Vol. 24, No. 2 Automne/Hiver 2015

journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien

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

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

ARBITRAGE. MÉDIATION. RÉSOLUTION.

DANS CE NUMÉRO

Message du président 3
M. Scott Siemens, Méd.A, B. Com., FICB

Mot du rédacteur en chef 5
William G. Horton, FCIArb, Arb.A

La médiation – Un outil de restructuration essentiel 6
Kevin McElcheran, LL.B., MCIArb

IAMC 2016 : Conférence Nationale Annuelle 11

La co-médiation repensée 15
Mary Satterfield, Méd.A, Arb.A, AccFM (ON)

Combler les lacunes : Plaidoyer pour un programme de RAD obligatoire dans les écoles de droit du Canada 21
Meaghan Storey, M.Ed. (CCC), J.D.

Discours à l'occasion de l'Assemblée générale annuelle de la Toronto Commercial Arbitration Society 32
J. Brian Casey, J.D., LL.M., FCIArb

Félicitation aux lauréats 2015 du prix d'excellence Lionel J. McGowan! 34

Discours à l'occasion de l'Assemblée générale annuelle de la Toronto Commercial Arbitration Society 35
L'honorable juge Frank N. Marrocco

KEVIN MCELCHERAN, LLB, MCIARB, AUTEUR DE : « LA MÉDIATION – UN OUTIL DE RESTRUCTURATION ESSENTIEL » - VOIR LA PAGE 6

NOUVELLES ET ÉVÉNEMENTS

PAGE 4 - LA NOUVELLE IMAGE DE L'IAMC !
PAGE 11 - CONFÉRENCE IAMC 2016 - 12 AU 14 OCTOBRE 2016
PAGE 34 - LAURÉATS 2015 DU PRIX D'EXCELLENCE MCGOWAN
PAGE 20 - NOS NOUVEAUX TITULAIRES DE TITRES PROFESSIONNELS

VOL. 24, NO. 2
AUTOMNE/HIVER 2015
FALL/WINTER 2015

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. ©2015. 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. ©2015, All rights reserved. Reproduction or transmittal, in whole or in part, in any form or by any means, or its storage in a retrieval system, without prior permission of the copyright owner in writing, is forbidden.

POUR S'ABBONER / SUBSCRIBE:
https://adrcanada.secure.force.com/UserSubscribePage

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

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

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

QUI SOMMES-NOUS?

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

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

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

CONSEIL D'ADMINISTRATION 2015-2016

EXECUTIF

M. Scott Siemens, C.Med, B.Comm, 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 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
Administratrice et trésorière - Toronto, Ont.

ADMINISTRATEURS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

AUTRES ADMINISTRATEURS

Janet McKay
Secrétaire et directrice générale

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

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

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

MESSAGE DU PRÉSIDENT

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

NOUVELLE IMAGE DE MARQUE DE L'IAMC

Avez-vous remarqué notre nouveau logo et nos nouvelles couleurs? Il a souvent été porté à l'attention de l'IAMC que la couleur rouge intégrée à notre logo or ne convenait pas pour représenter l'approche PRD; qu'une couleur plus apaisante conviendrait mieux. Nous désirions aussi que notre nouveau logo soit plus pertinent pour nos membres et les utilisateurs des divers modes de PRD.

Après de nombreuses rencontres avec des sociétés de conception, des groupes de consultation, etc., le logo gagnant a finalement été approuvé par le Comité d'administration de l'IAMC et a été officiellement lancé lors de l'assemblée générale qui a précédé IAMC 2015. Si vous n'avez pas été en mesure de participer, ne vous inquiétez pas. Nous publierons des enregistrements sous peu sur notre chaîne *YouTube*, ce qui vous donnera une chance de voir cet événement à ne pas manquer.

Nous avons de plus adopté un nouveau slogan que nous avons sélectionné parmi plus de 50 suggestions. Ce slogan est censé offrir au public un aperçu de ce que l'IAMC, ses sections affiliées et ses membres ont à offrir : **ARBITRAGE. MÉDIATION. RÉSOLUTION.**

Nous avons aussi officiellement adopté notre acronyme anglais : ADRIC. Il constitue d'ailleurs l'adresse de notre nouveau site Web : *ADRIC.ca/fr/* et fait partie des adresses de courriel des membres de notre personnel.

Nous espérons que vous aimerez notre nouvelle allure autant que nous!

IAMC 2015 : GRAND CIEL; GRANDES IDÉES EN PRD

Notre événement IAMC 2015 a eu lieu à Calgary à la fin octobre, et tous les participants ont déclaré que ça a été une grande réussite. L'atelier pré-conférence intitulé LEADING THROUGH CONFLICT – TOOLS FOR LEADERS AND ADR PROFESSIONALS a attiré un grand nombre de participants qui ont été ravis du programme et de l'animateur, Eric Stutzman, ce que confirment des déclarations comme la suivante : *« il a surpassé toutes mes attentes grâce à des excellents outils, ressources et méthodes de mise en œuvre ainsi qu'à du contenu valable, amusant et accrocheur. C'était fabuleux, tant du côté de l'information que de la mise en application ».*

Nous avons connu un succès fou avec notre nouvelle initiative Présentations IAMC qui a été organisée par Don Shapiro. Les participants se sont encore une fois montrés enchantés, ce que confirment des commentaires comme celui-ci : *« Je n'en ai jamais autant appris qu'au cours de cette séance, et je n'ai pas non plus manqué de m'amuser! »* Tout cela est enregistré, alors jetez un coup d'œil à notre chaîne *YouTube*.

Toutes les séances de nos cinq séries réparties sur deux jours ont été populaires. Après avoir pris connaissance des évaluations des dernières années, nous avons varié la durée des séances afin que certains sujets puissent être abordés en profondeur. Vous pouvez voir sur notre site Web les commentaires sur les diverses séances.

L'un des commentaires les plus remarquables exprimait quelque chose que nous avons aussi ressenti et compris : la quantité d'énergie positive était incroyable à la conférence. Merci beaucoup à toutes les personnes qui ont participé à la planification et aux participants. Nous sommes inspirés à surpasser vos attentes une fois de plus l'an prochain, du 12 au 14 octobre à Toronto!

IAMC 2016 : TORONTO, DU 12 AU 14 OCTOBRE 2016

Parlant de l'édition de l'an prochain de notre conférence, nous sommes extrêmement fiers de coordonner la seule édition canadienne de la **Global Pound Conference Series** qui se déroulera le 12 octobre 2016! Cette séance de consultation occupera toute la journée précédant l'assemblée générale et la conférence IAMC 2016 à Toronto. Les deux événements auront lieu au Ritz-Carlton. Il s'agira d'une de ces occasions que nous ne pouvons saisir qu'une fois par génération de façonner la médiation dans un contexte mondialisé. Nous vous invitons à nous aider à nous préparer à cet important événement.

Nous allons offrir un ou deux ateliers poussés le 12 octobre, qui seront suivis par notre assemblée générale et la conférence les 13 et 14 octobre. La Conférence arbitrage international de la CCI Canada est aussi prévue le 14 octobre, ce qui fera de Toronto une destination inévitable. Pour nous assurer que les personnes qui pratiquent l'arbitrage international puissent participer aux deux conférences, nous avons choisi d'aborder l'arbitrage international le 13 octobre et l'arbitrage national le 14 octobre. Réservez votre hébergement rapidement, car il va y avoir beaucoup de monde à Toronto! Nous avons négocié un excellent forfait d'hébergement de luxe avec le Ritz-Carlton. Pour de plus amples renseignements, voir notre site Web.

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.

ALLIANCES STRATÉGIQUES

Nous continuons de nouer des alliances stratégiques avec une foule d'organisations. En voici quelques-unes avec qui nous avons conclu nos plus récents partenariats : la nouvelle association qui porte le nom Canadian Association of Peace and Conflict Studies (CAPCS), ICC Switzerland, Association for International Arbitration (AIA) et le Dispute Resolution Boards Foundation (DRBF) qui a donné à la conférence une présentation que vous pouvez voir sur notre chaîne *YouTube*.

LA TABLE RONDE DES PRÉSIDENTS ET LA TABLE RONDE DES MEMBRES COLLECTIFS

La Table ronde des présidents, qui se compose des présidents de nos sept sections affiliées, de moi-même à titre de président de l'IAMC et de Janet McKay, notre directrice générale, s'est rapidement établie comme un forum très important où nous

pouvons tous interagir avec nos pairs. Lorsque les discussions portent sur des enjeux opérationnels, les directeurs généraux de nos deux plus grandes sections affiliées participent à la réunion. La Table ronde est présidée par Andy Butt, président d'ADR Atlantic, et ce sont les présidents eux-mêmes qui fixent l'ordre du jour et les priorités de chacune des réunions. L'objectif est parfois de prendre connaissance des leçons tirées par les autres sections régionales pour des questions comme l'adhésion, ou encore les événements et les initiatives en cours, les protocoles d'entente, etc. Nous avons déterminé au cours d'une des dernières réunions que les PE conclus par l'IAMC avec ses sections affiliées remontent à plus de trente ans et ne sont plus pertinents. Voilà qui explique la création du groupe de travail sur les PE. Ce groupe compte sur une bonne représentation pancanadienne, et son objectif est de définir et d'élaborer une nouvelle relation, non seulement avec l'IAMC, mais également entre les sections affiliées.

Dans la même veine, nous avons hâte de voir ce que la Table ronde des membres collectifs pourra nous offrir en tant que forum où nous pourrons partager nos expériences, nous engager à l'égard de pratiques exemplaires, aider nos membres collectifs à répondre à leurs besoins et à atteindre leurs objectifs et faire une promotion encore meilleure des techniques de PRD. Parmi nos membres collectifs, nous comptons des cabinets juridiques, des cabinets PRD, des organismes gouvernementaux, des organismes sans but lucratif et des établissements d'enseignement.

EN CONTACT AVEC L'IAMC

Que vous soyez un membre individuel, un membre collectif, un partenaire ou un ami, nous vous invitons à nous visiter dans les médias sociaux. Nous sommes ravis des contacts établis, de ceux que nous créons et de l'interaction permanente. Si vous n'êtes pas encore en contact avec nous, nous vous demandons de créer des connexions!

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

LA NOUVELLE IMAGE DE L'IAMC

Janvier 2013 a marqué le début de la conception d'un plan stratégique complet, que le conseil d'administration de l'IAMC a achevé en janvier 2014, avant d'en amorcer la mise en œuvre. L'une des missions les plus difficiles a été confiée au comité de l'adhésion et du marketing : celle de donner une nouvelle image plus actuelle à l'IAMC. Il a souvent été porté à l'attention de l'IAMC que la couleur rouge intégrée à notre logo or ne convenait pas pour représenter la PRD; qu'une couleur plus apaisante conviendrait mieux.

Après de nombreuses rencontres avec des sociétés de conception, des groupes de consultation, etc., le logo gagnant a finalement été approuvé par le Comité d'administration de l'IAMC et fût officiellement lancé lors de IAMC 2015, notre conférence nationale annuelle.

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

ARBITRATION. MEDIATION. RESOLUTION.
ARBITRAGE. MÉDIATION. RÉSOLUTION.

Nous avons également adopté un nouveau slogan, choisi parmi plus de 50 suggestions. Ces changements ont pour objectif de donner au public un bref aperçu de la raison d'être de l'IAMC et de ses membres.

NOUVEAU SITE WEB

De plus, nous avons aussi officiellement adopté notre acronyme anglais ADRIC. Il constitue d'ailleurs l'adresse de notre nouveau site web : *ADRIC.ca/fr/* et est intégré à l'adresse des membres de notre personnel.

