCM, en retour, aurait fait des concessions en faveur de la direction[38]. Exactement comme dans le cadre du droit de la famille, où les parties en conflit ont souvent un intérêt commun dans la préservation de leur relation interpersonnelle, les parties, en droit du travail, partagent souvent l'intérêt de maintenir des relations professionnelles fructueuses. Une négociation collaborative aurait pu encourager la SRC et la GCM à adopter des approches intégratives axées sur la résolution efficace des problèmes liés aux ressources.

Les répercussions de la lettre ouverte publiée par la GCM mettent en lumière l'importance des intérêts psychologiques et affectifs dans une négociation[39]. Richler démontre que la perception du lock-out par la GCM et sa réaction chargée d'émotivité ont exacerbé le conflit et mené les parties à une impasse temporaire[40]. Si l'exercice du droit collaboratif avait facilité une communication franche entre les parties sur la possibilité d'un lock-out avant que ce dernier ne soit imposé, la SRC aurait été davantage sensibilisée à la charge affective que représenterait un lock-out pour la GCM et aurait pu, en conséquence, mieux évaluer si le lock-out était dans son intérêt véritable à long terme.

Dans le cas où les parties se seraient entendues sur des négociations collaboratives, leur avocat respectif aurait pu les aider à prendre conscience de leurs propres inquiétudes. La SRC savait peut-être intuitivement qu'un lock-out serait interprété comme un affront par la GCM, mais elle aurait tout de même bénéficié de l'avis de l'avocat en droit collaboratif selon lequel le tort causé aux intérêts psychologiques de la GCM minerait au bout du compte ses propres intérêts en forçant les parties à se replier sur des négociations sur positions. Le droit collaboratif peut donc être mieux en mesure de tenir compte des intérêts affectifs et psychologiques des parties.

Richler reconnaît qu'une approche intégrative dans le conflit entre la SRC et la GCM n'aurait pas nécessairement mené à une issue plus avantageuse pour la SRC, mais il soutient qu'en évitant le lock-out, elle aurait contribué à ce que la GCM perçoive son traitement comme plus équitable. Sur cette base, il conclut que le conflit ne serait pas alors passé des questions liées aux ressources à des questions de principe sur lesquelles les parties étaient intraitables[41]. L'engagement d'avocats en droit collaboratif n'aurait pas garanti une résolution plus expéditive du conflit. Cependant, il aurait nécessairement permis que les parties commencent les négociations en reconnaissant leur désir commun de régler le conflit, et qu'elles soient au courant de leurs intérêts respectifs les plus importants. Si les parties avaient entrepris les négociations selon une approche de création de valeur et avaient pu éviter le lock-out, le règlement du conflit aurait été plus avantageux pour toutes les parties.

OBSTACLES EN PRATIQUE À L'APPLICATION DU DROIT COLLABORATIF HORS DU CONTEXTE DU DROIT DE LA FAMILLE

La thèse de l'article de Richler est qu'une approche intégrative de la négociation, basée sur les intérêts, est supérieure à l'approche compétitive. Il s'ensuit que le droit collaboratif, plus compatible avec une telle approche intégrative, est préférable aux négociations traditionnelles. Malgré ses avantages en théorie, le droit collaboratif, en pratique, est rarement appliqué hors du contexte du droit de la famille.

McMurchie affirme que, « dans les milieux commerciaux, la préservation des relations de travail à l'avenir » peut être un intérêt important des parties et que le droit collaboratif est mieux en mesure de veiller à de tels intérêts, puisqu'il créé un climat de coopération entre les parties pour qu'elles puissent parvenir à un règlement, au lieu d'établir un rapport d'opposition où un seul côté remporte la « victoire »[42]. Le droit collaboratif permet la participation des clients tout le long du processus tout en reconnaissant que le règlement est peu probable à moins que les inquiétudes et les principaux intérêts de chaque partie n'aient été traités[43].

Trois facteurs prédominants expliquent pourquoi les négociations collaboratives ont été particulièrement fréquentes et efficaces dans l'arène du droit de la famille. Le premier facteur constitue les ressources communes des parties au divorce, qui partagent un intérêt dans la réduction du coût des transactions, étant donné qu'il y a un « bas de laine » conjugal, à partir duquel chaque partie paiera son avocat. En renonçant au procès, on élimine l'aspect le plus coûteux du litige traditionnel[44]. S'il est impossible de faire des généralisations en matière de coûts en raison du caractère unique de chaque cas, il est indéniable que l'élimination « des étapes de la procédure, des débours judiciaires et du rituel de la négociation anachronique » réduit les coûts pour les clients[45]. Contrairement à certains domaines du droit des affaires, le droit de la famille n'alloue pas de budget aux parties pour les litiges et ne permet pas non plus que leurs frais de justice soient déduits de leur revenu[46].

Le deuxième facteur est la relative prévisibilité de l'issue des différends en droit de la famille. Dans plusieurs juridictions, il existe des lignes directrices bien établies relatives au partage des biens et aux pensions alimentaires qui créent un choix d'issues probables, limitant de ce fait l'étendue des négociations. Font exception les affaires où d'importants dommages-intérêts sont réclamés et celles où le recouvrement possible des frais de justice peut constituer une incitation au procès[47]. Les parties à un divorce sont peu susceptibles de vouloir un procès dans le but de créer un précédent ou de contester un domaine du droit. De même, il est peu probable que les parties à un divorce aient le désir de se tailler la réputation d'être contestatrice ou agressive, ce qui est une tactique possible devant les tribunaux de commerce.

Le troisième facteur est la culture spécifique du barreau en droit de la famille. Hoffman explique que le barreau en droit de la famille est « tricoté serré » et que les avocats ont tendance à collaborer de façon répétée[48]. La collaboration est encouragée dans ce milieu collégial. Le droit de la famille est déjà très émotionnel, et les avocats n'aiment pas les « émotions en montagnes russes, exacerbées par le système accusatoire[49] ». En outre, il n'est pas rare que les clients dans un différend en droit de la famille changent d'avocat au milieu de l'instance. Les clients en droit du commerce établissent généralement des relations à long terme avec leurs avocats, de sorte que la nécessité d'engager un nouvel avocat pour porter un différend non réglé devant la cour peut être pour eux beaucoup plus indésirable ou représenter un coût prohibitif. Contrairement aux avocats en droit du commerce, qui sont motivés à maintenir la fidélité de leurs clients, car elle assure leur chiffre d'affaires, les avocats en droit de la famille ne dépendent pas de leur clientèle acquise[50].

Hoffman reconnaît que plusieurs de ces facteurs interviennent à l'extérieur du droit de la famille. En général, les parties à un conflit, qui souhaitent le meilleur rapport efficacité/coût, préfèrent éviter un procès, et il existe de nombreux barreaux tricotés serré, surtout dans les domaines spécialisés du droit[51]. Cependant le droit collaboratif ne s'est pas répandu dans les domaines du droit autres que le droit de la famille. Hoffman soutient que « la clé de ce mystère réside [...] dans la culture et la sociologie de la pratique du contentieux[52] ». Y règne un grand respect pour le procès en tant que forme la plus haute du « vrai » travail juridique. De plus, dans les cabinets d'avocats, le prestige découle de la production de revenus et « le procès est souvent le principal moteur de la production de revenus[53] ». Les cabinets d'avocats, en tant qu'acteurs rationnels, seraient réticents à adresser des clients à d'autres cabinets pour la partie la plus lucrative de la résolution des différends. Outre la perte immédiate de revenus, une telle recommandation mettrait en question la fidélité future du client. De plus, les avocats en droit du commerce ne sont généralement pas confrontés aux aspects émotionnels indésirables que présente une affaire de divorce.

Une décennie plus tard, Heavin et Keet font ressortir les mêmes différences culturelles entre les avocats du droit de la famille et les avocats plaidants du droit du commerce. Ils soulignent que si les avocats ont mené l'expansion du droit de la famille collaboratif, ils ne le feront pas dans d'autres contextes parce que les « incitatifs économiques des cabinets d'avocats n'encouragent pas l'adoption des techniques [du droit collaboratif] dans les différends commerciaux[54] ». Par conséquent, toute expansion du droit collaboratif dans d'autres contextes que le droit de la famille devra venir des clients eux-mêmes.

Si les avocats du droit du commerce résistent au droit collaboratif, de peur de perdre des clients au moment le plus lucratif de leurs litiges, les clients eux-mêmes ont des raisons pour ne pas se sentir à l'aise par rapport au droit collaboratif. Quand les clients engagent des avocats du droit collaboratif, ils se contraignent à assumer les coûts supplémentaires associés à l'engagement d'un autre avocat si les négociations échouent, ce qui représente un facteur de risque. L'avantage de cette « clause d'inhabilité » est de supprimer la menace de procès, encourageant ainsi les parties à communiquer toute l'information et favorisant des négociations de bonne foi. Pour les clients, le droit collaboratif n'en vaut la peine que s'ils prévoient que le différend pourra être réglé sans procès et sans menace de procès, de sorte que les avantages l'emportent sur le risque de coût supplémentaire[55]. En conséquence, si les parties croient que leur différend ne pourra pas être réglé de cette façon, un inconvénient économique les dissuade de choisir la négociation collaborative.