VISITEZ NOUS À : ADRIC.CA

NOUS ESPÉRONS QUE VOUS AIMEREZ NOTRE NOUVELLE ALLURE AUTANT QUE NOUS!

MOT DU RÉDACTEUR EN CHEF

WILLIAM G. HORTON, FCIARB, ARB.A

Dans ce numéro d'automne-hiver 2015 du *Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien*, nous faisons progresser la réflexion sur certains thèmes importants qui vous sont familiers.

Dans de précédents numéros, nous avons publié des articles sur des applications précises de techniques de médiation et d'arbitrage dans des secteurs commerciaux variés. Dans ce numéro, **Kevin McElcheran** étudie en profondeur les méthodes dans lesquelles la médiation peut être utilisée pour résoudre certains des différends commerciaux majeurs des plus complexes : ceux qui touchent l'insolvabilité des entreprises et les consolidations. Dans une certaine mesure, l'usage de la médiation pour trouver des solutions relativement à des aspects précis de tels différends a une longue histoire. De nombreux juges ayant dirigé des affaires d'insolvabilité ont appliqué des techniques non traditionnelles, extrajudiciaires, pour atteindre ou favoriser un règlement et, à l'occasion, ont joué un véritable rôle de médiateur. McElcheran recommande une utilisation plus systématique de ce processus alternatif de règlement des différends, reconnaissant qu'en fin de compte les affaires d'insolvabilité supposent des négociations à multiples facettes, multilatérales, qui peuvent être facilitées par l'intégration de toutes les techniques de médiation dans le processus.

Mary Satterfield propose une réflexion sérieuse et approfondie sur la possibilité d'une utilisation accrue de la comédiation comme technique de règlement des différends. Souvent, en tant que médiateurs, nous travaillons isolément, particulièrement les plus chevronnés parmi nous, et ne considérons jamais les avantages qu'une démarche d'équipe pourrait apporter dans des cas judicieusement choisis, non seulement pour les médiateurs, mais également pour les parties qu'ils servent et la profession dans son ensemble. L'article de Satterfield devrait soulever une discussion très féconde au sein de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada (IAMC) sur les moyens par lesquels l'IAMC pourrait soutenir un usage accru de l'outil de la comédiation.

Sur le sujet du développement de l'art de la médiation, **Meagan Storey** a écrit un essai intéressant qui affirme la nécessité d'insister davantage dans nos facultés et écoles de droit sur la culture, les valeurs et les attitudes constituant les fondations du règlement des différends. L'enseignement du droit par analyse des précédents donne l'impression que l'analyse et l'argument juridiques suivis de la décision judiciaire sont les seuls moyens d'obtenir un « bon » résultat. Pourtant, nous savons qu'une petite fraction seulement de toutes les affaires sont finalement réglées de cette façon. De plus, les précédents et l'analyse jurisprudentiels comme indices des résultats ne sont pas fiables en raison de principes de droit contradictoires, de distinctions factuelles entre les affaires et de l'évolution du droit. Storey préconise un programme scolaire fondé sur la reconnaissance de l'importance des autres méthodes de règlement des différends.

Une autre lacune importante de l'éducation juridique au Canada, qui, peut-être, devait être explorée dans un futur article, est l'absence d'enseignement de l'arbitrage commercial dans les facultés et écoles de droit, malgré l'utilisation croissante de cette méthode de résolution des différends dans les affaires commerciales. Quand l'arbitrage est enseigné dans les facultés et écoles de droit, cet enseignement porte essentiellement sur l'arbitrage commercial international, en mettant fortement l'accent sur les institutions d'arbitrage et leurs règles. Pourtant l'arbitrage non institutionnel (*ad hoc*) est beaucoup plus commun au Canada lorsque des avocats canadiens représentent les deux parties dans une affaire, que celle-ci soit internationale ou non, et de nombreuses approches créatives sont possibles en plus du choix habituel de mener des arbitrages comme de simples litiges privés.

Dans un article tiré de son discours du printemps dernier devant la Toronto Commercial Arbitration Society (société de l'arbitrage commercial de Toronto) [TCAS], **J. Brian Casey** traite de ce que nous devons faire au Canada pour « améliorer notre jeu » en ce qui concerne l'arbitrage international. Il s'agit d'un sujet qui retient de plus en plus l'attention, puisque de nombreux centres d'arbitrage poussent comme des champignons un peu partout dans le monde, à des endroits comme Singapour, Dubaï, Sydney et Hong Kong, pour faire concurrence aux sièges traditionnels d'arbitrage que sont Londres, Paris et Genève. Même la Ville de New York, qui n'est pas en aussi bonne position au palmarès des lieux d'arbitrage qu'elle le souhaiterait, a récemment aménagé un centre d'arbitrage, avec toutes les installations à la mode. Le Canada a-t-il des arguments de vente qui lui sont propres? Que devons-nous mieux faire? **Casey** aborde ces questions dans le contexte de Toronto, mais sa réflexion peut s'appliquer (et est nécessaire) à d'autres lieux du Canada offrant de nombreux avantages uniques à la communauté de l'arbitrage international.

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/

L'un des atouts déterminants de tout ressort en compétition pour participer à l'arbitrage sur la scène internationale est une magistrature bien renseignée sur l'arbitrage et qui le soutient. À cet égard, nous avons le privilège, dans ce numéro, de publier l'allocution du **juge Frank Marrocco**, juge en chef adjoint à la Cour supérieure de justice de l'Ontario, qui a été prononcée à la dernière réunion annuelle de la TCAS. D'une façon simple mais convaincante, le juge Marrocco résume la mesure dans laquelle les praticiens de l'arbitrage au Canada ont besoin du soutien des tribunaux, et le degré de coopération éclairée qui est avantageux pour les deux courants de règlement des différends.

J'espère que vous aimerez les articles de ce numéro. Pensez à nous pour tout article que vous aimeriez soumettre à l'examen. Nous sommes tout à fait disposés à discuter de vos idées à l'avance et à vous fournir des conseils et des commentaires au cours de la rédaction.

LA MÉDIATION – UN OUTIL DE RESTRUCTURATION ESSENTIEL

KEVIN MCELCHERAN, LL.B., MCIARB[1]

Après avoir dirigé pendant 34 ans la pratique du droit commercial en matière de faillite et d'insolvabilité dans de grands cabinets d'avocats (Blake, Cassels & Graydon et McCarthy Tétrault), Kevin a fondé l'entreprise Kevin McElcheran Commercial Dispute Resolution pour offrir des services de médiation, d'arbitrage et d'avocat indépendant aux parties à des différends commerciaux, particulièrement aux différends résultant de difficultés financières. Par l'entreprise Oriole Advisors Ltd., Kevin accepte des affectations provisoires de gestion d'entreprises en transition.

1. INTRODUCTION

Pour plusieurs, l'expression « droit en matière d'insolvabilité » est un oxymore. Il n'y a que dans le domaine du droit en matière d'insolvabilité que les ordonnances du tribunal visent à suspendre des recours judiciaires plutôt qu'à les exécuter. Il n'y a que dans le domaine du droit en matière d'insolvabilité où l'omission du débiteur de respecter ses obligations légales envers ses créanciers constitue le fondement d'une ordonnance stipulant que ces créanciers ne disposent d'aucun recours judiciaire contre le débiteur.

L'apparente « absence de règles » s'appliquant au droit en matière d'insolvabilité provient du fondement même de l'insolvabilité commerciale. Celle-ci n'est pas un problème d'ordre juridique. Il s'agit d'un problème lié aux affaires qui a des répercussions juridiques. C'est pourquoi des lois efficaces en matière d'insolvabilité doivent être axées sur la résolution de ces problèmes liés aux affaires, en offrant un forum et un contexte qui permettront à une solution de se dessiner et d'émerger.

La loi canadienne en matière d'insolvabilité est conçue de manière à offrir un forum et un contexte pouvant contribuer à la restructuration des entreprises commerciales insolvables, mais viables. En effet, au Canada, chacune des lois sur l'insolvabilité autorise un débiteur insolvable à enregistrer ou demander une ordonnance qui suspend les réclamations de tous les créanciers, afin de pouvoir leur présenter un plan ou une proposition visant la conclusion d'un concordat.[2] Presque ironiquement, en offrant un forum et un contexte favorisant le développement d'une solution de restructuration, les lois sur l'insolvabilité fonctionnent comme système juridique parallèle possédant ses propres procédures et principes; un système qui éclipse les règles de procédure et les règles de fond qui régissent normalement les relations commerciales. Les lois canadiennes sur l'insolvabilité constituent une forme de processus de prévention et de règlement des différends.

L'idée organisationnelle sur laquelle reposent les lois sur l'insolvabilité est que l'exécution des recours des créanciers individuels détruit la valeur de l'entreprise du créditeur qui pourrait être préservée et transférée aux créanciers par l'entremise d'un plan d'arrangement ou d'un concordat, ou lors de la vente de l'entreprise en exploitation. Il s'agit là d'une constatation des limites des recours juridiques et de l'insuffisance des ordonnances du tribunal pour régler les problèmes liés aux affaires. Ce type de problèmes exige une solution commerciale qui ne peut être rendue possible que par la conclusion d'une entente.

Au Canada, les juges les plus influents en matière d'insolvabilité comprennent et favorisent la résolution consensuelle des problèmes commerciaux à l'origine de l'insolvabilité. Le juge Houlden[3] et le juge Farley[4] ont été de parfaits exemples de cela, bien que leurs styles aient été complètement différents. Lorsque le juge Houlden reportait poliment l'examen d'une requête qu'il jugeait sans doute prématurée ou perturbatrice, il offrait aux parties l'occasion d'en arriver à une résolution consensuelle du problème avant qu'il n'agisse. L'approche plus directe du juge Farley consistant à « ordonner » aux parties de sortir de sa salle d'audience pour régler leur différend permettait d'en arriver au même résultat.

Les méthodes utilisées par les juges Houlden et Farley, soit le refus de rendre une décision ou le report du règlement dans les difficiles procédures de restructuration, et le renvoi des parties dans une salle virtuelle, avec des directives exigeant qu'elles ne se représentent pas devant eux avant d'en être arrivées à une entente, se sont révélées efficaces dans certains cas, mais ont mis en péril les autres fonctions nécessaires du tribunal exerçant le contrôle. En effet, le tribunal doit remplir les fonctions décisionnelles qui lui sont imparties en vertu de la législation en matière d'insolvabilité. Seul le tribunal peut rendre la première ordonnance dans le cadre des procédures engagées en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Seul le tribunal peut autoriser le débiteur à résilier un contrat ou à le céder à un acheteur de son entreprise. Seul le tribunal peut approuver la transaction de revitalisation qui pourrait sauver l'entreprise, qu'il s'agisse d'une vente de l'entreprise en exploitation ou d'un plan d'arrangement permettant la restructuration de ses relations avec ses créanciers.

Ces fonctions décisionnelles limitent la capacité du tribunal à favoriser une résolution consensuelle. Les méthodes des juges Houlden et Farley ont engendré des occasions de conclure des ententes, mais n'ont pu contribuer à faciliter la communication confidentielle et privilégiée entre les parties, qui est essentielle à l'établissement d'un consensus. Le besoin de maintenir l'objectivité dont un tribunal doit faire preuve pour remplir ses fonctions décisionnelles entraîne, pour les procédures liées à l'insolvabilité, le besoin connexe d'inclure la médiation. En effet, la médiation faciliterait la découverte de solutions commerciales équitables et appropriées permettant de régler les problèmes commerciaux qui sont au cœur de l'insolvabilité.

2. DIFFÉRENDS TRANSACTIONNELS ET DIFFÉRENDS QUANT AU DROIT

La législation canadienne sur l'insolvabilité est établie de manière à offrir au débiteur et aux parties intéressées légitimes l'occasion de préserver et maximiser la valeur d'une entreprise viable et de la distribuer équitablement et adéquatement entre ces mêmes parties intéressées. La valeur est préservée et concrétisée par la suspension de l'instance ainsi que grâce aux pouvoirs permettant au

tribunal de préserver et transférer les relations contractuelles[5], d'approuver les ventes hors du cours normal des activités de l'entreprise[6] et d'approuver ou sanctionner une proposition ou un plan d'arrangement.[7] Un différend qui survient entre un débiteur et ses parties intéressées dans le contexte de l'exercice de l'un de ces pouvoirs du tribunal peut être désigné sous le nom de différend transactionnel.

La valeur préservée grâce à la résolution des différends transactionnels et la concrétisation de la vente de l'entreprise ou du plan d'arrangement doit être distribuée entre les créanciers du débiteur de façon équitable et conforme à ce à quoi ils ont droit. Lorsque l'entreprise est vendue en exploitation, le produit est, en règle générale, distribué entre les créanciers conformément au montant et à l'ordre de priorité de leur créance, tel qu'établi dans le cadre du traitement des réclamations. Lors d'une restructuration d'entreprise par l'entremise d'un plan d'arrangement ou d'un concordat, la valeur de l'entreprise est distribuée selon un mécanisme approuvé par toutes les catégories de créanciers, ainsi que par le tribunal.

Dans le cas d'une vente ou d'un plan, le débiteur doit, au cours de la procédure liée à l'insolvabilité, établir à quelle portion de la valeur préservée et obtenue par l'intermédiaire d'une transaction de revitalisation chaque créancier a droit. Chacun de ces créanciers doit prouver le bien-fondé de sa réclamation, et chaque créance doit être regroupée avec les créances des autres créanciers qui ont des intérêts semblables.

En conséquence, les fonctions fondamentales des lois sur l'insolvabilité font naître deux besoins principaux de résolution de différends dans le cadre des procédures canadiennes liées à l'insolvabilité : premièrement, résoudre les différends transactionnels qui surviennent dans le cadre du processus de restructuration en lui-même; deuxièmement, résoudre les différends quant au « droit » en lien avec les réclamations des créanciers et le droit de recevoir une partie de la valeur préservée et obtenue grâce à une transaction de vente ou de restructuration.[8]

Les différends transactionnels sont asservis au temps. En effet, il s'agit de différends en « temps réel », dans le sens où, dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, la préservation ou l'obtention de la valeur par l'entremise d'un plan d'arrangement ou de la vente de l'entreprise dépend de la résolution rapide des différends transactionnels. Par exemple, la possibilité pour l'entreprise de transférer un contrat essentiel à l'acheteur d'une entreprise en exploitation doit être établie avant la réalisation de la cession de l'entreprise.

Les différends transactionnels sont également étroitement liés aux relations, puisqu'ils impliquent fréquemment des parties intéressées de l'entreprise, dont des employés, des propriétaires, des détenteurs de licence, des partenaires dans une coentreprise et d'autres parties entretenant des relations continues avec l'entreprise.

Les différends quant au droit sont souvent moins affectés par le temps et les relations. À moins que la réclamation contestée, si elle est acceptée comme telle, ne puisse octroyer au créancier un droit de veto pour tout plan d'arrangement, les différends quant au droit peuvent être résolus dans le cadre du traitement des réclamations. Dans de nombreux cas, les différends quant au droit peuvent finalement être résolus après la conclusion de la vente ou la mise en œuvre du plan. Une distribution partielle peut souvent être réalisée pour les réclamations autorisées, alors que des réserves peuvent être conservées au profit des réclamations contestées, en attente d'une décision.[9]

Bien que les différends quant au droit soient moins asservis à la rapidité d'action, ils doivent tous être réglés avant que la valeur préservée ou obtenue grâce à la restructuration ne soit entièrement distribuée aux parties intéressées. Une distribution équitable en fonction des réclamations légitimes en ce qui a trait au droit est également essentielle aux procédures liées à l'insolvabilité. Par conséquent, l'efficacité de la résolution des différends quant au droit est un facteur essentiel en vue du règlement de chaque affaire. Une restructuration réussie ne sera que peu profitable aux créanciers si la valeur obtenue ne peut leur être distribuée, ou est engloutie par les coûts du traitement des réclamations.

(A) RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS TRANSACTIONNELS

Les modifications de 2009 apportées aux lois en matière d'insolvabilité[10] ont contribué à l'amélioration du rôle décisionnel des tribunaux dans le cadre de la résolution des différends transactionnels, et ce, de plusieurs façons. En raison de ces modifications, le financement provisoire ne peut être approuvé, excepté si un préavis a été donné à tous les créanciers garantis qui seront vraisemblablement touchés par l'ordonnance.[11] Il est impossible de résilier un contrat sans la tenue d'une procédure statutaire qui accorde aux parties ayant conclu le contrat avec le débiteur le droit de demander une intervention judiciaire pour préserver leurs droits contractuels.[12] Aucune vente d'actifs hors du cours normal des activités de l'entreprise, comme la vente de l'entreprise en exploitation, ne peut être réalisée sans l'approbation préalable du tribunal.[13]

Les modifications de 2009 ont également contribué à améliorer le rôle d'adjoint du tribunal accordé au contrôleur dans le cadre du règlement des différends transactionnels. En effet, les versions révisées des lois exigent que l'opinion du contrôleur soit expressément comptée parmi les facteurs à prendre en considération dans le cadre du règlement des différends transactionnels. Dans le cas du financement provisoire, le tribunal doit tenir compte de tout rapport du contrôleur lié au flux de trésorerie du débiteur.[14] De plus, un tribunal qui doit statuer quant à l'approbation ou au refus du transfert de droits contractuels doit s'informer si la cession avait été approuvée par le contrôleur.[15] En outre, un tribunal ne peut approuver la vente d'actifs d'une entreprise hors du cours normal de ses activités sans avoir vérifié si le contrôleur avait approuvé le processus de vente.[16]

Ces modifications n'ont pas changé les rôles essentiels du tribunal et du contrôleur au sein du processus de restructuration. Le rôle législatif du tribunal est décisionnel de par sa nature même. Grâce au sursis d'instance, les lois sur l'insolvabilité offrent au débiteur l'occasion de négocier les modalités de la restructuration. Cette occasion ne peut être accordée que par l'ordonnance d'un tribunal,[17] c'est-à-dire seulement par voie judiciaire. Le tribunal est entièrement libre de suspendre une ordonnance et de résoudre les différends transactionnels par l'intermédiaire de procédures officielles liées à l'insolvabilité. Néanmoins, le tribunal doit prendre soin d'exercer ce pouvoir selon les pratiques judiciaires en étudiant tous les facteurs qu'il doit prendre en considération en vertu de la loi ou de précédents. En outre, la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* requiert expressément que le tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur les rapports et recommandations du contrôleur.

Bien que les lois sur l'insolvabilité procurent aux tribunaux les outils nécessaires pour régler les différends transactionnels, l'exercice de ces pouvoirs est coûteux, source de conflits, chronophage et susceptible d'être porté en appel. Tout comme les juges Houlden et Farley, les juges expérimentés œuvrant dans le domaine commercial comprennent que la mise en application des pouvoirs des tribunaux dans la résolution des questions transactionnelles fait peser sur l'entreprise de lourdes charges qui entravent l'objectif de tout le processus, soit la restructuration. Ils sont tout à fait conscients que, dans chaque cas, le règlement par négociation d'un différend transactionnel est préférable au

economical
SÉLECT[MD]
votre avantage de groupe[MC]

ASSURANCE AUTOMOBILE
ET HABITATION DE GROUPE

CONCOURS SÉLECT

Un seul appel et VOUS pourriez vous retrouver AU VOLANT d'un nouveau véhicule!

Exclusivement réservé aux membres de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada.

Découvrez les économies que vous pourriez réaliser en matière d'assurance habitation et automobile de qualité et courez la chance de gagner l'un des six véhicules neufs ou une carte d'essence de 100 $.

Les prix peuvent différer de l'illustration.

Pour les détails du concours, consultez le site **selectsweepstakes.com/fr**.

Téléphonez dès aujourd'hui pour obtenir une soumission et courir la chance de gagner.

1 888 542-4811

Offert par : StoneRidge Insurance Brokers

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

La marque Economical comprend les compagnies d'assurance de dommages suivantes : Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance; Perth, Compagnie d'Assurance; Waterloo, Compagnie d'Assurance; La compagnie d'assurance Missisquoi et La Fédération Compagnie d'Assurances du Canada. Economical Sélect[MD] est souscrit par Waterloo, Compagnie d'Assurance. En raison des programmes d'assurance gouvernementaux, Economical Sélect n'offre pas d'assurance automobile en Colombie-Britannique, en Saskatchewan ou au Manitoba. Economical Sélect n'offre pas d'assurance à Terre-Neuve-et-Labrador, dans les Territoires du Nord-Ouest, au Nunavut ou au Yukon. L'entente entre Economical Sélect et le représentant de votre groupe peut être résiliée selon ses conditions. À la suite de la résiliation de cette entente, Economical Sélect continuera d'offrir le programme aux titulaires de polices existants jusqu'à leurs dates de renouvellement respectives. Aucun achat nécessaire. Le concours débute le 1er avril 2015 à minuit une HE et se termine le 31 mars 2016 à 23 h 59 HE (la date de clôture de certains prix étant plus tôt). S'adresse aux membres de groupes admissibles qui sont des résidents autorisés du Canada d'âge majeur dans la province/le territoire où ils habitent au moment de leur participation. Limite d'une participation et d'un Grand prix par personne. Consultez la politique de confidentialité du commanditaire à l'adresse : economicalinsurance.com/confidentialite. ©2015 Assurance Economical. Tous droits réservés. Toute propriété intellectuelle, y compris, mais non de façon limitative, Economical[MD] ainsi que les marques de commerce, les noms et les logos associés sont la propriété d'Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance ou de ses filiales ou de ses autres sociétés affiliées et sont enregistrés ou utilisés au Canada.

règlement par le tribunal.

(B) RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS QUANT AU DROIT

Pour résoudre les différends quant au droit, les tribunaux utilisent des mécanismes bien établis en vertu desquels leurs pouvoirs décisionnels sont délégués à des préposés aux réclamations. La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* prévoit des méthodes de traitement des réclamations, qui sont mises en œuvre automatiquement pour établir la validité des créances non garanties[18] ou à la demande du syndic de faillite pour l'analyse des créances garanties.[19] Les ordonnances visant les réclamations sont généralement rendues dans le cadre de procédures engagées en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, qui exigent que les créanciers prouvent le bien-fondé de leurs réclamations. En vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, le syndic de faillite examine les preuves de créance produites[20] et tout rejet de créance peut faire l'objet d'un avis d'appel déposé au registraire.[21] Dans le cadre des procédures engagées en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, les préposés aux réclamations se voient, en règle générale, accorder de vastes pouvoirs discrétionnaires d'ordre procédural pour ce qui est du règlement des réclamations rejetées par le contrôleur ou contestées par le débiteur. Les décisions du registraire ou du préposé aux réclamations peuvent faire l'objet d'un d'appel adressé au juge superviseur.[22]

Tout comme pour les différends transactionnels, les rôles du contrôleur, du tribunal et du préposé aux réclamations sont de nature décisionnelle. Au premier palier de décision, le contrôleur approuve ou rejette les réclamations en tout ou en partie. Le préposé aux réclamations se prononce sur les réclamations rejetées lorsque le créancier s'oppose à la décision. Le tribunal instruit les appels des décisions du préposé aux réclamations.