POSSIBILITÉS D'APPLICATION DU DROIT COLLABORATIF DANS LES DIFFÉRENDS CARACTÉRISÉS PAR UN INTÉRÊT COMMUN DANS LE MAINTIEN D'UNE RELATION CONTINUE

Les plaideurs en droit de la famille ont généralement entre eux une relation interpersonnelle. Même s'il n'y a plus de lien de confiance solide entre les parties, chacune est plus susceptible de s'appuyer sur la prévisibilité de l'autre partie en évaluant si les chances de règlement sont assez bonnes pour l'emporter sur le risque réduit d'avoir à engager un nouvel avocat[56]. De plus, les plaideurs en droit de la famille en général ont une forte motivation pour préserver la cordialité entre eux au profit de leur famille commune.

Le contraire est vrai hors du contexte du droit de la famille. Dans de nombreuses affaires, notamment les affaires délictuelles, les parties sont des étrangers l'une pour l'autre et n'ont pas d'intérêt commun à poursuivre leur relation. Ils n'ont pas du tout confiance l'un en l'autre. Au contraire, la relation entre ces parties n'est fondée que sur un conflit pénible. Sans aucune confiance en l'autre, il est quasiment impossible pour une partie de prévoir un règlement juste comme issue des négociations, de telle sorte que le risque associé à la clause d'inhabilité fait du droit collaboratif une option peu attrayante. Cela pourrait expliquer pourquoi le droit collaboratif n'a pas connu d'essor dans les litiges commerciaux.

Par contre, cela n'explique pas pourquoi le droit collaboratif ne s'est pas répandu dans les litiges commerciaux où les plaideurs ont effectivement un intérêt pour le maintien de la collégialité. Dans les conflits de travail, comme celui entre la SRC et la GCM présenté plus haut, les parties au conflit ont réellement une relation continue. Même si la confiance entre les parties au conflit est minime, chacune a une certaine capacité à prévoir le comportement de l'autre. L'employeur ou le directeur, d'une part, et les employés ou le syndicat, d'autre part, partagent un intérêt dans la longévité de l'entreprise de l'employeur et dans le maintien de la cordialité entre eux. Hoffman en conclurait que de telles parties devraient être plus attirées par le droit collaboratif. Comme mentionné précédemment, par un accord collaboratif les parties signaleraient leur désir de négocier de bonne foi et permettraient aux négociations de commencer dans une atmosphère

FÉLICITATIONS AUX LAURÉATS DES PRIX D'EXCELLENCE LIONEL J. MCGOWAN DE 2016!

LE 14 OCTOBRE 2016, À LA CONFÉRENCE ANNUELLE DE L'INSTITUT D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION DU CANADA (IAMC), LES PRIX LIONEL J. MCGOWAN ONT ÉTÉ DÉCERNÉS POUR RÉCOMPENSER LE LEADERSHIP ET L'EXCELLENCE DANS LE DOMAINE DE LA PRÉVENTION ET DU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS.

PRIX D'EXCELLENCE LIONEL J. MCGOWAN 2016 POUR L'EXCELLENCE DU SERVICE À L'ÉCHELLE NATIONALE

M. Jim McCartney, Méd.A, Arb.A, a reçu le prix national pour son leadership significatif et soutenu dans la communauté de l'arbitrage et de la médiation en Alberta. Le rôle de Jim a été déterminant dans le développement de ce qui est maintenant l'ADR Institute of Alberta, et il a continué de faire preuve du même leadership à l'échelle nationale.

PRIX D'EXCELLENCE LIONEL J. MCGOWAN 2015 POUR L'EXCELLENCE DU SERVICE À L'ÉCHELLE RÉGIONALE

Au niveau régional, M. Andrew (Andy) Butt, Méd.A, Arb.B, a été récompensé pour sa direction de l'ADR Atlantic Institute, qui a connu un énorme accroissement du nombre de ses membres, de sa capacité et de son influence dans la région.

Applaudissons ces lauréats des prix McGowan, qui les ont bien mérités.

LE PRIX D'EXCELLENCE MCGOWAN EST ACCORDÉ EN HONNEUR ET EN RECONNAISSANCE DE LIONEL J. MCGOWAN, LE PREMIER DIRECTEUR EXÉCUTIF DE L'INSTITUT D'ARBITRAGE DU CANADA, UNE DES ORGANISATIONS FONDATRICES DE L'INSTITUT D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION DU CANADA. LA PRÉSENTATION SE FAIT CHAQUE ANNÉE LORS DE LA CONFÉRENCE NATIONALE DE L'IAMC.

Deux prix sont décernés lors de la présentation :

PRIX D'EXCELLENCE NATIONAL

Ce prix est décerné chaque année à une personne qui a contribué de façon remarquable au développement et à la réussite de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada : ses politiques, ses programmes ou la promotion de l'IAMC à l'échelle nationale*.

PRIX D'EXCELLENCE RÉGIONAL

Ce prix est décerné chaque année à une personne dont on désire reconnaître la contribution remarquable au développement et à la réussite d'une section affiliée de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, ou encore à la promotion et au développement de la prévention et du règlement des différends au sein d'une région.*

** L'enseignement professionnel de la PRD, le simple traitement de dossiers de PRD et les autres pratiques de PRD usuelles ne sont pas admissibles. De la même façon, le simple fait de siéger au conseil de l'IAMC et de l'une de ses sections affiliées n'est pas admissible, sauf en cas de contributions extraordinaires.*

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

moins alourdie par les soupçons et la circonspection.

Dans les différends commerciaux, les franchisés et les franchiseurs, qui ont aussi un intérêt commun dans la poursuite du succès de la marque et le maintien de leur relation d'affaires, pourraient également bénéficier de l'application du droit collaboratif. Les deux parties souhaiteraient vraisemblablement éviter un procès afin de s'épargner une publicité négative et la production de documents[57]. Ben Hanuka, qui écrit précisément sur les avantages potentiels de l'arbitrage comme moyen de régler des différends spéciaux liés aux franchises, soutient que les parties à de tels différends ne devraient pas opter par défaut pour le procès, mais plutôt envisager un « processus de règlement taillé sur mesure en fonction des besoins des parties et de la nature de l'affaire[58] ». L'application du droit collaboratif pourrait constituer une option appréciable pour de tels plaideurs. Elle assurerait que l'intérêt de chaque partie pour le maintien de la confidentialité serait respecté et pourrait réduire les coûts associés au litige. Même dans les cas où les négociations collaboratives n'aboutissent pas à un règlement global, elles peuvent mener au règlement de questions particulières, limitant ainsi les questions qui finalement seront jugées en public.

Le droit collaboratif pourrait aussi attirer des parties à un conflit dont la durée est limitée. Dans l'exemple de la SRC et de la GCM, des facteurs externes, comme le début de la saison de la Ligue nationale de hockey, ont forcé la SRC à faire des concessions pour atteindre rapidement un règlement, ce qui indique que la résolution du conflit était une option plus efficace que la poursuite du lock-out et éventuellement la transformation du différend en procès. Lorsque les parties savent qu'elles ne pourront pas négocier indéfiniment et que, par conséquent, elles ne seront *jamais* en mesure d'intenter un procès, les risques associés au fait de ne pas pouvoir garder leur avocat dans le cas d'un procès sont pratiquement éliminés, ce qui réduit les coûts potentiels que représente le droit collaboratif. Le droit collaboratif peut donc être une option attrayante dans les conflits de travail qui sont par nature d'une durée limitée.

Même dans les affaires où les plaideurs n'ont pas une relation durable assez significative pour les inciter à conclure un accord collaboratif avec une clause d'inhabilité, les parties peuvent envisager d'engager un avocat en droit collaboratif pour travailler en même temps que leur avocat plaidant. L'avocat en droit collaboratif serait engagé dans le seul but de négocier un règlement indépendamment de toute procédure contentieuse en cours. Il pourrait être en mesure d'aider les parties à régler des questions particulières, limitant ainsi les problèmes à résoudre par le procès traditionnel. Même dans l'ombre d'un procès, le droit collaboratif peut être avantageux pour les plaideurs en éliminant ou en réduisant la nécessité d'avoir recours à la procédure ardue et longue du procès.

Pourquoi alors le droit collaboratif n'a-t-il pas réussi à se répandre dans le contexte des différends juridiques entre des parties unies par une relation d'affaires continue, comme les conflits de travail et les différends liés à une franchise? Le droit collaboratif peut bien représenter un attrait pour les clients potentiels ayant un intérêt commun dans la poursuite de leur relation professionnelle, mais cela n'élimine pas ses inconvénients pour les avocats, qui les dissuadent d'encourager l'application du droit collaboratif. Un avocat qui représente un employeur, un syndicat ou une franchise d'envergure a un intérêt durable dans le maintien de sa relation avec le client, et ne mettra pas en péril la fidélité actuelle de ce client. Par conséquent, les inconvénients économiques du droit collaboratif empêchent les avocats de favoriser sa propagation.

Ainsi, tant que les honoraires à l'heure continueront de dominer dans les cabinets d'avocats, les clients devront faire progresser la négociation collaborative en prenant l'initiative d'en faire la demande et même de l'exiger. Le droit collaboratif est à l'avantage de toutes les parties à un différend qui partagent un intérêt dans la poursuite de la relation. Celles-ci peuvent comprendre, en plus des employeurs et employés et des franchiseurs et franchisés, les entreprises et particuliers voisins impliqués dans un différend pour nuisance, les propriétaires et locataires qui ont un intérêt commun dans la poursuite de la location et toutes les autres parties à un différend au sein d'une coentreprise.