Les différends quant au droit peuvent perturber la restructuration et nuire à la conclusion de la transaction de revitalisation de l'entreprise si les droits contestés sont essentiels à l'entreprise ou à l'approbation de la vente ou du plan d'arrangement. Par exemple, si la créance ou la priorité de la créance d'un créancier garanti est au centre d'un différend, il pourrait être impossible d'évaluer l'équité d'un plan d'arrangement ou d'établir la classification appropriée des créanciers au profit du vote sur le plan d'arrangement.

Comme il a déjà été mentionné, bien que les lois et pratiques en matière d'insolvabilité procurent aux tribunaux les outils décisionnels nécessaires pour traiter les différends cruciaux quant au droit, l'exercice de ces pouvoirs est coûteux, source de conflits, chronophage et susceptible d'être porté en appel. En outre, même s'il n'est pas nécessaire qu'une réclamation soit réglée avant la réalisation de la transaction de revitalisation, il est tout de même essentiel que toutes les réclamations soient traitées de façon efficace et équitable avant que la pleine valeur obtenue grâce à la restructuration ne puisse être distribuée entre les parties intéressées de l'entreprise. Par conséquent, pour une question d'efficacité, le règlement par négociation des différends quant au droit est souvent préférable à un règlement judiciaire.

3. LA GESTION DES CAUSES – UN CONTEXTE QUI LAISSE PLACE À LA NÉGOCIATION

Lorsque le rôle commercial a été créé en Ontario en 1991, l'un de ses principaux objectifs était de favoriser la continuité dans la supervision des procédures de restructuration et d'agir à titre de tribunal « régulier ».[23] À ce moment, cette initiative prévoyait la nomination d'un juge superviseur chargé d'assurer le suivi des procédures de restructuration et de l'obligation des parties et de leur avocat de mettre en pratique ce que le rôle commercial appelle « les trois C » de la pratique : la communication, la coopération quant aux questions et procédures et le sens commun.

En enrichissant les fonctions décisionnelles du tribunal, les modifications de 2009 ont donné lieu à une gestion plus officielle des affaires de restructuration portées devant le rôle commercial.[24] Grâce au recours à la gestion des causes et à des conférences sur le sujet, tout particulièrement avec la participation du contrôleur, le tribunal peut dresser des échéanciers visant le règlement efficace et rapide des différends transactionnels et des différends cruciaux quant au droit qui doivent être résolus avant que l'entreprise puisse mettre un terme à la procédure de restructuration soit par l'intermédiaire d'un plan d'arrangement, soit par la vente de l'entreprise en exploitation.

Comme c'est le cas depuis les jours glorieux des juges Houlden et Farley, l'établissement d'un échéancier (ou son report) pour le règlement des importants différends transactionnels et différends quant au droit est lié à l'établissement d'un échéancier connexe pour la résolution des différends par l'entremise de la négociation. Grâce à la gestion des causes, le tribunal peut orienter le contexte dans le cadre duquel les différends seront résolus. Par exemple, le tribunal peut reporter l'audience d'une affaire portant sur un différend quant au droit à créance d'un créancier non garanti jusqu'après la conclusion de la procédure de vente s'il semble que la valeur de l'entreprise peut être inférieure au montant de la créance garantie. Ou alors, le tribunal peut devancer la tenue d'une audience portant sur un différend quant au droit du débiteur de résilier un contrat si cette résiliation est essentielle à la restructuration.[25] La résolution précoce des différends transactionnels cruciaux permettra au débiteur de choisir un plan d'action pour la restructuration qui assurera la préservation de l'entreprise et procurera les avantages maximaux à ses parties intéressées légitimes.

La gestion des causes permet au tribunal exerçant le contrôle de repousser la résolution des enjeux cruciaux selon une progression logique en fonction des objectifs généraux du processus de restructuration. Parallèlement, l'échéancier du règlement met l'accent sur les efforts déployés par le débiteur en vue de la résolution consensuelle des mêmes enjeux de restructuration cruciaux, selon la même progression logique. Voilà pourquoi la Directive de pratique concernant le rôle commercial exige expressément le recours à des mécanismes de prévention et de règlement des différends comme la médiation.[26]

4. LA MÉDIATION EN TANT QU'OUTIL DE RESTRUCTURATION

La médiation des importants différends transactionnels et différends quant au droit a contribué, dans plusieurs cas, à la réussite des processus de restructuration. Dans la cause d'Air Canada, la médiation des différends opposant la société à ses syndicats, assurée par le juge Winkler (qui portait alors ce titre), a constitué une étape importante dans la réalisation de la restructuration. Dans le cadre de l'affaire Canwest, la nomination du juge Winkler, juge en chef à cette époque, en tant que médiateur des différends entre Canwest et Goldman Sachs, son actionnaire associé au sein de l'entreprise de télévision spécialisée exploitée par Canwest, a rendu possible la transaction de restructuration subséquente conclue avec Shaw Communications. Dans les deux cas, le traitement devant le tribunal des principales questions au cœur du différend[27] (y compris les inévitables procédures d'appel) aurait prolongé et compliqué les procédures déjà complexes liées à l'insolvabilité, en plus de mettre en péril l'entreprise et toute transaction de revitalisation possible.[28]

Tel que démontré dans ces affaires, la médiation convient tout particulièrement à la résolution des problèmes soulevés dans le cadre des différends transactionnels. Contrairement au litige, la médiation vise à faciliter la conclusion d'un concordat. C'est pourquoi la médiation est la méthode tout in-

diquée pour aider les parties hostiles à accepter l'abandon des bagarres stratégiques devant les tribunaux au profit d'une approche créatrice de concessions mutuelles nécessaire à la conclusion d'un *concordat*, ou encore à ne pas entraver la réorganisation de l'entreprise, mais plutôt à y contribuer grâce à une transaction de revitalisation.

Les juges ont pris conscience des limites du recours aux tribunaux pour ce qui est de la résolution des différends au sein du processus d'élaboration de consensus, et des avantages potentiels de la médiation comme solution de rechange. Dans certains cas, les tribunaux ont ordonné aux parties concernées de participer à la médiation. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une solution idéale, même les médiations ordonnées par un tribunal ont permis d'accélérer la résolution de plusieurs affaires de restructuration canadiennes, comme celles d'Air Canada et de CanWest Global. Malheureusement, la médiation n'a pas permis de résoudre les différends quant au droit qui ont empêché la distribution du produit de la vente des diverses entreprises de Nortel.[29]

Dans d'autres cas, les tribunaux ont réussi à introduire la médiation au sein d'affaires de restructuration, en guise d'outil pour régler les différends transactionnels ou les différends quant au droit, et ce, en faisant appel à leur pouvoir de supervision dans la gestion de la cause[30] ou grâce à l'insistance des juges[31]. Au lieu de garder les parties captives dans une salle virtuelle jusqu'à ce qu'elles en arrivent à un consensus, et ce, en refusant de rendre une décision dans les cas de différends perturbateurs, les tribunaux encouragent la résolution des problèmes complexes grâce à la négociation en faisant la promotion de la médiation dans le cadre du processus de négociation.

Ni la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ni la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* n'exigent expressément le recours à la médiation dans les cas d'insolvabilité commerciale. Il n'existe aucun modèle d'ordonnance ou de directive pour intégrer la médiation dans les ordonnances initiales ou les ordonnances visant les réclamations. En outre, bien que ces lois n'exigent pas officiellement le recours à la médiation, elles n'empêchent pas non plus le débiteur et les parties intéressées de conclure une entente visant la médiation de leur différend. Puisque la médiation volontaire n'est en rien une procédure, ni une ordonnance initiale rendue en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, ni le dépôt d'une proposition en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* n'interdit aux parties concernées par une procédure de restructuration relevant de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ou de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* d'inviter le débiteur à des négociations en vue du règlement d'un différend transactionnel ou d'un différend quant au droit aux termes d'une entente de médiation.

Dans le cadre des procédures de restructuration, le format de la médiation imposée par le tribunal suit généralement les règles provinciales de procédure civile. Par exemple, au Manitoba, la médiation avec assistance judiciaire (juge en exercice désigné comme médiateur) est offerte dans le cadre de toutes les affaires civiles, notamment les affaires de restructuration déposées au Manitoba en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.* Dans d'autres provinces, aux termes de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, les tribunaux ont nommé des juges en exercice (le juge Winkler dans les causes Air Canada, CanWest et Nortel, par exemple)[32] et peuvent nommer ou favoriser la nomination de personnes qui ne sont pas de la profession (George Adams dans l'affaire Stelco, par exemple). Si un juge en exercice est nommé, les modalités de la médiation seront établies par ordonnance du tribunal. Si le médiateur n'est pas un juge en exercice, les modalités de son mandat seront établies dans le cadre d'une entente ou d'une ordonnance établie avec le consentement du médiateur.

5. LA *LOI SUR LA MÉDIATION COMMERCIALE*

Si les modalités de la médiation ne sont pas expressément établies aux termes d'une ordonnance, le format d'une entente de médiation, dans le cadre des procédures de restructuration, respecte également les lois ou conventions territoriales et provinciales. En Ontario, dans le cadre d'une entente de médiation visant un plan conclue en vertu des lois sur la médiation commerciale,[33] un débiteur peut inviter ses créanciers à participer à des discussions visant le règlement d'un différend transactionnel ou d'un différend quant au droit, en présence d'un médiateur. Cette invitation et les renseignements transmis aux créanciers dans ce contexte sont irrecevables devant le tribunal, que l'invitation soit acceptée ou non. Si une telle invitation est acceptée, les conditions de la nomination du médiateur, de même que la portée et les modalités de la médiation, seront établies dans une entente de médiation visant un plan, qui est également irrecevable devant le tribunal.

La *Loi sur la médiation commerciale* vise à inciter le recours à la médiation pour régler des différends commerciaux, et a été adoptée en Ontario en vue de mettre en œuvre la *Loi type sur l'arbitrage commercial international* de la CNUDCI.[34] La *Loi sur la médiation commerciale* permet au débiteur ou à l'un de ses créanciers d'inviter les autres parties à participer à des négociations, en présence d'un médiateur, sans créer de dossier qui pourrait être accepté comme élément de preuve dans le cadre de tout processus juridique ultérieur. L'invitation à la médiation pour tout différend commercial, l'empressement ou le refus des parties à participer à la médiation et tout renseignement échangé même avant la signature d'une entente de médiation ne sont pas considérés comme recevables ou valides dans le cadre de toute action en justice.[35] Si les parties acceptent d'établir en médiation des modifications à leur entente contractuelle ou autre entente commerciale, l'entente de médiation, tous les documents présentés et les déclarations et propositions faites dans le cadre de la médiation, ainsi que le fait qu'une partie ou le médiateur ait mis fin à la médiation constituent des éléments ou renseignements confidentiels considérés comme irrecevables dans le cadre de toute action en justice.[36]

La protection de toute invitation à la médiation pour un différend commercial offerte en vertu de la *Loi sur la médiation commerciale* est conforme aux principes qui appuient le privilège à l'égard du règlement reconnu en common law.[37] Il est permis de penser que les dispositions de la *Loi sur la médiation commerciale* pourraient être mises en application de façon plus générale, puisque le destinataire d'une invitation à participer à une médiation visant un plan pourrait ne pas envisager d'avoir recours aux tribunaux.[38]

En vertu de la *Loi sur la médiation commerciale*, la compilation, le passage en revue et l'analyse des renseignements financiers essentiels sur les affaires de l'entreprise du débiteur doivent être prévus et favorisés dans le cadre des ententes de médiation associées à des différends transactionnels. Cela peut être rendu possible grâce à la création d'une salle d'information confidentielle et virtuelle. Les renseignements contenus dans une telle salle d'information, s'ils sont rendus accessibles aux parties visées par l'entente de médiation, peuvent également être protégés par privilège et, par conséquent, être considérés comme irrecevables dans le cadre d'une action en justice sans l'accord du débiteur. Aux premiers stades des négociations d'un plan ou d'une convention d'achat, la communication confidentielle de renseignements peut favoriser l'examen de solutions d'affaires créatives en ce qui a trait aux différends transactionnels qui sont au cœur du processus de restructuration.

En vertu d'ententes de médiation multipartites, les renseignements seront transmis entre tous les par-

IAMC 2016 : CONFÉRENCE NATIONALE ANNUELLE

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

12 AU 14 OCTOBRE 2016, TORONTO

Tous les automnes, l'IAMC présente son assemblée générale et sa conférence nationale annuelle qui se tiennent sur deux journées pleines consacrées à l'apprentissage intensif; pendant cette période ont lieu plus de 40 séances stimulantes portant sur des domaines de spécialité comme le commerce, la médiation, la famille, le milieu de travail et d'autres intérêts particuliers. Les présentations touchent des thèmes et questions qui sont d'intérêt au Canada comme à l'étranger, et les principaux discours sont donnés par des sommités du domaine.

Cet événement est de loin la meilleure tribune de réseautage avec d'éventuels clients et des sources de référencement. Développez des relations stratégiques qui vous aideront dès maintenant et dans le futur.

Notre conférence vous permettra de vous positionner et d'établir des relations avec des chefs de fil nationaux et internationaux de l'industrie incluant des conseillers, des arbitres, des médiateurs, des avocats et des consommateurs sophistiqués de services d'arbitrage et de médiation.

Marquez vos calendriers et réservez les dates **12 au 14 octobre 2016, Ritz-Carlton Toronto!**

ATELIER PRÉ-CONFÉRENCE DE PLEINE JOURNÉE MERCREDI LE 12 OCTOBRE.

EN OUTRE, L'IAMC JOUE UN RÔLE CLÉ EN ACCUEILLANT LE VOLET CANADIEN DE LA IMI GLOBAL POUND CONFERENCE SERIES 2016-2017.

GLOBAL POUND CONFERENCE SERIES 2016-17

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

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

Débutant à Singapour et se terminant à Londres, la série GPC voit se rassembler à diverses destinations internationales toutes les parties intéressées dans le domaine du règlement des différends - des parties à des différends commerciaux, des chambres de commerce, des avocats, des universitaires, des juges, des arbitres, des médiateurs, des décideurs, des représentants gouvernementaux, entre autres. Un total de 36 villes de 26 pays sont déjà confirmées. Ces conférences vont favoriser des débats sur les techniques et les outils existants, stimuler l'émergence de nouvelles idées et générer des données exploitables sur ce dont les particuliers et entreprises qui font appel aux modes de prévention et de règlement des différends ont besoin et souhaitent avoir, à l'échelle locale comme à l'échelle internationale.

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

FAITES VOS PRÉPARATIFS! PENSEZ À ÊTRE COMMANDITAIRE!

ticipants et, immanquablement, chacun d'entre eux connaîtra non seulement les renseignements financiers de l'entreprise du débiteur, mais également les pertes et gains des autres participants découlant de la transaction de restructuration. En conséquence, le débiteur peut envisager d'entrer en négociation avec des parties séparées en vertu d'ententes de négociation distinctes, ce qui préservera l'aspect confidentiel des renseignements et évitera leur dévoilement complet dès le début de la préparation du plan. Bien entendu, l'entreprise du débiteur aura accès à tous les renseignements fournis dans le cadre des négociations, et pourra les utiliser pour formuler le plan de revitalisation de son entreprise. Cela doit être précisé dans chacune des ententes de médiation.[39]

6. LE RÔLE DU MÉDIATEUR

La nomination d'un médiateur est accompagnée d'une protection du secret et du privilège qui s'applique à toutes les discussions engagées avec le médiateur. Dans le cadre des médiations ordonnées par le tribunal, les protections nécessaires doivent figurer dans l'ordonnance. En Ontario, les avantages de la confidentialité et du privilège prévus par la *Loi sur la médiation commerciale* visent à protéger les participants aux négociations de règlement menées en présence d'un médiateur et mises en œuvre dans le cadre d'une entente de médiation. Dans le cadre de la *Loi sur la médiation commerciale*, une médiation est un « processus collaboratif dans le cadre duquel : a) d'une part, les parties à un différend commercial conviennent de demander à une personne neutre, appelée médiateur, de les aider dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable de leur différend; b) d'autre part, le médiateur ne peut imposer aux parties une solution au différend. »[40]

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

Le rôle du médiateur est fondamentalement différent de celui du juge ou du contrôleur. En effet, les lois en matière d'insolvabilité confèrent au juge et au contrôleur des responsabilités décisionnelles claires. Par définition, un juge est une personne qui a l'autorité nécessaire pour imposer des solutions aux parties. Si le débiteur demande au tribunal une ordonnance initiale, le juge doit accéder à sa demande ou la refuser après l'étude des éléments de preuve et exercer son pouvoir discrétionnaire. Le juge doit également approuver chaque étape essentielle du processus de restructuration. En dernier lieu, il incombe au juge d'approuver la transaction finale, qu'il s'agisse d'un plan d'arrangement ou de la vente de l'entreprise, en fonction des éléments de preuve fournis ainsi que de la mise en application des critères prévus par la loi et la common law[41].

Comme l'ont très clairement fait comprendre les modifications de 2009, le contrôleur a aussi un rôle à jouer dans le cadre du processus juridictionnel. Pour ce qui est des différends transactionnels, notamment la résiliation ou la cession de contrats, ou encore la vente d'une entreprise en exploitation, le contrôleur doit prêter assistance au tribunal en formulant des recommandations pour toute décision prise par la cour. De telles décisions sont prises uniquement suivant l'examen des éléments de preuve présentés par le débiteur et des recommandations établies par le contrôleur. Ces recommandations font partie intégrante des éléments de preuve dans le cadre du règlement judiciaire de tout différend transactionnel. Pour ce qui est des différends quant au droit, le contrôleur est chargé d'évaluer les réclamations et de juger de leur bien-fondé. C'est donc le contrôleur qui accepte ou rejette les réclamations en tout ou en partie, ce qui constitue clairement une fonction décisionnelle.

Tel qu'établi dans la *Loi sur la médiation commerciale,* un médiateur ne peut pas rendre de décision dans le cadre des différends en médiation. En outre, l'efficacité du processus de médiation dépend de la confidentialité et du caractère privilégié des communications entre le médiateur et chacune des parties. Bien que le tribunal et le contrôleur puissent se révéler extrêmement utiles pour encourager la négociation et le règlement des questions délicates dans le cadre du processus de restructuration, rien de ce qui est dit devant un juge chargé de régler judiciairement un différend, ou à un contrôleur devant formuler des recommandations à l'égard de solutions fixées par la cour, n'est réellement confidentiel ou sans préjudice. La nomination d'un médiateur par le tribunal ou les parties peut catalyser les négociations entre les parties à un différend. Contrairement au juge ou au contrôleur, le médiateur peut faciliter la recherche d'une solution négociée en participant directement aux discussions confidentielles et sans préjudice nécessaires à une négociation efficace.

Le choix d'un médiateur approprié est crucial en vue d'obtenir un résultat satisfaisant. En effet, les compétences en médiation sont différentes de celles auxquelles les juges font appel pour rendre des décisions. Dans le cadre des différends quant au droit, par exemple en ce qui a trait au montant approprié de la créance litigieuse d'un créancier, un médiateur qui connaît le domaine juridique constitue un choix sensé puisque les parties concernées doivent être persuadées que le médiateur comprend leur cause ainsi que les forces et faiblesses en jeu sur le plan juridique et le plan de la preuve. Toutefois, dans les affaires de restructuration, de nombreux différends transactionnels fortement contestés mettent en jeu des questions présentant un risque commercial qui, lorsque soumises au juge superviseur, obligent ce dernier à exercer son pouvoir discrétionnaire. Si elles décident de régler un tel différend grâce à la médiation, les parties doivent opter pour un médiateur qui comprend les questions commerciales en jeu, puisque la meilleure solution sera un concordat qui se justifie auprès des parties sur le plan commercial. Dans de tels cas, un avocat ou encore un homme ou une femme d'affaires qui a reçu une formation en médiation peut se révéler plus habile à mettre en œuvre le processus de navette diplomatique qui peut aider les parties à résoudre des différends transactionnels cruciaux.

Contrairement aux juges et aux contrôleurs, les médiateurs ne font pas partie du processus décisionnel. À l'inverse du contrôleur, le médiateur ne formulera jamais, à l'intention du tribunal, de recommandations à l'égard de redressements importants. Le médiateur ne peut rien divulguer de ce qui lui a été confié dans le cadre du processus de médiation sans le consentement des participants. Grâce à la protection offerte par le caractère confidentiel et privilégié du processus, les parties peuvent discuter avec le médiateur des problèmes qui feront l'objet des négociations sans craindre que leurs propos ne soient divulgués au contrôleur ou au tribunal. Cet aspect confidentiel et privilégié permet au médiateur de gagner la confiance de chaque participant, ce qui est une condition indispensable à toute médiation réussie.[42]

C'est au médiateur de décider du format de la médiation. Les médiateurs formés se montrent enclins à suivre un modèle.[43] Les dirigeants de chaque partie intéressée doivent participer, tout particulièrement lors de la médiation d'un différend transac-

tionnel. Souvent, le processus débute par une séance plénière réunissant toutes les parties concernées par le différend. Au cours de cette séance, présidée par le médiateur, chaque partie a l'occasion de présenter sa position initiale aux autres participants. L'étape suivante de la médiation implique généralement la division des parties en groupes d'intérêts semblables en vue de l'amorce de discussions bilatérales confidentielles et sans préjudice avec le médiateur.

La clé d'une médiation réussie est la « navette diplomatique » assurée par le médiateur. Ce dernier ne peut divulguer aux autres parties aucun des renseignements qui lui sont confiés lors des discussions sans le consentement des parties concernées. Néanmoins, les renseignements secrets détenus par le médiateur contribuent à élargir les discussions engagées avec chacune des parties à l'égard des options possibles, leur permettant ainsi de trouver un terrain d'entente pour résoudre le différend. Cela se révèle particulièrement important lors de la négociation de solutions pour un différend transactionnel, puisque les conflits entraînés par le différend nuisent à la discussion directe qui pourrait être nécessaire pour trouver des solutions créatives ou qui sortent des sentiers battus. La créativité est plus encline à se manifester lors de discussions menées en présence d'un médiateur neutre, mais bien renseigné.

Une seule séance de médiation pourrait ne pas être suffisante pour régler un différend transactionnel. En effet, ce n'est parfois que grâce à un processus itératif que l'on arrive à obtenir un consensus entre les parties à propos des principaux éléments d'une relation continue, ce qui est essentiel à la restructuration de l'entreprise, puisque les concessions nécessaires à la conclusion d'une entente avec une partie peuvent exiger des concessions de la part d'une autre partie. Le premier niveau de consensus doit être obtenu avec les participants essentiels à la poursuite des activités, comme le promoteur qui fournira à l'entreprise les capitaux qui lui seront nécessaires pour se tirer d'affaire. Le second niveau pourrait consister à rallier les contreparties de contrats importants comme un contrat de licence. Ce processus peut se poursuivre jusqu'à l'établissement d'une entente ou d'un plan de restructuration, ce qui peut souvent prendre plusieurs mois.