CONCLUSION

Comme énoncé au début de cet article, presque tout avocat plaidant est devenu dans les faits avocat en règlement de différends en raison du taux exceptionnellement élevé de règlement sans procès. La grande majorité des poursuites entreprises n'entraîneront pas de procès, ce qui rend périmées les stratégies de compétition associées à la négociation traditionnelle, lesquelles visent à se positionner pour un futur procès. Ces stratégies ne sont plus dans l'intérêt véritable des clients. Le droit collaboratif a été largement adopté comme méthode de règlement des différends en droit de la famille dans le monde entier. Il favorise une approche de création de valeur qui est plus propice au maintien de relations cordiales, à la réduction des coûts et au respect des intérêts affectifs des parties. S'il n'est pas applicable dans tous les cas, le droit collaboratif pourrait apporter ses avantages à des parties à un conflit hors du domaine du droit de la famille.

Le droit collaboratif « ne vise pas à remplacer les approches traditionnelles, mais plutôt à ajouter une possibilité créative au menu d'options offert aux clients[59] ». Les consommateurs de services juridiques doivent être informés des options alternatives de règlement de leurs différends, de sorte qu'ils puissent obtenir les avis et conseils juridiques les mieux adaptés à leurs besoins. Cependant, aussi longtemps que la négociation traditionnelle sera dans l'intérêt financier des avocats, ceux-ci résisteront au changement. Pour profiter des avantages du droit collaboratif, les clients devront exprimer une exigence que les professionnels du droit ne pourront ignorer.

Bibliographie

Ben Hanuka, « Arbitrage relatif aux franchises en Ontario : principes de l'arbitrage commercial et nuances associées aux différends dans des domaines de spécialité », *Journal d'arbitrage et de médiation canadien*, **vol. 24, nº 1, 2015, p. 24-38.**

David A. Hoffman, « Collaborative Law in the World of Business », *J Intl Academy Collaborative Professionals*, **vol. 6, nº 3, 2003.**

Barbara Landau, Ph. D., « Collaborative Family Law Has Much to Offer Lawyers », *The Lawyers Weekly*, **Queensland, vol. 20, nº 31, 2000, p. 2.**

Julie McFarlane, Ph. D., « Le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (DFC) : étude de cas qualitative », Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2005. Sur Internet : <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2005_1/**>.**

Heather Heavin et Michaela Keet, « Skating to Where the Puck Will Be: Exploring Settlement Counsel and Risk Analysis in the Negotiation of Business Disputes », *Sask L Rev*, **vol. 76, 2013, p. 191-211.**

Académie internationale des professionnels de collaboration, 2014. Sur Internet *:* **<**http://www.collaborativepractice.com/public/about/about-iacp/about-iacp.aspx**>.**

Jeremy Richler, « From Both Sides of the Table: The Art of Balanced Negotiation », *Windsor Rev of Leg & Social Issues*, **vol. 21, nº 11, 2006.**

Keith G. Allred, « Distinguishing Best and Strategic Practices: A Framework for Managing the Dilemma between Creating and Claiming Value », *Negotiation J*, **vol. 16, 2000, p. 387-397.**

Laurie McMurchie, « Collaborative Law Holds Promise for Areas Other Than Family Law », *The Lawyers Weekly*, **Queensland, vol. 20, nº 33, 2001.**

Lettre de Lise Lareau, présidente nationale de la GCM à l'époque, aux membres de la GCM et collègues (14 août 2005). Sur Internet : <http://www.cmg.ca/fr/2005/08/14/lettre-ouverte-aux-membres-de-lise-lareau-presidente-nationale-de-la-guilde-2/**>.**

Liste de la Ontario Collaborative Law Foundation, 2014. Sur Internet : <http://www.oclf.ca/OCLF-Links-for-the-Public.htm**>.**

Roger Fisher et William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, **New York, Penguin Books, 1983.**

Sherri G. Slovin, « Negotiation and the Attorney in the Collaborative Process », *J Intl Academy Collaborative Professionals*, **vol. 6, nº 2, 2004, p. 2-4. Sur Internet : <**http://collablaw.com/article.cfm?zfn=slovins3.cfm**>.**

Tanya Alfredson et Azeta Cungu. « Negotiation Theory and Practice: A Review of the Literature », EasyPol, module 179, 2008.

The Associated Press, « NHL lockout chronology », *USA Today*, **13 juillet 2005. Sur Internet : <**http://usatoday30.usatoday.com/sports/hockey/nhl/2005-07-13-lockout-chronology_x.htm**>.**

The Collaborative Law Institute of Minnesota, 2014. Sur Internet : <www.collaborativelaw.org>.

The Uniform Law Commission, 2014. Sur Internet : <http://uniformlaws.org/Narrative.aspx?title=About%20the%20ULC**>.**

William H. Schwab, « Collaborative Lawyering: A Closer Look at an Emerging Practice », *Pepp Disp Resol LJ*, **vol. 4, 2004. Sur Internet : <**http://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1136&context=drlj**>.**

1 **William H. Schwab, « Collaborative Lawyering: A Closer Look at an Emerging Practice »,** *Pepp Disp Resol LJ*, **vol. 4, 2004, p. 1-355. Sur Internet : <**http://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1136&context=drlj**>.**

2 *Ibid*.

3 **The Collaborative Law Institute of Minnesota, 2014. Sur Internet : <www.collaborativelaw.org>.**

4 **La Uniform Law Commission rédige des dispositions législatives impartiales que les États individuels peuvent rendre exécutoires. Voir : <**http://uniformlaws.org/Narrative.aspx?title=About%20the%20ULC**>.**

5 **À ce qu'elle avait nommé initialement** *Uniform Collaborative Law Act*, **la Commission ajouta** *Rules* **en 2010 dans une modification qui permettait une application comme règle plutôt que comme loi. Voir : <**http://www.uniformlaws.org/ActSummary.aspx?title=Collaborative%20Law%20Act**>.**

6 **The Uniform Law Commission, 2014. Sur Internet : <**http://www.uniformlaws.org/Legislation.aspx**>.**

7 **Académie internationale des professionnels de collaboration, 2014. Sur Internet : <**http://www.collaborativepractice.com/public/about/about-iacp/about-iacp.aspx**>.**

8 **Chaque province canadienne (à l'exception de Terre-Neuve-et-Labrador, qui ne compte pas d'avocats praticiens du droit collaboratif) a fondé un groupe ou une association de praticiens du droit collaboratif. Une liste de ces groupes ou associations a été publiée par la Ontario Collaborative Law Foundation (2014), sur Internet : <**http://www.oclf.ca/OCLF-Links-for-the-Public.htm**>.**

9 **W. H. Schwab,** *supra* **note 1, p. 358.**

10 **Selon la théorie de la négociation, la meilleure option pour une entente négociée d'une partie dicte le type de règlement qu'elle visera. Pour un exposé général, voir Roger Fisher et William Ury,** *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, **New York, Penguin Books, 1983.**

11 **W. H. Schwab,** *supra* **note 1, p. 359.**

12 **Tanya Alfredson et Azeta Cungu, « Negotiation Theory and Practice: A Review of the Literature », EasyPol, module 179, 2008, p. 7.**

13 *Ibid*, **p. 15.**

14 **Keith G. Allred, « Distinguishing Best and Strategic Practices: A Framework for Managing the Dilemma between Creating and Claiming Value »,** *Negotiation J*, **vol. 16, 2000, p. 387-397.**

15 *Ibid.*, **p. 396.**

16 *Ibid.*, **p. 388.**

17 *Loc. cit.*

18 **Sherri G. Slovin, « Negotiation and the Attorney in the Collaborative Process »,** *J Intl Academy Collaborative Professionals*, **vol. 6, 2004, p. 2-4. Sur Internet : <**http://collablaw.com/article.cfm?zfn=slovins3.cfm**>.**

19 *Ibid*.

20 **Julie McFarlane, Ph. D., « Le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (DFC) : étude de cas qualitative », Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2005, p. 4. Sur Internet : <**http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2005_1/**>.**

21 *Loc. cit.*

22 **Alfredson et Cungu,** *supra* **note 12, p. 10.**

23 **Slovin,** *supra* **note 18.**

24 **McFarlane,** *supra* **note 20, p. 11.**

25 *Ibid.*, **p. 4.**

26 **Jeremy Richler, « From Both Sides of the Table: The Art of Balanced Negotiation »,** *Windsor Rev of Leg & Social Issues*, **vol. 21, nº 11, 2006, p. 7.**

27 **Lettre de Lise Lareau, alors présidente nationale de la GCM, aux membres de la GCM et collègues (14 août 2005). Sur Internet : <**http://www.cmg.ca/fr/2005/08/14/lettre-ouverte-aux-membres-de-lise-lareau-presidente-nationale-de-la-guilde-2/**>.**

28 **Richler,** *supra* **note 26, p. 8.**

29 *Ibid.*, **p. 11.**

30 *Ibid.*, **p. 9.**

31 *Ibid.*, **p. 10.**

32 **L'année précédente, la LNH elle-même avait été touchée par un conflit de travail ayant entraîné l'annulation de la saison. Une approche collaborative aurait peut-être pu éviter cette issue draconienne. Pour une vue d'ensemble des négociations, voir The Associated Press, « NHL lockout chronology »,** *USA Today*, **13 juillet 2005. Sur Internet : <**http://usatoday30.usatoday.com/sports/hockey/nhl/2005-07-13-lockout-chronology_x.htm**>.**

33 **Richler,** *supra* **note 26, p. 11.**

34 **Alfredson et Cungu,** *supra* **note 12, p. 10.**

35 *Ibid*.