Dans les affaires d'insolvabilité, les négociations entourant un différend transactionnel diffèrent de celles associées à un différend quant au droit étant donné que, dans le cadre du premier, les moyens sont souvent plus importants que les droits reconnus par la loi. Au contraire, les droits reconnus par la loi prédominent dans la résolution des différends quant au droit. Ces derniers peuvent être jugés ou réglés comme des différends commerciaux puisqu'ils sont souvent résolus autrement que par l'entremise de procédures liées à l'insolvabilité.

Les différends transactionnels, quant à eux, doivent être réglés dans le cadre d'un plan de restructuration ou de la vente de l'entreprise en exploitation. Le processus d'élaboration du plan met en jeu la réunion de plusieurs composants et dépend de la résolution de tous les différends transactionnels d'importance. Le consentement ou le refus du fournisseur de chaque composant peut appuyer ou contrecarrer le plan et, en conséquence, le plan ou la vente ne pourra se concrétiser que lorsque toutes les parties les plus importantes seront suffisamment motivées pour s'engager à offrir leur contribution.

Comme la réussite de la restructuration dépend de l'obtention d'un consensus parmi les participants clés, chacun de ces participants a le pouvoir d'influencer le processus. C'est pourquoi, dans les cas d'insolvabilité, le moment et l'ordre dans lequel les choses se produisent sont si importants lors des négociations entourant un différend transactionnel. Le fait de mener la médiation afférente à un différend transactionnel de manière coordonnée peut contribuer à encourager les participants à accepter un consensus et à éviter ou limiter l'effet néfaste que peuvent avoir plusieurs négociations bilatérales sur le débiteur.

Les différends transactionnels sont souvent synonymes d'une poursuite des relations entre le débiteur et les autres parties au différend, et sont par conséquent associés à une analyse des risques commerciaux et juridiques. Ainsi, puisque les différends transactionnels mettent en cause des relations, la monnaie d'échange associée aux négociations diffère souvent de celle offerte dans le cadre des négociations entourant un différend quant au droit. Régler un différend quant au droit en revient à négocier le montant réclamé. Souvent, le règlement d'un différend transactionnel engage l'échange, au fil du temps, de valeur sous différentes formes, et ouvre la porte à des solutions créatives. La médiation permet de concevoir plus efficacement de telles solutions par l'intermédiaire de discussions confidentielles et du processus de navette diplomatique.

La médiation d'un différend quant au droit peut aisément être intégrée à une ordonnance visant les réclamations, soit par la nomination d'un médiateur pour une réclamation distincte, soit par l'attribution d'un pouvoir de médiation au préposé aux réclamations si plus d'un préposé est nommé pour le traitement des réclamations. Dans les deux cas, le préposé qui assurera la médiation d'un différend quant au droit ne pourra être le préposé aux réclamations appelé à se prononcer sur la réclamation si le différend n'est pas résolu.

Bien que la nomination d'un médiateur pour une réclamation distincte puisse être intégrée à l'ordonnance par le tribunal exerçant le contrôle, les réclamations relatives au droit peuvent faire l'objet d'une médiation grâce à la conclusion d'une entente entre le demandeur et le débiteur, avec la participation du contrôleur. Si le débiteur et le créancier arrivent à négocier un règlement avec le concours d'un médiateur et que le contrôleur accepte ce règlement, celui-ci pourra être mis en œuvre par l'entremise de la révision de l'avis de rejet du contrôleur ou par le retrait d'une partie de la réclamation, dont le montant moindre sera accepté par le contrôleur.

7. PARVENIR À UNE TRANSACTION DE REVITALISATION ET DISTRIBUER LA VALEUR

La phase finale de tout processus de restructuration est une transaction qui redresse la situation de l'entreprise en lui conférant une position prometteuse plutôt qu'une position litigieuse. Dans le cadre de procédures officielles liées à l'insolvabilité, il est possible d'atteindre un résultat où l'entreprise demeure en exploitation à la faveur de la conclusion d'un concordat avec les créanciers, rendu possible grâce à un plan de concordat ou d'arrangement, ou encore à la vente de l'entreprise en exploitation, et ce, avec l'approbation du tribunal et l'émission d'une ordonnance d'attribution.

La médiation de différends transactionnels clés grâce à une ordonnance du tribunal ou à une entente de médiation peut contribuer à la mise en place d'une structure et d'un échéancier favorables aux négociations, qui constituent un complément idéal pour la gestion de cause liée à un processus de restructuration. En faisant la promotion de la médiation, ou encore en la recommandant ou en l'ordonnant en vue de venir en aide aux parties intéressées d'une entreprise en difficulté, le tribunal peut activement favoriser la résolution des différends transactionnels et des différends quant au droit, et ce, afin d'éviter les obstacles qui entravent une transaction de revitalisation.

Une médiation consensuelle peut stimuler l'engagement des participants envers un processus de collaboration visant à trouver une solution aux problèmes liés aux affaires du débiteur. Une entente de médiation peut être particulière à la résolution de différends individuels, comme la répudiation d'un

contrat, ou encore, si elle est conclue entre les parties intéressées à la restructuration, peut s'appliquer à l'élaboration du plan en lui-même. Dans l'un ou l'autre de ces cas, une entente de médiation peut favoriser l'efficacité du processus de restructuration en permettant au débiteur et aux parties concernées de mettre l'accent sur les vrais problèmes qui font obstacle à la progression de la situation et en évitant les altercations qui ne mènent à rien ou pour lesquelles la victoire est trop coûteuse.

Puisque la médiation est destinée à aider les parties à en arriver à un consensus, elle convient parfaitement à l'objectif de restructuration qui consiste à permettre aux gens d'affaires de trouver des solutions aux problèmes juridiques et aux problèmes commerciaux soulevés par l'insolvabilité. Chaque affaire d'insolvabilité correctement réglée se termine par une entente qui préserve l'entreprise et permet par le fait même la sauvegarde et la création des relations d'affaires constructives nécessaires au succès futur de l'entreprise, qui constitue en fin de compte l'objectif ultime du processus de restructuration. La distribution équitable et efficiente, entre les parties intéressées sur le plan financier, de la valeur obtenue ou préservée grâce à la restructuration revêt également beaucoup d'importance.

Dans le cadre des processus de restructuration, le recours aux tribunaux, tout particulièrement pour les différends transactionnels, braque les parties intéressées, anéantit les relations et dissout les ressources de l'entreprise débitrice. Aucune restructuration ne peut bien se terminer devant un tribunal. Comme pour toute autre solution d'affaires, seule la négociation peut assurer le succès d'un plan ou d'une vente visant à préserver une entreprise et à la placer dans une position qui lui assure un avenir prometteur. Ce n'est pas une tâche facile que de forger le consensus nécessaire à cette réussite, et la médiation se révèle indispensable en ce sens.

1 Après avoir exercé pendant plus de 30 ans le droit en matière d'insolvabilité dans un grand cabinet de droit commercial, Kevin McElcheran a ouvert son propre bureau afin de pouvoir se consacrer à la mise en œuvre de processus de prévention et de règlement des différends dans le contexte de la restructuration commerciale. Merci à Pamela Huff pour ses commentaires, qui ont été très précieux pour la rédaction de cet article.

2 *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. (1985), ch. C-36; art. 11; *Loi sur la faillite et l'insolvabilité,* L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 50.

3 Jusqu'à sa retraite de la Cour d'appel de l'Ontario en 1998, le juge Lloyd Houlden a dû présider dans plusieurs cas importants d'insolvabilité et a été le juge président pour les affaires Bramalea, Eatons, Standard Trust et People's Jewelers.

4 Le juge Farley a été le premier juge superviseur au rôle commercial à Toronto. Il a présidé de nombreuses procédures de restructuration au cours de ses 18 années de magistrature, dont une première impliquant Campeau Corporation, en 1991, et une dernière mettant en cause Stelco, en 2006.

5 *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. (1985), ch. C-36, art. 11.

6 *Ibidem,* art. 36.

7 *Ibidem*, art. 6; *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 59.

8 Les différends quant au « droit » incluent de nombreux sous-ensembles, dont les différends liés aux préférences et d'autres différends liés aux dispositions de lutte contre la fraude contenues dans la législation locale sur l'insolvabilité.

9 Par exemple, le plan d'arrangement d'Arctic Glacier a prévu des réserves pour les réclamations contestées tout en permettant le paiement des créances acceptées et les distributions aux détenteurs de parts.

10 La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ont toutes deux fait l'objet de modifications et les versions révisées sont entrées en vigueur le 18 septembre 2009.

11 Note 5 *ci-dessus*, paragraphe 11.2.

12 *Ibidem*, art. 32.

13 *Ibidem*, paragraphe 36(1).

14 *Ibidem*, alinéa 11.2(4)(g).

15 *Ibidem*, paragraphe 11,3(3).

16 *Ibidem*, alinéa 36(3)(c).

17 En vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, le sursis est accordé dans le cadre d'une ordonnance initiale du tribunal (art.11.02). En vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, le sursis est automatique dès le dépôt d'un avis d'intention visant la soumission d'une proposition, mais vient à échéance 30 jours suivant ce dépôt, à moins qu'une prolongation soit accordée en vertu d'une ordonnance du tribunal.

18 *Loi sur la faillite et l'insolvabilité,* note 7 *ci-dessus*, art. 121-6.

19 *Ibidem*, art. 128-9.

20 *Ibidem*, art. 135.

21 *Ibidem*, paragraphe 135(4).

22 *Ibidem*, paragraphe 192(3) pour interjeter appel d'une décision du registraire en matière de faillite. Les ordonnances visant les créances octroient généralement le droit d'interjeter appel des décisions de l'agent de réclamation.

23 *Restructuring: The Justice James Farley Legacy*, (1er juin 2006), en ligne : Lexpert <http://stg.lexpert.ca/article/restructuring-the-justice-james-farley-legacy>.

24 *Directive de pratique concernant le rôle commercial*, partie XIII.

25 *Canwest Communications Corp., Re,* 18 O.S.C.B. 2105.

26 *Directive de pratique concernant le rôle commercial*, partie XVII.

27 Dans le cadre de la cause Air Canada, le principal enjeu juridique était de savoir si le débiteur pouvait répudier une convention collective en vertu de la version de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* précédant les modifications de 2009; dans le cas de l'affaire Canwest, l'enjeu était plutôt de savoir si une entente multipartite entre actionnaires pouvait être résiliée par l'une des parties et quels étaient les effets en cas de résiliation.

28 Ici, la médiation ne peut être relatée (l'auteur était avocat pour Goldman Sachs) en raison de la confidentialité qui est une composante essentielle de la médiation. En médiation, c'est toujours le résultat qui compte.

29 Des décisions concomitantes de la U.S. Bankruptcy Court et de la Cour supérieure de l'Ontario (rôle commercial) ont été rendues le 12 mai 2015. Des interjections d'appel sont prévues et le produit des ventes de Nortel n'a pas été distribué entre les créanciers.

30 Rapport du médiateur daté du 16 juillet 2014, déposé à l'appui d'une motion visant l'approbation d'un règlement. Consulter *Krys v. Montaque Capital Partners Ltd.*, 2014 ONSC 4949, 2014 CarswellOnt 11549 (Cour supérieure de l'Ontario).

31 Dans le cadre de la restructuration d'Arctic Glacier Income Fund, de nombreuses réclamations ont été réglées grâce à la médiation mise de l'avant par le juge Spivak, qui a supervisé la cause. Dans ce cas, la discussion concernant le recours à la médiation dans le cadre du processus a été ajoutée à la transcription de l'audience visant l'approbation de la réclamation de Desert Mountain. Consulter « Arctic Glacier Income Fund, Arctic Glacier Inc. and Subsidiaries » en ligne : <http://www.alvarezandmarsal.com>.