36 **Richler,** *supra* **note 26, p. 11.**

37 *Supra*, **note 27.**

38 **Richler,** *supra* **note 26, p. 13.**

39 **Les intérêts affectifs sont importants, mais souvent négligés. Pour une explication en profondeur de l'importance des intérêts affectifs, voir Fisher et Ury,** *supra* **note 10.**

40 **Richler,** *supra* **note 26, p. 8.**

41 *Ibid.*, **p. 14.**

42 **Laurie McMurchie, « Collaborative Law Holds Promise for Areas Other Than Family Law »,** *The Lawyers Weekly*, **Queensland, vol. 20, nº 33, 2001, p. 3.**

43 *Ibid.*, **p. 4.**

44 **David A. Hoffman, « Collaborative Law in the World of Business »,** *J Intl Academy Collaborative Professionals*, **vol. 6, nº 3, 2003, p. 2.**

45 **McFarlane,** *supra* **note 20, p. 62.**

46 **Hoffman,** *supra* **note 44, p. 3.**

47 *Ibid.*, **p. 2-3.**

48 *Ibid.*, **p. 3.**

49 **Barbara Landau, Ph. D., « Collaborative Family Law Has Much to Offer Lawyers »,** *The Lawyers Weekly*, **Queensland, vol. 20, nº 31, 2000, p. 2.**

50 **Hoffman,** *supra* **note 44, p. 4.**

51 *Ibid.*, **p. 6.**

52 *Ibid.*, **p. 7.**

53 *Loc. cit.*

54 **Heather Heavin et Michaela Keet, « Skating to Where the Puck Will Be: Exploring Settlement Counsel and Risk Analysis in the Negotiation of Business Disputes »,** *Sask L Rev*, **vol. 76, 2013, p. 191-211, p. 193.**

55 *Ibid.*, **p. 193-194.**

56 **Hoffman,** *supra* **note 44, p. 5.**

57 **Ben Hanuka, « Arbitrage relatif aux franchises en Ontario : principes de l'arbitrage commercial et nuances associées aux différends dans des domaines de spécialité »,** *Journal d'arbitrage et de médiation canadien*, **vol. 24, nº 1, 2015, p. 24-38.**

58 *Ibid.*, **p. 37.**

59 **Landau,** *supra* **note 49, p. 2.**

NADAP : UN SYSTÈME DE PRD AU SEIN DE L'INDUSTRIE CANADIENNE DE L'AUTOMOBILE

BEVAN BROOKSBANK[1]

Bevan Brooksbank est avocat dans le groupe des litiges et des arbitrages commerciaux de Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., S.R.L. Il maintient une pratique variée dans le domaine des litiges commerciaux, en se consacrant particulièrement à la défense dans le cadre d'actions collectives. Il agit au nom de constructeurs d'automobiles canadiens, et les conseille, relativement à la gestion des risques et aux arbitrages menés en vertu du NADAP.

Dans les provinces et territoires canadiens, les coûts considérables associés aux procès, aussi bien en termes de temps que de ressources, sont un sujet constant de lamentation pour la cour, les avocats et leurs clients. Voilà pourquoi les parties tentent de structurer leurs relations de manière à ce que leurs prochains différends soient réglés au sein du forum qui leur procure, au meilleur prix, le niveau de dissuasion le plus efficace contre les conduites indésirables.

Les procès observés dans le contexte unique des franchises et des distributeurs sont accompagnés de leurs propres risques et inconvénients, outre les grands enjeux que sont les délais et les frais juridiques. En effet, un différend opposant un franchiseur et l'un de ses franchisés peut mettre en jeu des inquiétudes croissantes à l'égard des secrets commerciaux, des renseignements commerciaux de nature exclusive et, plus généralement, des effets que ce procès pourrait avoir sur le réseau et la marque du franchiseur dans son ensemble. Au début des années 1990, l'industrie canadienne de l'automobile a reconnu ces faits saillants et a entrepris de négocier un programme d'arbitrage exutoire pour régir les litiges entre les fabricants automobiles et leurs concessionnaires respectifs. De ce processus est né le National Automobile Dealer Arbitration Program (« NADAP »). Bien qu'il comporte sa part de faiblesses, le NADAP constitue un bon exemple de programme de prévention et de règlement des différends réussi au sein d'une industrie distinctive. Lorsque placés dans le contexte des récentes études théoriques sur les facteurs économiques de l'arbitrage, les motivations et avantages relatifs des acteurs concernés sont davantage mis en vedette. De plus, il est soutenu que le modèle du NADAP pourrait être constructivement appliqué à d'autres réseaux de franchises et de distribution. L'article suivant présente un bref aperçu des origines du NADAP, de sa structure et des nombreux sujets d'intérêt soulevés dans le cadre des processus d'arbitrage. Dernièrement, la question de la manière dont fonctionne le NADAP en pratique, comme le révèlent les statistiques, sera abordée.

UN CADRE VOLONTAIRE

En bref, le NADAP propose un forum d'arbitrage national, régi par ses propres règles (décrites ci-dessous), au profit de la résolution des différends opposant les constructeurs de véhicules et leurs concessionnaires respectifs. En octobre 1996, la Corporation des associations de détaillants d'automobiles (CADA), l'Association canadienne des constructeurs de véhicules (ACCV) et les Constructeurs mondiaux d'automobiles du Canada (CMAC) ont accepté d'être liés par les règles du NADAP. Ces règles sont le fruit de quatre années de longues négociations entre les représentants de la CADA et des constructeurs.

Lorsqu'il est question de la constitution du NADAP, il convient de s'interroger sur la motivation qui a poussé à l'adoption de ce modèle de PRD. Les parties contractantes peuvent choisir, avant même la survenue des différends, de les résoudre en totalité ou en partie devant un tribunal ou par l'entremise de l'arbitrage. En règle générale, l'arbitrage est considéré comme offrant de nombreux avantages, notamment i) le rythme plus rapide et les coûts moindres de la procédure; ii) les risques moindres des dommages-intérêts insensés; iii) la faible exposition aux recours collectifs; iv) la pertinence accrue des résultats obtenus par l'entremise des tribunaux spécialisés; v) la protection accrue des renseignements confidentiels; vi) le recours aux règles de l'art et aux règles commerciales; vii) le maintien des relations de travail[2].

Partant du principe que de telles ententes compromissoires visent à minimiser les répercussions sur les relations, Hylton et Drahozal affirment que le forum de résolution des différends le plus efficace sera celui qui maximisera la différence entre les avantages de dissuasion et de gouvernance, d'une part, et les coûts de la résolution des différends d'autres parts. Les « avantages de dissuasion et de gouvernance » représentent les dommages évités (c'est-à-dire les pertes découlant d'une rupture de contrat) moins les coûts d'évitement (lorsque l'exécution et les mesures réparatoires réelles ne sont pas optimales)[3].

Les parties contractantes reconnaissent, en grande majorité, que l'arbitrage leur offre l'avantage de coûts de résolution des différends moins élevés. Toutefois, Hylton et Drahozal font remarquer que, dans le cas d'une franchise, l'envers de la médaille est que les avantages de dissuasion revêtent autant d'importance pour les parties, sinon plus, lorsque vient le temps de choisir un forum d'arbitrage[4]. Le cadre des avantages de dissuasion et de gouvernance et des coûts de résolution des différends est particulièrement utile pour procéder à l'évaluation du NADAP. La question de savoir si la conclusion des auteurs à l'égard du contexte des franchises tient la route pour le scénario analogue, mais toutefois distinct, d'un réseau de concessionnaires automobiles sera abordée ci-après[5].

L'APPLICATION DU NADAP

Les règles du NADAP, établies pour régir la résolution des différends, ont été négociées de manière indépendante. Les organisations de constructeurs ont ensuite demandé à chacune de leurs sociétés membres d'adopter le NADAP et, à ce jour, tous les constructeurs de véhicules exploités au Canada l'ont fait, excepté un. De la même façon, la CADA a entrepris d'inciter ses membres à adopter le NADAP, et environ 95 % de ses détaillants se sont pliés à cette demande. Le NADAP s'appliquera uniquement lorsqu'un détaillant particulier choisira volontairement d'être lié grâce à l'exécution d'un accord de mise en œuvre.

Les règles s'appliquent à tout « différend », défini comme un désaccord entre un constructeur et un concessionnaire qui survient au titre des dispositions d'un contrat de concession. Ceci comprend la résiliation d'un contrat de concession, le refus d'approuver la requête d'un concessionnaire de vendre, la proposition de la création d'un nouvel établissement-concessionnaire adjacent et l'exécution d'un contrat de concession de bonne foi (règle 5).

À l'inverse, les règles délimitent également les sujets qui ne peuvent être arbitrés en vertu du NADAP, notamment une résiliation attribuable à la faillite ou l'insolvabilité d'un concessionnaire, les différends entre concessionnaires et les « revendications génériques, multipartites ou collectives ». Par conséquent, l'une des principales motivations présumées pour avoir recours à l'arbitrage relevées dans la documentation, à savoir limiter l'exposition aux recours collectifs, n'a aucune valeur explicative dans le contexte du NADAP. Il a été statué que le but du NADAP était de traiter les différends individualisés plutôt que ceux concernant tous les concessionnaires d'un réseau[6].

Dans un même ordre d'idée, la règle 20(d) traite tout particulièrement des revendications en lien avec l'abandon d'une ou de plusieurs gammes de produits d'un constructeur qu'un concessionnaire a été autorisé à vendre ou à entretenir[7].

I) GESTION DU RÉSEAU DE CONCESSIONNAIRES ET DE L'EMPIÉTEMENT

En ce qui a trait à la question du réseau d'un concessionnaire et de la création de nouveaux établissements, les rédacteurs des règles ont fait montre de l'intention claire de mettre en place un code qui favorise la certitude. En common law, le traitement qui établit si la création d'un nouvel établissement de concessionnaire à proximité d'un concessionnaire existant constitue un empiétement et une violation de l'obligation d'agir de bonne foi est incertain et dépend des faits. C'est tout particulièrement vrai dans les cas où aucun territoire exclusif n'est accordé en vertu d'un accord[8].

La règle 6 établit les motifs particuliers en vertu desquels un concessionnaire peut remettre en question la création d'un nouvel établissement de concessionnaire. Cette règle reconnaît le droit exclusif d'un constructeur d'établir et de relocaliser ses concessionnaires, assujetti au droit des concessionnaires situés dans un certain rayon géographique d'un établissement-concessionnaire proposé d'être avisés de la proposition et de s'y opposer[9]. Le grand défi est posé par le type de marché en cause (« métropolitain » ou « non métropolitain »), ainsi que par la distance séparant les établissements existants et proposés (la « règle des 8 km »). Lorsque le nouveau concessionnaire proposé se trouve à plus de 8 km du concessionnaire existant, la règle 6 ne s'applique pas et le concessionnaire n'est pas habilité à recevoir un avis préalable officiel ou n'a aucun droit de s'opposer.[10] Cette règle n'est pas exempte d'ambiguïté, puisqu'elle laisse entendre que le droit de contestation d'un concessionnaire n'est pas assujetti à la règle des 8 km dans un marché non métropolitain. Toutefois, sur ce point, les autorités compétentes ont établi que l'intention des rédacteurs des règles était d'assujettir le droit de contestation de tous les concessionnaires à la règle des 8 km[11].

Dans l'hypothèse où l'emplacement proposé du nouveau concessionnaire se trouve à moins de 8 km d'un concessionnaire existant, ce dernier doit prouver à l'arbitre qu'il subira une « diminution importante de ses ventes et profits » si la localisation est acceptée[12]. L'arbitre comparera alors ces préjudices aux intérêts collectifs du constructeur et du réseau de concessionnaires[13].

II) L'EXÉCUTION DU CONTRAT ET L'OBLIGATION D'AGIR DE BONNE FOI

Le droit substantiel qui s'appliquerait autrement dans un différend en matière de franchises se reflète de manière

semblable dans le NADAP. La règle 7 impose aux deux parties une obligation d'agir de bonne foi et d'assurer un traitement équitable dans l'exécution, la mise en application, etc. d'un contrat de concession. Les règles du NADAP contiennent une définition visionnaire du concept de « bonne foi » qui est en fait antérieure à la plus récente explication du principe aux termes de la common law et de la *Loi Arthur Wishart de 2000 sur la divulgation relative aux franchises*, et qui ébauche en grande partie cette explication. Comme récemment confirmé par la Cour suprême dans l'arrêt *Bhasin c. Hrynew*, l'obligation vise l'exécution des droits contractuels et est dépendante des dispositions du contrat de concession. Elle ne peut déroger des droits contractuels exprès ou les renforcer, ni encore constituer de nouveaux droits et obligations non négociés[14].

En outre, la norme codifiée dans les règles traduit le principe selon lequel l'obligation est « à double sens » et qu'en évaluant la conduite des parties, l'arbitre doit garder à l'esprit les intérêts de l'ensemble du réseau. Il est suggéré que ce principe est cohérent avec la décision de Strathy J. (tel était alors son titre) dans le cadre de la cause *Fairview Donut Inc.*, consistant à soutenir les actions d'un franchiseur à l'égard de la mise en œuvre d'une politique à l'échelle de son réseau en vue d'accroître les avantages de ses franchisés en tant que groupe[15].

III) LA VIOLATION ET LA RÉSILIATION

L'une des différences clés entre un procès et un arbitrage sont les répercussions respectives des deux procédures, sauf en cas de résiliation d'un contrat de concession, sur la poursuite de la relation. L'espoir de la poursuite d'une relation d'affaires est généralement amoindri lors du recours à un procès[16]. De plus, Hylton et Drahozal font remarquer que l'arbitrage est avantageux lorsqu'une exigence contractuelle est difficile à préciser *ex ante* et à évaluer *post ante*. Les exigences désignées comme « implicites », par exemple le respect des attentes selon lesquelles un franchisé doit déployer le maximum d'efforts envers la promotion de la marque visée et le service à la clientèle, peuvent être plus faciles à évaluer avec précision ou à exécuter dans le cadre d'un régime d'arbitrage que d'un procès[17]. D'ailleurs, les parties sont plus susceptibles de laisser les dispositions contractuelles vagues et d'opter pour la gouvernance relationnelle lorsqu'elles choisissent un forum de résolution des différends reconnus pour offrir des résultats qui maximisent la valeur[18]. Cette observation prend particulièrement son sens dans le contexte du NADAP. Par exemple, les contrats de concession peuvent être nécessairement « incomplets » pour laisser place à la prise de décisions discrétionnaires en vue d'étendre un réseau et de valoriser une marque au fil du temps. Les normes auxquelles un concessionnaire doit se conformer peuvent ne pas être définies jusqu'à bien après l'exécution du contrat[19]. La question de la conformité d'un concessionnaire à des clauses sur les normes d'exécution dynamique et de ventes délibérément rédigées de manière générale, ou encore à des exigences à l'égard de l'image de son établissement ou de la stratégie de marque, peut sans doute être tranchée de manière plus efficace devant un tribunal spécialisé.

Dans le cas où un constructeur invoque les dispositions de résiliation d'un contrat de concession, le tribunal interprétera forcément les droits de résiliation ainsi que les droits de remédiation connexes conférés aux parties. Dans le contexte du NADAP, les arbitres appliquent très strictement l'obligation d'agir de bonne foi dans le cadre de leur évaluation de la décision du constructeur de résilier le contrat d'un concessionnaire. Dans la cause *Barrie Nissan*, un comité d'appel a confirmé la décision de l'arbitre d'annuler l'avis de résiliation du contrat d'un concessionnaire[20]. La décision arbitrale était fondée en grande partie sur des faits et soutenait que la décision initiale de résilier le contrat du concessionnaire avait été prise hâtivement et sans la pleine connaissance ou sans considération de toutes les circonstances, notamment des efforts déployés par le concessionnaire pour remédier à son manquement. Par conséquent, la décision de Nissan, bien qu'aucunement prise de mauvaise foi, n'était pas raisonnable sur le plan commercial ni juste pour le concessionnaire. Cette décision illustre bien l'attention portée à l'analyse du *processus* interne d'un constructeur, intégrant ainsi à l'obligation d'agir de bonne foi une notion « d'équité procédurale » dans la prise de décision organisationnelle.

Au sein de l'environnement commercial, un non-renouvellement n'entre pas dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire contractuel et ce principe n'a pas été modifié en regard de l'obligation d'agir de bonne foi dans le jugement *Bhasin*. Pourtant, l'obligation d'agir avec honnêteté s'applique, et dans l'affaire *Bhasin*, la malhonnêteté du défendeur était directement associée à l'exercice du non-renouvellement[21]. En revanche, dans le jugement *Trillium*, la décision de ne pas renouveler les contrats de concession dans un contexte de franchises a été évaluée sur la base de la norme de bonne foi[22]. Dans un même ordre d'idée, il a récemment été soutenu que les règles du NADAP ne modifient pas le fond d'un contrat de concession de manière à exiger, de la part du constructeur, l'exercice du droit de non-renouvellement. Néanmoins, l'arbitre a entrepris d'aborder la décision à la lumière de l'obligation d'agir de bonne foi[23].

Dans le contexte du NADAP, le problème évoqué est qu'il est souvent difficile, en pratique, de tracer la limite entre une erreur ou une omission et un acte malhonnête. Il est probable que le jugement *Bhasin* et ses suites favoriseront l'examen plus minutieux des communications des concessionnaires et des prises de décision menant à la résiliation du contrat d'un concessionnaire. Cette minutie accrue s'accompagnera toutefois d'une augmentation correspondante de la portée et des coûts des communications préalables et des audiences d'arbitrage.