32 Bien qu'ils soient des juges en exercice, les juges nommés en qualité de médiateur ne peuvent rendre de décision dans le cadre des différends pour lesquels ils assurent la médiation.

33 *Loi sur la médiation commerciale*, *2010*, L.O. 2010, ch. 16. Une loi presque identique a été adoptée en Nouvelle-Écosse sous le nom de *Loi sur la médiation commerciale*, S.N.S. 2005, ch. 36. À bien des égards, les lois sur la médiation commerciale sont conformes aux principes de la common law et du code civil pour ce qui est du privilège à l'égard du règlement. Consulter *Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.,* 2014 CSC 35, 2014 SCC 35, 2014 CarswellQue 3600, 2014 CarswellQue 3601 (SCC).

34 L'alinéa 4(2)(b) de la *Loi sur la médiation commerciale*, *ibidem*, stipule qu'elle doit être interprétée à l'aide de la loi type de la CNUDCI; le paragraphe 4(3) exige que les médiateurs mettent en pratique les principes généraux qui sous-tendent la loi type pour régler toute question soulevée au cours de la médiation.

35 *Ibidem*, paragraphe 9(1)1.

36 *Ibidem*

37 J. Sopinka, S.N. Lederman et A.W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 4e éd.(Toronto : Butterworths, 2014). Les critères pour la mise en application du privilège à l'égard du règlement sont décrits comme suit :
a) Un différend doit faire l'objet d'une instance devant le tribunal ou le recours à un tribunal doit être envisagé.
b) La communication doit être faite avec l'intention expresse ou implicite de ne pas la divulguer au tribunal advenant que les négociations échouent.
c) L'objectif de la communication doit être d'essayer d'en arriver à un règlement.

38 Bien que les lois sur la médiation commerciale puissent s'appliquer lorsque ça n'est pas le cas du privilège à l'égard du règlement de la common law, l'entente de médiation peut élargir l'étendue des obligations en matière de confidentialité des parties concernées, de même que l'application du privilège aux termes de l'entente. Consulter Bombardier, supra, note 32 aux paragraphes 52 et 53.

39 L'article 8 de la *Loi sur la médiation commerciale* stipule que les parties doivent préserver la confidentialité des renseignements, mais ne limite pas expressément l'usage qu'elles peuvent en faire. Toutes les ententes de médiation visant un plan devraient renforcer l'obligation de confidentialité jusqu'à interdire l'utilisation des renseignements, excepté lors de médiations assujetties à des exceptions approuvées, et ce, afin de permettre au débiteur de participer de manière active à toutes les négociations menant à une transaction liée au plan, ainsi qu'à assurer efficacement leur coordination.

40 *Ibidem,* art. 3.

41 *Supra* note 5, article 36.

42 Pour une description complète des techniques et approches utilisées par un médiateur renommé, je recommande de consulter le manuel de G.W. Adams, *Mediating Justice: Legal Dispute Negotiations*, 2e éd (Toronto : CCH Canadian, 2011) à la page 207.

43 *Ibidem*

LA CO-MÉDIATION REPENSÉE

MARY SATTERFIELD, MÉD.A, ARB.A, ACCFM (ON)

Avocate à la retraite, médiatrice, arbitre et travailleuse sociale, anciennement engagée dans la formation en médiation et la supervision des stagiaires. Membre du comité de stage, du comité de mise en candidature et du comité d'agrément des médiateurs qualifiés de l'ADR Institute of Ontario, ainsi que du comité national de formation de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada.

INTRODUCTION

J'ai commencé à m'intéresser au rôle de la co-médiation alors que j'élaborais un programme de stages en partenariat avec mes collègues. Nous avons réfléchi à ce modèle dans le cadre du spectre de la résolution des différends : en quoi consiste-t-il et comment s'harmonise-t-il avec la médiation en elle-même? Un cadre de co-médiation suffirait-il à créer un stage convenable? Quelles sont ses caractéristiques essentielles? En quoi la co-médiation est-elle semblable ou différente de la médiation? Où est-elle mise en pratique et quels sont certains de ses résultats? Les questionnements et réflexions qui ont résulté nous ont permis de mieux comprendre et apprécier son rôle et sa valeur.

LA CO-MÉDIATION

La co-médiation se définit comme la coopération d'au moins deux (parfois plus) médiateurs dans le cadre d'une médiation (Simon et Kassam, et autres). Ce modèle de médiation a été adopté comme modèle de choix pour la médiation communautaire à l'échelle de l'Ontario par la Coalition de la Médiation Communautaire de l'Ontario (COMC), aux États-Unis (Friesen) et dans d'autres juridictions aussi diverses que le Royaume-Uni et l'Écosse (MacKay et Brown), l'Australie et la Malaisie (Honeyman, Goh et Kelly).

Dans chacune de ces juridictions, les mandats des médiateurs communautaires semblent varier. En Ontario, par exemple, un médiateur expérimenté (ou médiateur principal) et un deuxième médiateur de niveau intermédiaire, moins bien formé ou débutant, se voient attribuer un dossier (Friesen). La plupart sont des bénévoles, formés et supervisés par le personnel rémunéré. En Écosse, les différends sont attribués principalement en fonction des disponibilités des médiateurs, qui sont tous des bénévoles formés (MacKay et Brown), alors qu'en Australie, par exemple dans les situations associées à la protection de l'enfance, l'un des médiateurs sera lié à un clan ou un groupe aborigène, si les parents sont aborigènes, et le second sera un médiateur formé ou un intervenant en services d'aide sociale à l'enfance sans aucun lien avec la collectivité visée. La Malaisie a adopté un modèle différent, tout particulièrement pour ce qui est de résoudre des différends entre les citoyens d'origine chinoise.

Dans ce pays, au moins l'un des médiateurs est une figure d'autorité considérée comme possédant la sagesse et l'expérience nécessaires pour comprendre le différend. Le médiateur ne reçoit généralement aucune rémunération puisqu'une telle nomination est considérée comme un honneur. Dans chacune de ces juridictions, l'attribution des dossiers semble refléter les différences réelles entre les milieux, qu'il s'agisse de différences culturelles ou administratives.

L'étude de la littérature en la matière (consultez la bibliographie jointe) et mes réflexions personnelles basées sur plusieurs années de médiation privée me laissent à penser que la co-médiation est un modèle parfaitement viable, non seulement dans le cadre de la médiation communautaire, mais également lorsque des expertises variées sont souhaitables (Love et Stulberg; Rosengard), lorsque de nouveaux médiateurs sont formés (plusieurs auteurs), et plus particulièrement lorsqu'un équilibre culturel est essentiel (Honeyman, Goh et Kelly).

Dans les cas de la médiation dans le domaine familial ou successoral, il est fréquent que des co-médiateurs d'expertises différentes soient embauchés, par exemple un médiateur coordonnateur, un expert financier, un spécialiste en développement de l'enfant, un médiateur en relations familiales ou encore une personne possédant des connaissances spéciales sur le vieillissement ou la maladie. La co-médiation est également une méthode efficace pour former de nouveaux médiateurs. En Ontario, il s'agit de la technique adoptée pour favoriser le perfectionnement des médiateurs communautaires. Ailleurs, elle est fréquemment conseillée comme méthode de formation des nouveaux médiateurs. Rosengard recommande de privilégier la co-médiation pour former de nouveaux avocats-médiateurs (dont les services sont facturables) en vue d'augmenter leur efficacité et leur contribution économique au bureau d'avocats. Honeyman, Goh et Kelly, mais également Mason et Kassam présentent aussi un argument particulièrement solide, à savoir que la co-médiation peut permettre une médiation équilibrée sur le plan culturel, soit si l'un des médiateurs évolue dans le contexte culturel des parties et du différend, ou le comprend.

VOICI EN OUTRE UN EXEMPLE TIRÉ DE MA PROPRE EXPÉRIENCE :

Un différend d'origine matrimoniale faisait l'objet de débats. Le dossier m'avait été transféré par un jeune médiateur du Moyen-Orient, puisque les parties désiraient qu'une personne mûre, préférablement une femme, leur vienne en aide. La femme souhaitait être à l'aise sur le plan financier, mais préférait que leur fils adulte soit bénéficiaire de l'entreprise du mari, contrairement à ce que prévoit le partage courant des éléments d'actif. Le mari voulait être généreux, mais n'était pas d'accord avec les conditions de sa femme. Avec leur approbation, j'ai embauché un collègue du Moyen-Orient, expert du domaine financier, avec lequel j'avais souvent travaillé en co-médiation. Il a expliqué aux parties les diverses options qui s'offraient à elles. Le différend a rapidement été résolu selon les conditions de la femme, en grande partie parce que le co-médiateur comprenait les réserves du mari, et qu'il a ainsi été en mesure de lui présenter tous les avantages que cette option présentait pour lui, et de lui expliquer quel intérêt sa femme tirerait si leur fils était bénéficiaire, plutôt qu'elle-même.

AVANTAGES

La co-médiation présente de nombreux avantages. Des auteurs renommés du domaine, Love et Stulberg, sont reconnus par les autres auteurs comme étant ceux qui ont rédigé les lignes directrices sur les pratiques exemplaires en co-médiation.

Ils ont d'abord souligné que la co-médiation pou-

vait aussi bien favoriser qu'entraver l'efficacité du processus de médiation. Le processus et les résultats d'une médiation peuvent être largement améliorés et renforcés par le jumelage de médiateurs chevronnés à d'autres moins expérimentés. Cette constatation est aussi vraie lorsque le jumelage des médiateurs permet l'association d'expertises techniques et procédurales. Une équipe efficace peut :

- mettre à profit l'expertise respective de ses membres, de même que leurs réflexions et leurs capacités d'écoute;
- améliorer la patience et la persévérance de ses membres;
- établir un équilibre entre les différents médiateurs;
- constituer un modèle de communication, de coopération et d'interaction efficaces pour les parties;
- multiplier les liens que les parties peuvent créer avec les médiateurs;
- agir de manière à ce que l'un des médiateurs prenne un risque et que l'autre endosse le rôle de sauveteur, si nécessaire;
- être plus efficace grâce à la répartition des tâches;
- constituer pour les médiateurs une occasion de formation, d'apprentissage et d'enrichissement (Love et Stulberg, p. 180).

Plus particulièrement, les médiateurs doivent partager une vision commune du processus de médiation. Keyes ajoute que « la co-médiation peut offrir la variété, la souplesse et l'approche intégrée qui rend la médiation aussi intéressante aux yeux des gens aux prises avec un différend. »

(Introduction, p. 1). La principale mise en garde à respecter pour permettre l'atteinte de cet objectif est de s'assurer de planifier, planifier et planifier encore plus.

DÉSAVANTAGES

Bien sûr, les avantages sont généralement accompagnés d'obstacles à surmonter. Selon mon expérience, le manque de planification est le seul risque majeur associé à la co-médiation. Ce manque, qu'il affecte le processus ou les objectifs à atteindre, peut être contreproductif pour les médiateurs, tout comme les attentes divergentes concernant le processus, l'échéancier et le résultat visé. Un autre risque important est le manque de cohésion et de respect entre les médiateurs. Si le climat qui règne entre les médiateurs n'en est pas un de respect et de confiance, les chances de réussite de la médiation sont minces, sans compter que cela offre une image négative aux parties en conflit.

Autre mise en garde : la co-médiation ne convient pas à toutes les situations. En effet, l'absence de travail d'équipe et l'omission de faire front commun et de faire appel à une unité de direction constituent pour nous un désavantage considérable, souvent insurmontable. Voici les autres désavantages de la médiation mis de l'avant par Love et Stulberg :

- conflit et concurrence entre les médiateurs;
- plus chronophage si les médiateurs doivent négocier leurs rôles et leurs tâches, et traiter avec les tentatives des parties de « diviser pour mieux conquérir »;
- naissance d'une contrainte excessive entre les médiateurs qui tentent de se faire valoir (p. 180).