LA FEUILLE DE ROUTE DU NADAP

L'essentiel des règles du NADAP visent la structure procédurale du processus de résolution des différends. À l'étape préliminaire, les parties doivent d'abord

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

Alberta Energy Regulator

Alberta Environmental Appeals Board

BLG Borden Ladner Gervais

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

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

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

COX & PALMER

大成 DENTONS

GOWLING WLG

IBC BAC

Imperial

Ismaili Conciliation and Arbitration Board of Canada

JAMS
THE RESOLUTION EXPERTS®

MCINNES COOPER

NORTON ROSE FULBRIGHT

OSLER
Osler, Hoskin & Harcourt LLP

ROSE LLP

avoir recours au processus de résolution des différends du constructeur, si un tel processus existe. Dès l'apparition d'un différend ou de l'échec du processus de résolution, une demande de médiation doit être déposée dans les 21 jours[24]. Cette demande constitue le mécanisme d'introduction du NADAP, et a récemment été mise à profit strictement pour régler de vieux différends[25]. La médiation doit être tenue dans les 15 jours suivant la nomination d'un médiateur et avant tout acte de procédure. La troisième et dernière étape de ce processus est le transfert du différend vers un processus d'arbitrage exécutoire, qui doit se tenir dans les 15 jours suivant la réception de l'avis d'échec de la médiation.

Les processus d'arbitrage du NADAP peuvent emprunter deux routes procédurales différentes. Les arbitrages par « voie complexe » (règle 23) regroupent les résiliations, les différends concernant des réclamations de plus de 50 000 $, les demandes de mesure provisoire, les mesures correctives visées par la règle 6 et les sujets d'ordre général mettant en jeu une preuve substantielle ou une séance de plus de deux jours. D'un point de vue pratique, la grande majorité des arbitrages suivent cette voie. Dans le cadre de cette procédure, l'arbitrage doit se tenir dans les 90 jours, et comprendre des audiences complètes sur la preuve et des preuves *viva voce* lorsque nécessaire[26].

La règle 46 exige que ces audiences se tiennent en privé. Cette exigence s'accorde avec l'un des principes centraux de la législation en matière d'arbitrage[27]. La règle [29] stipule que la confidentialité de tous les documents divulgués dans le cadre d'une procédure d'arbitrage doit être préservée par toutes les parties, à moins que leur divulgation soit consentie ou exigée en vertu de la loi. En outre, ce principe empêche de désigner comme intervenant à la procédure un autre concessionnaire touché par le différend[28].

Alors qu'un arbitre n'est lié à aucune décision arbitrale antérieure, un tribunal ou les cours de justice en général peuvent adopter le raisonnement suivi dans toute décision du NADAP29. En pratique, cela a mené à l'élaboration d'un recueil distinct de jurisprudence arbitrale, qui est appliqué à parts égales avec la jurisprudence de la common law.

Les règles du NADAP procurent à tout comité d'appel qui y est lié un droit d'appel exclusif pour ce qui est des arbitrages suivant la voie complexe. La décision d'appel est finale et exécutoire pour les parties. En vertu des règles, la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte, pour des questions tant de fait que de droit (règle 102), bien que des sources appuient la proposition selon laquelle le respect s'impose à l'égard des conclusions de fait[30].

La réalisation des procédures d'arbitrage du NADAP est régie par les lois nationales et provinciales pertinentes et les règles. Advenant une incohérence, ce sont les règles qui ont préséance. Les arbitres peuvent statuer sur leurs propres compétences et sur l'arbitrabilité d'un sujet.

LE NADAP : LES STATISTIQUES

L'un des principaux objectifs du NADAP était de mettre en place un cadre relativement économique et rapide au profit de la résolution des différends. Il était alors reconnu que personne, ni les constructeurs, ni les réseaux de concessionnaires, ne trouvait son compte dans les procès prolongés. Pour établir si cet objectif a été atteint, il est nécessaire d'évaluer comment fonctionne le NADAP dans la réalité, mis à part ses buts avoués et ses échéanciers imposés par les règles. Bien qu'elles ne soient nullement exhaustives, les données accessibles suggèrent que le NADAP, sur le plan procédural, permet d'œuvrer à un rythme soutenu, et que son efficacité contribue véritablement de réduire les coûts associés à la résolution des différends[31].

Parmi les 167 différends qui ont été traités par l'intermédiaire d'une demande de médiation ou de processus ultérieur au NADAP, 14 ont été couronnés par une décision arbitrale finale et deux ont été menés en appel. La majorité des décisions rendues concernaient en fait des demandes de mesure provisoire ou des questions préliminaires d'arbitrabilité; parmi celles-ci, 20 décisions sur des mesures provisoires ou des questions de procédure ont été rendues et 5 appels ont été interjetés. En fait, 65 % des différends ont été réglés grâce à la médiation ou peu après.

La vitesse à laquelle un différend traité au moyen du NADAP peut évoluer dépend nécessairement des parties. Cela dit, les arbitres spécialisés qui se trouvent sur la liste obtenue auprès de l'ADR Chambers possèdent les capacités nécessaires pour assurer le respect des échéanciers fixés par les règles du NADAP. La vitesse relative du processus est d'ailleurs l'une des caractéristiques distinctives du NADAP. Par exemple, l'intégralité des sept différends en cours au début de 2013 ont été résolus avant la fin de l'année (un a été résolu par les parties, trois ont été réglés grâce à la médiation et trois ont fait l'objet d'une procédure d'arbitrage). Le temps moyen qui s'écoule entre le dépôt de la demande de médiation et la tenue d'une séance est de cinq mois. Si le différend passe à l'étape suivante, le temps moyen entre la médiation et la prise d'une décision arbitrale est de près de quatre mois[32].

CONCLUSION

Maintenant en œuvre depuis plus de 20 ans et accepté presque unanimement au sein de l'industrie automobile canadienne, le NADAP peut être considéré comme une réussite. Bien que l'examen de questions traîne en longueur en raison de la formulation de certaines règles, un corps de jurisprudence arbitral créé par un groupe d'arbitres de plus en plus spécialisés a permis aux participants de l'industrie de bénéficier d'un certain degré de certitude. Les arbitres, choisis par les parties, ont à cœur de se spécialiser et de résoudre les différends de manière à accroître les avantages de gouvernance, nets des coûts de la résolution, pour les parties contractantes. Même dans les cas où un forum ne peut offrir d'avantage en termes d'exactitude, les parties peuvent préférer avoir recours à l'arbitrage si la réduction des coûts

de résolution du différend est suffisamment intéressante[33]. Afin de maintenir son efficacité, le NADAP doit pouvoir compter sur un groupe d'arbitres expérimentés et réduire les coûts de résolution des différends au moyen de procédures rapides.

Bien que le cadre des avantages de dissuasion et de gouvernance et des coûts de résolution des différends soit un outil explicatif utile, certains aspects du NADAP ne s'y intègrent pas aisément. Par exemple, lorsque, comme dans le NADAP, le système arbitral en question n'applique aucune limite aux sentences de dommages-intérêts ou n'interdit pas certaines formes de mesure réparatoire, on peut s'interroger sur l'importance pouvant être accordée à l'avantage de dissuasion de l'arbitrage par comparaison au procès. En fait, les règles du NADAP ne se distinguent que dans une faible mesure du droit substantiel auquel les parties seraient confrontées devant un tribunal. Deuxièmement, la notion d'exigences contractuelles explicites et implicites de Drahozal et autres à l'égard du caractère favorable de l'arbitrage ne peut expliquer certains aspects du NADAP. Plutôt que de se limiter à d'obscurs termes implicites, le NADAP codifie et rend explicites les règles entourant l'empiétement là où la loi et la common law demeurent muettes ou incertaines.

Dernièrement, l'un des aspects de la dichotomie arbitrage/procès qui ne peut être passé sous silence est la valeur accordée par les parties à la confidentialité et aux séances privées. Il est entendu que ces facteurs, jumelés à la réduction importante des coûts de résolution des différends, comme souligné plus haut, influencent en grande partie le recours au NADAP.

Au sein d'une industrie extrêmement compétitive, le NADAP s'est distingué comme un programme d'arbitrage qui peut assurer une résolution des différends relativement rapide et économique. Ce programme améliore le processus de résolution des différends au-delà de ce qui pourrait être obtenu autrement par l'intermédiaire d'une clause d'arbitrage imposée par un franchiseur. En proposant un système volontaire qui s'adresse à l'intégralité de l'industrie des constructeurs et de leurs concessionnaires, plutôt que de se limiter à un seul réseau de concessionnaires particulier, le NADAP a sans contredit démontré sa légitimité et son efficacité. Bien qu'il soit à l'évidence adapté aux préoccupations particulières observées dans l'industrie automobile, les règles du NADAP peuvent offrir un modèle utile à d'autres réseaux de franchises et de distribution. Dans la plupart des cas, l'utilisation d'un tel programme est une solution qui peut remplacer avantageusement le recours au système de justice pour régler les différends.

1 Bevan Brooksbank est un avocat membre du groupe Litige relatif au droit des sociétés et droit commercial de Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L. L'auteur souhaite remercier Norman Letalik, avocat général du Groupe Volkswagen Canada, pour ses précieux conseils et commentaires pendant la rédaction de cet article. Une première version de l'article a paru dans le *Commercial Litigation and Arbitration Review*, publié par LexisNexis Canada Inc.

2 Christopher R. Drahozal et Stephen J. Ware, « Why Do Businesses Use (or Not Use) Arbitration Clauses? », *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 25, nº 2, 2010, p. 433-476 (plus particulièrement p. 451 [« *Arbitration Clauses* »]).

3 Christopher R. Drahozal et Keith N. Hylton, « The Economics of Litigation and Arbitration: An Application to Franchise Contracts », *Journal of Legal Studies*, vol. 32, nº 2, juin 2003, p. 549-584 [« Economics of Litigation and Arbitration »].

4 *Ibid.*

5 La question visant à savoir si un réseau de concessionnaires automobiles autorisé constitue un système de franchises tel que défini en vertu de la loi devra faire l'objet d'un prochain article. Cela dit, ce statut a été accordé dans l'action collective *Trillium*.

6 Voyez *Stoneleigh Motors Ltd. v. General Motors of Canada Ltd.*, [2010] O.J. No. 1621 (C.S.J.) par Pepall J., qui traite des débats entourant la réduction du réseau de concessionnaires GM et l'abandon de la gamme Pontiac. Consultez également *Trillium Motor World Ltd. v. General Motors of Canada Limited*, 2015 ONSC 3824 (C.S.J.), pour en savoir davantage au sujet de la réduction du réseau de concessionnaires GM, vue dans le contexte d'un procès sur des questions communes. La décision du tribunal est actuellement portée en appel.

7 Consultez *Mont-Bleu Ford Inc. v. Ford Motor Co. of Canada*, [2000] O.J. No. 1815 (Cour divisionnaire de l'Ontario) qui renverse la décision [2000] O.J. No. 533 (C.S.J.) selon les raisons d'approbation du règlement se trouvant dans la décision [2004] O.J. No. 1270 (C.S.J.).

8 Consultez par exemple les décisions *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising*, [2003] O.J. No. 1919 (C.A.), *Country Style Food Services Inc. v. Hotoyan*, [2001] O.J. No. 2889 (C.S.J.) et *Katotikidis v. Mr. Submarine Ltd.*, [2002] O.J. No. 1858 (C.S.J.). En règle générale, les contrats de franchisage ne mentionnent aucun territoire exclusif en raison d'éléments présents dans la *Loi sur la concurrence*.

9 Les contrats de concession n'accordent, en règle générale, aucun territoire exclusif, mais délimitent plutôt une zone de responsabilité, souvent désignée sous le nom de zone de commercialisation primaire.

10 *Cowell Imports Inc. v. Jaguar Canada*, (2009) NADAP Nos. 103, 104.

11 *South London Infiniti Nissan Inc. v. Nissan Canada Inc.*, (2009) NADAP No. 117.

12 *Leggat Saturn-Saab-Isuzu v. General Motors of Canada Limited*, (2002) NADAP No. 066.

13 *Downsview Chrysler Plymouth (1964) Limited v. Chrysler Canada Ltd.* (1998) NADAP No. 09.

14 Motifs d'appel de la cause *Woodbine Chrysler supra*, aux pages 8 et 9; *Agribrands Purina Canada Inc. v Kasamekas*, [2011] O.J. No. 2786 (C.A.), paragraphe 51; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71.

15 *Fairview Donut Inc. v. TDL Group Corp.*, [2012] O.J. No. 834 (C.S.J.) déclaré [2012] O.J. No. 5775 (C.A.).

16 *Economics of Litigation and Arbitration, supra*, p. 8.

17 Drahozal et autres soutiennent que les dispositions contractuelles explicites établissant des règles régissant directement les incitatifs *ex ante* facilitent davantage l'exécution et minimisent la probabilité qu'un tribunal commette une erreur et impose des frais d'évitement trop élevés (par exemple pour des dommages inadéquats ou disproportionnés).

18 *Economics of Litigation and Arbitration, supra*, p. 9.

19 Consultez Gillian Hadfield, « Problematic Relations: Franchising and the Law of Incomplete Contracts », *Stanford Law Review*, vol. 42, avril 1990, p. 927.

20 *Barrie Nissan Inc. v. Nissan Canada Inc.*, (2013) NADAP No. 148.

21 *Bhasin, supra*, paragraphes 90 à 103.

22 *Trillium, supra*, paragraphe 205.

23 *Charles Brewis Limited O/A Olympic Honda v. Honda Canada Inc.*, (2014) NADAP No. 155.

24 La demande doit être envoyée à ADR Chambers, qui administre le NADAP.

25 *Downtown Pontiac Buick (1983) Limited v. General Motors of Canada Limited*, (2015) NADAP No. 167.

26 À l'inverse, dans le cadre de l'arbitrage par « voie rapide », une séance arbitrale doit être tenue dans les 45 jours, aucune disposition n'est prise à l'égard d'une mesure provisoire, et la question est généralement réglée au moyen d'un seul dossier documentaire.

27 Voyez par exemple le guide de Brian Casey, *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure*, 2e édition, New York, Juris, 2011, p. 216, et les précédents qui y sont cités.

28 *Big 4 Motors Ltd. V. Daimler Chrysler Canada Inc.*, (2006) NADAP No. 85.

29 La règle 57 précise qu'un arbitre ne « doit pas être lié aux décisions antérieures, mais peut adopter ou adapter le raisonnement de toute décision ou méthode tirée d'une décision antérieure des tribunaux ou des cours de justice en général, dans le cadre de la résolution des différends soumis à l'arbitrage. » [traduction].

30 Consultez la discussion sur les motifs d'appel dans la cause *Barrie Nissan*, *supra*.

31 Toutefois, comme indiqué dans le document *Arbitration Clauses supra*, (p. 447), l'un des facteurs importants à prendre en considération à l'égard des coûts associés à la résolution des différends est le fait que les litiges traités au sein du système de justice sont accompagnés d'une subvention gouvernementale *de facto*, alors qu'une procédure d'arbitrage est, par nature, financée de façon privée.

32 L'auteur souhaite remercier M. Alan Stitt, de l'ADR Chambers, pour son aide dans la collecte de ces données.

33 *Economics of Litigation and Arbitration, supra*, p. 10.

HONORÉS SPÉCIAUX DE L'IAMC
ADRIC SPECIAL HONOUREES

ANCIENS PRÉSIDENTS / PAST PRESIDENTS

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

DISTINGUÉS / FELLOWS

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

DISTINGUÉS HONORAIRES / HONORARY FELLOWS

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

Cedric Barclay
Past President
The Chartered Institute of Arbitrators

Robert Coulson
Past President
American Arbitration Association

Richard J. Soper
Past President
The Chartered Institute of Arbitrators

DIRECTEURS ÉMÉRITE / DIRECTORS EMERITUS

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

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

NATIONAL / NATIONAL:

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

RÉGIONAL / REGIONAL:

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

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

MARY COMEAU, LL.B.

LA *RES JUDICATA* EN ARBITRAGE : UNE MISE AU POINT

La décision de la Cour d'appel de l'Alberta dans *Enmax Energy Corporation* v. *TransAlta Generation Partnership*[1] fait une mise au point en confirmant que les principes de droit de la *res judicata* et de la préclusion pour même question en litige s'appliquent, en tant que questions de droit, aux arbitrages commerciaux au Canada.

Mary Comeau, LL. B., de Norton Rose Fulbright, exerce dans le domaine de la résolution des différends, en se concentrant sur le droit des sociétés et le droit commercial, et le droit des sûretés, et sur les domaines du pétrole et du gaz naturel, ainsi que de l'électricité. Elle a plaidé à tous les échelons du système judiciaire de l'Alberta, et devant la Cour fédérale et la Cour suprême du Canada.

Le tribunal inférieur avait conclu que ces principes ne s'appliquaient pas automatiquement aux arbitrages selon la loi de l'arbitrage de l'Alberta, ce qui ouvrait la voie à l'obligation, pour les parties ayant des relations commerciales continues, de soumettre de nouveau à l'arbitrage des questions déjà réglées entre elles. L'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada a été refusée[2].

Il s'agissait de l'appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta rendue en 2015 et découlant des accords d'achat d'énergie en Alberta[3]. Ces accords d'achat d'énergie sont des accords législatifs créés en vertu de la loi sur les services publics d'électricité, à la suite d'un processus entrepris par une équipe d'évaluation indépendante à la fin des années 1990 dans le but de déréglementer le secteur de l'électricité en Alberta[4].

L'électricité produite par chaque centrale a été vendue aux enchères en août 2000 (a suivi une seconde vente aux enchères de l'électricité qui n'avait pas été vendue initialement). Les acheteurs des accords d'achat d'énergie ont acquis le droit d'acheter de l'électricité d'une centrale pendant une période pouvant aller de trois à vingt ans, qui équivaut à vingt ans ou à l'estimation de la durée de vie utile restante du groupe électrogène si elle est inférieure. Mis à part cette période, les accords d'achat d'électricité présentent dans l'ensemble la même forme. Ils ne peuvent être modifiés par les parties sauf dans des circonstances extrêmement limitées.

L'acheteur d'un accord d'achat d'électricité doit faire de nombreux versements dont le total vise à fournir au propriétaire, entre autres, la possibilité raisonnable de recouvrer les frais fixes de production d'électricité pendant la durée de l'accord. Pour atteindre ce but, les accords d'achat d'électricité prévoient une série de calculs tenant compte de l'inflation (ou de la déflation, selon le cas) dans certains frais par référence à divers indices publiés par Statistique Canada. Les accords donnent aussi des instructions pour traiter les changements dans les indices.

Pendant la durée des accords, Statistique Canada a, à différents moments, cessé de publier des indices, changé leur nom et modifié la façon dont les données sont compilées pour établir les indices. Des différends sur la façon de tenir compte de ces changements adéquatement dans les calculs requis en vertu de l'accord d'achat d'électricité ont surgi entre l'acheteur Enmax et le propriétaire TransAlta.

Selon les accords d'achat d'électricité, les différends doivent être soumis d'abord à la haute direction, puis à un arbitrage exécutoire conformément à la loi sur l'arbitrage de l'Alberta[5]. Cependant, l'accord d'achat d'électricité prévoit que l'une ou l'autre des parties puisse déférer des questions de droit aux tribunaux pour qu'ils en décident, même si ces questions de droit font partie d'un différend soumis à un conseil d'arbitrage.

En 2014, Enmax et TransAlta en étaient aux premières étapes d'un arbitrage demandé par Enmax sur un certain nombre de changements dans divers indices de Statistique Canada à traiter selon l'accord d'achat d'énergie. Dans sa défense en arbitrage, TransAlta a pris la position suivante. L'une des questions soulevées par Enmax avait été réglée par un arbitrage précédent entre les parties plusieurs années auparavant. Cette question concernait l'interprétation juste d'une disposition de l'accord d'achat d'énergie portant sur le traitement des changements apportés aux indices. Les parties étaient donc empêchées par préclusion de prendre,

dans l'arbitrage en cours, une position contraire à l'interprétation exposée dans la précédente sentence exécutoire de l'arbitrage entre TransAlta et Enmax en vertu du même accord d'achat d'énergie sur l'interprétation de la même disposition exactement. La position d'Enmax était qu'elle n'était pas liée par la sentence précédente, et elle a soumis au tribunal plusieurs questions de droit relatives à cette sentence. Les points litigieux se rapportaient à des questions de *res judicata*, de préclusion pour même question en litige et de confidentialité.

L'analyse du juge de la Cour du Banc de la Reine témoigne du manque de familiarité avec l'arbitrage qu'ont encore certains membres de la magistrature. En ce qui concerne les questions de *res judicata* et de préclusion pour même question en litige, la Cour a décidé qu'elles ne s'appliquaient pas à l'arbitrage, en s'appuyant sur une décision en matière de relations de travail de 1981[6]. Dans son analyse, la Cour a exprimé l'opinion que les arbitres n'étaient pas tenus d'appliquer la loi, que la *res judicata* ne s'appliquait pas à l'arbitrage et que, même si les parties auraient pu s'entendre sur le caractère exécutoire du précédent arbitrage, elle n'avait pas trouvé de preuve que c'était le cas ici[7]. Le juge a conclu que la décision précédente pouvait être admise en « preuve » par la formation du présent arbitrage si celle-ci décidait que cette décision était pertinente et admissible, et que la formation arbitrale pouvait choisir quel poids, s'il en est, lui donner[8]. TransAlta a saisi la Cour d'appel de l'Alberta d'un appel de la décision du juge siégeant en chambre, comme le prévoient les règles de procédure de l'Alberta.

C'est avec soulagement que la communauté de l'arbitrage a accueilli la décision de janvier 2016 de la Cour d'appel de l'Alberta, qui fait une mise au point. Les juges indiquent que le tribunal inférieur semble avoir confondu les questions de *stare decisis* et de *res judicata*.[9]

La Cour d'appel a revu la doctrine de la *res judicata* et conclu que le tribunal inférieur s'était trompé en décidant que la *res judicata* ne s'appliquait pas à l'arbitrage. La Cour ayant trouvé des sources amplement suffisantes pour confirmer la proposition, elle a déclaré que la *res judicata* et la préclusion pour même question en litige s'appliquent si la même question a été réglée dans une décision finale préalable concernant les mêmes parties[10]. Les juges ont aussi fait une mise au point en affirmant qu'en fait, les arbitres sont tenus d'appliquer la loi dans les arbitrages, à moins que les parties aient convenu expressément du contraire[11].

Ils ont aussi fait remarquer que, bien que le tribunal inférieur n'ait trouvé aucune preuve du fait que les parties avaient convenu du caractère exécutoire de la sentence précédente, l'accord d'achat d'énergie stipule bien que les décisions d'un tribunal d'arbitrage concernant des différends liés à l'accord sont « finales, exécutoires et sans appel ». Il est à noter que la loi sur l'arbitrage de l'Alberta prévoit aussi que les sentences arbitrales lient les parties, à moins qu'elles ne soient annulées ou modifiées[12]. La Cour a légitimement mentionné qu'en l'absence d'indications du contraire, les parties sont liées par la sentence finale résultant d'un arbitrage précédent[13].

Finalement, ce que la décision affirme, la plupart des clients, à mon sens, l'auraient certainement présumé. À moins que les parties ne se soient expressément entendues autrement, les arbitres sont tenus d'appliquer la loi, et la *res judicata* et la préclusion pour même question en litige s'appliquent dans les circonstances appropriées. Cependant, cette affaire nous avertit qu'on ne doit jamais supposer que tous les membres de la Cour de juridiction supérieure ont eu l'occasion de se familiariser avec l'arbitrage. Ils peuvent avoir beaucoup de mal à comprendre ce que ceux d'entre nous qui travaillent dans ce domaine considèrent comme les principes fondamentaux du processus au Canada.

1 *Enmax Energy Corporation v. TransAlta Generation Partnership*, **2015 ABCA 383 (**« *Enmax CA* »**).**
2 *Enmax Energy Corporation v. TransAlta Generation Partnership*, **2016 CarswellAlta 262.**
3 *Enmax Energy Corporation v. TransAlta Generation Partnership*, **2015 ABQB 185 (**« *Enmax QB* »**).**
4 *Electric Utilities Act*, **RSA 2000, chap. E-5, partie 4.1.**
5 *Arbitration Act*, **RSA 2000, chap. A-43 (**« **loi sur l'arbitrage** »**).**
6 *Enmax QB*, **paragraphes 101 et 112.**
7 *Enmax QB*, **paragraphes 99-100, 115.**
8 *Enmax QB*, **paragraphe 115.**
9 *Enmax CA*, **paragraphe 39.**
10 *Enmax* **CA, paragraphes 40, 52-55.**
11 *Enmax CA*, **paragraphe 48.**
12 *Arbitration Act*, **article 37.**
13 *Enmax CA*, **paragraphe 36.**

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

www.adric.ca

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

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

AVANTAGES D'ÊTRE MEMBRE DE L'IAMC

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

- L'**affichage gratuit de votre profil sur « Se connecter à la PRD »**, la base de données centrale grâce à laquelle les utilisateurs de services de PRD pourront vous joindre.
- **Une couverture d'assurance de responsabilité civile de premier choix extrêmement concurrentielle** (correspond au coût de l'adhésion à lui seul!).
- L'**utilisation du portail à l'intention des membres** avec accès en ligne à des produits spéciaux, des outils de soutien marketing, des documents et de l'information, des webinaires enregistrés et un centre où vous pouvez vous inscrire à des événements avec des rabais pour les membres.
- **De l'information importante mise à jour,** incluant la livraison électronique du ***JOURNAL d'Arbitrage et de Médiation Canadien*** deux fois par an et de ***Perspectives PRD*** six fois par an.
- **L'accès gratuit aux webinaires des réunions des sections d'intérêt spécial,** par l'entremise de notre société affiliée de l'Ontario, une ou deux soirées par semaine de 17 h 45 à 19 h 30 (HE). Les thèmes abordés sont les suivants : l'arbitrage familial, la facilitation, le milieu de travail, l'assurance, la construction, les conflits d'intérêts, le domaine commercial, la justice réparatrice, la médiation dans le domaine de la succession, etc.
- **Des rabais accordés aux membres relativement aux activités de perfectionnement professionnel,** dont **la Conférence nationale de l'IAMC**.
- **Le droit d'utiliser le logo de l'institut** sur vos cartes professionnelles, dans vos en-têtes de courrier, sur votre site Web et d'autres supports marketing pour faire valoir votre crédibilité en montrant que vous êtes membre d'un organisme reconnu et crédible.
- **Des possibilités de sélection et d'emploi** offertes exclusivement aux membres de l'IAMC.
- **Des avis d'emploi et débouchés particuliers communiqués** exclusivement aux membres de l'IAMC.
- L'accès aux **titres de membres agréés et brevetés** reconnus à l'échelle nationale et internationale (Méd.A et Arb.A, Méd.B et Arb.B).
- *Réductions sur les produits et services relatifs à votre pratique : conférences téléphoniques (seulement 2,5 ¢ la minute!), webinaires et vidéoconférences; « Mediate to Go! », logiciel de gestion de cas axé sur l'infonuagique; « Square », solution de remplacement des paiements en espèces ou par chèque pour vos clients; et beaucoup d'autres produits et services attrayants.*

ADR Institute of Canada

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

ARBITRAGE. MÉDIATION. RÉSOLUTION.

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

AFFILIÉES / AFFILIATES

C.-B. / BC

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

ALB. / AB

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

SASK. / SK

ADR INSTITUTE OF SASKATCHEWAN INC.
Box 22015, RPO Wildwood
Saskatoon, SK S7H 5P1
1-866-596-7275
1-855-487-4429
info@adrsaskatchewan.ca
www.ardsaskatchewan.ca

MAN. / MB

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

ONT. / ON

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

QUÉB. / QC

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

PROVINCES DE L'ATLANTIQUE / ATLANTIC PROVINCES

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