KEYES A ÉGALEMENT AJOUTÉ :

- l'âge et la diversité culturelle;
- une dynamique interne et un travail d'équipe non définis;
- l'omission d'afficher un front commun.

LIGNES DIRECTRICES LIÉES À LA PRATIQUE

Ces avantages et désavantages ont contribué au dessein d'une série de lignes directrices visant à tirer parti des avantages de la co-médiation tout en minimisant les risques d'entrave potentielle. Ces lignes directrices sont :

- choisir un partenaire dont les stratégies sont compatibles et qui possède une vision semblable des objectifs du médiateur;
- attribuer un rôle de direction à chacun des médiateurs;
- adopter une répartition des sièges qui maximise les chances de réussite;
- confier des tâches précises à chacun des médiateurs;
- utiliser la déclaration d'ouverture pour donner le ton au reste du processus;
- adopter un style qui fait régner un climat de non-concurrence entre les médiateurs;
- consulter l'autre médiateur avant de prendre des décisions importantes;
- maximiser la diversité au sein de l'équipe de médiation;
- constituer un plan de rechange au cas où la médiation en arriverait à une impasse;
- faire preuve de souplesse;
- procéder à une récapitulation après chaque séance;
- offrir son soutien à l'autre médiateur (Love et Stulberg, p. 18).

KEYES A ÉGALEMENT AJOUTÉ LES LIGNES DIRECTRICES SUIVANTES :

- planifier chaque fois l'approche et le processus;
- obtenir des commentaires sur chaque séance, faire une récapitulation et libérer son esprit pour la prochaine étape (p. 1 et 2).

La conclusion à laquelle nous ne pouvons manquer d'arriver est que la préparation des moindres détails est essentielle au succès de la co-médiation, probablement plus que pour la seule médiation, dans le cadre de laquelle un seul médiateur peut agir de façon spontanée.

CONNEXITÉ ET AUTORITÉ

Il a été établi par de nombreux auteurs (Honeyman, Goh et Kelly; Mason et Kassam) que les concepts de connexité et d'autorité au sein de la co-médiation ont une importante répercussion sur la résolution ou la dissolution des différends. Le terme « connexité » désigne le sentiment éprouvé par les parties selon lequel le médiateur est « l'un d'entre eux ». Le terme « autorité », quant à lui, désigne plutôt le sentiment des parties que, bien qu'il soit « l'un d'entre eux », le médiateur est une personne qui possède plus d'expérience et de poids que la moyenne des gens, et que sa fonction est plus sérieuse. L'autorité (dans le sens présent) se distingue clairement de la capacité à prendre une décision et de la prédilection à le faire. (Honeyman,

SE CONNECTER À LA PRD

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

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

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].

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/*

p. 501).

L'un des auteurs nommés, Kelly, qui est une femme aborigène australienne, a donné l'exemple de la « connexité » existant entre une co-médiatrice aborigène qui, bien qu'elle ne provenait pas de la tribu des parties en conflit, possédait tout de même un lien tribal éloigné et avait déjà participé à une médiation difficile mettant en cause plusieurs enfants aborigènes. Les membres de la famille aborigène élargie percevaient un lien entre la médiatrice et eux; ils avaient ainsi le sentiment que leur culture et leurs méthodes parentales étaient comprises et appréciées, et que les enfants seraient entre bonnes mains. Par conséquent, un plan de garde d'enfants acceptable a pu être mis en place, principalement en raison de sa présence. Dans ce cas, la connexité semble avoir été un facteur essentiel.

Voici un exemple tiré de ma propre expérience, qui illustre à peu près la même chose :

J'avais été embauchée comme avocate dans un cas de « voies de fait contre un membre de la famille », traité devant le tribunal. Deux immigrants portugais avaient été impliqués dans un différend concernant la propriété d'une tondeuse à gazon. Chacun croyait que le propriétaire précédent de ladite tondeuse la lui avait donnée. La querelle s'était intensifiée, des coups avaient été échangés et la police avait été appelée sur les lieux. Le premier à avoir frappé faisait l'objet d'une accusation pour voies de fait. Je connaissais les conséquences d'une condamnation pour voies de fait pour un nouvel immigrant, mais je ne parlais pas portugais. J'ai donc appelé le prêtre catholique de la paroisse portugaise la plus proche, qui est immédiatement venu au tribunal. J'ai expliqué la situation, et le prêtre a traduit. J'ai expliqué les rudiments de la loi et les conséquences possibles d'une condamnation pour voies de fait, pendant que le prêtre continuait à traduire et à négocier avec les parties en conflit, qui se sont calmées.

Finalement, les parties ont accepté de partager la tondeuse à gazon et nous ont remerciés, le prêtre et moi. Le juge qui présidait en a donc été informé et a retiré les accusations. Je suis persuadée que, dans ce cas, le sentiment de connexité avec le prêtre portugais et le sentiment d'autorité établi par le cadre judiciaire ont été des facteurs déterminants.

Honeyman (aux pages 201 à 204) suggère que les concepts de connexité et d'autorité peuvent également s'appliquer dans l'Ouest, aux États-Unis (et probablement au Canada). La connexité se retrouve dans de nombreux groupes ethniques, mais aussi dans des voisinages ou des groupes d'em-

Externalisation de services

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

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

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

plois, ce qui donne lieu à des situations dans lesquelles les gens s'identifient à leur voisinage ou à leur emploi. De plus, Honeyman croit que le fait que la profession au sein de la médiation ne gagne pas en popularité tel que prévu et laisse plutôt place à des juges ou des experts à la retraite qui ne possèdent souvent aucune formation en médiation est attribuable à la recherche de l'autorité qui a lieu dans le cadre des règlements de différends. Il fait remarquer que la co-médiation, largement utilisée dans l'Ouest pour élargir les compétences engagées dans une procédure, a le potentiel pour offrir à la fois la connexité collective au sens occidental, et l'autorité de régler dont sont investis les médiateurs. Son exemple premier est le domaine commercial, au sein duquel des milliers de parties ont choisi d'anciens juges pour leur autorité à régler les litiges, ainsi que pour leur connexité avec les avocats, qui sont souvent ceux qui les choisissent. Il est clair que ces aspects de la médiation doivent être soigneusement étudiés et exigent davantage d'attention, et que leur adoption doit être envisagée.

FORMATION NÉCESSAIRE À LA CO-MÉDIATION

À ce jour, les formations offertes pour les médiateurs et les co-médiateurs sont assez différentes, bien que le contenu soit semblable. Parfois, la différence la plus marquante est l'intention du médiateur. L'intention d'un médiateur seul est de régler le différend, alors que celle des co-médiateurs, particulièrement les co-médiateurs communautaires, est de rétablir les relations entre les parties. Les médiateurs seuls sont hautement qualifiés dans le domaine de la médiation, et font généralement appel à une approche d'invitation à converser ou à une approche transformatrice, centrée sur la capacité de l'individu à jouer un rôle de médiateur. La formation qui leur est destinée englobe le dépistage de la violence conjugale, le renforcement des compétences, les jeux de rôle, la conception d'un procédé qui convient au différend, l'analyse approfondie des cas, l'élaboration d'options pour le règlement, les solutions de rechange pour favoriser le règlement par voie de médiation, et les questions éthiques associées à la médiation. Cela permet de façonner des médiateurs hautement qualifiés et habiles. Le suivi de cette formation, associées à la direction de médiations réelles, peut permettre d'obtenir l'un des titres offerts par l'Alternative Dispute Resolution Institute of Ontario (ADRIO) et l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada (IAMC), ou tout autre titre semblable de l'Association ontarienne de médiation familiale (AOMF) et de Médiation familiale Canada, tout particulièrement celui de médiateur familial accrédité. Il existe également des examens des compétences en personne plus rigoureux pour les titres supérieurs, comme celui de médiateur agréé (Méd.A) de l'ADRIO et de l'IAMC, et celui de médiateur certifié de l'AOMF et de Médiation familiale Canada. Chacun de ces titres exige un examen des compétences en personne ou par vidéo ainsi qu'un grand nombre (15 ou 20) de médiations réglées. Ces titres sont, dans la pratique, une manière d'informer la collectivité des compétences et de l'expertise des médiateurs.

En Ontario, les médiateurs communautaires reçoivent une formation quelque peu différente.

Le programme accorde la même attention aux compétences, à la diversité, à l'asymétrie des pouvoirs, à la compétence des médiateurs, à la sensibilisation aux réalités culturelles, à l'éthique et au processus de médiation. La différence réside dans la mise en valeur de la co-médiation et de l'utilisation des œuvres communes, avec un accent accordé à la médiation transformatrice, ce qui signifie que les médiateurs s'efforcent d'aider les participants à la médiation à mieux comprendre leur comportement et celui de l'autre partie en conflit, afin d'éviter à l'avenir les litiges semblables et de régler le différend en cours.

Le programme de base est complété par une formation transformatrice perfectionnée, qui peut être suivie d'une autre formation portant sur des aspects plus spécialisés comme la médiation mettant en cause des aînés, des jeunes, des propriétaires et des locataires, ou des plaintes contre les forces policières; le mentorat; l'éthique. Ces médiateurs sont considérés, selon les formations suivies, comme des médiateurs expérimentés, qui possèdent une vaste formation; des médiateurs intermédiaires, qui sont toujours jumelés à des co-médiateurs possédant une formation semblable ou supérieure; ou des médiateurs débutants, qui possèdent des qualifications de base et qui sont toujours encadrés par un mentor, c'est-à-dire un médiateur expérimenté. Les médiateurs communautaires font l'objet d'un mentorat continu assuré par leurs pairs, le personnel de leur organisme et les participants (Friesen, p. 2 et 3).

Il ressort de ce qui précède que les médiateurs seuls et les médiateurs communautaires reçoivent tous une formation approfondie sur les médiations qu'ils dirigent eux-mêmes. Il faut toutefois se demander si l'approche adoptée en matière de formation et de perfectionnement des compétences répond réellement aux besoins des parties, et si ces besoins sont adéquatement comblés. Certains auteurs soutiennent qu'en l'absence de la connexité et de l'autorité, les besoins des parties ne peuvent être comblés et que la médiation est moins susceptible de réussir (Honeyman, Goh et Kelly; Mason et Kassam).

CONCLUSION

L'inévitable conclusion est que la co-médiation occupe une place importante au sein du domaine de la médiation. Il est aussi possible de conclure que la médiation seule et la co-médiation ont toutes deux beaucoup à s'offrir mutuellement. Une collaboration plus étroite entre les médiateurs seuls, représentés par l'IAMC et l'ADRIO, et les co-médiateurs, principalement les médiateurs communautaires membres de la COMC et d'autres organismes de médiation communautaires, serait extrêmement profitable aussi bien pour les professions du domaine de la médiation que pour les collectivités qu'elles servent.

BIBLIOGRAPHIE

Epstein, Joe et Susan Epstein, *Co-mediation*, The Colorado Lawyer, juin 2006, vol. 35, no 6/23.

Friesen, Julie, *Ontario Co-mediation Coalition*, 2014.

Honeyman, Christopher, Bee Chen Goh et Loretta Kelly, *Skill is Not Enough: Seeking Connection and Authority in Mediation*, Negotiation Journal, oct. 2004, 489 à 511.

Keyes, Bianca, *Co-mediation: Positives, Pitfalls and Lessons Learned*, ADR Bulletin, vol. 11, no 4, article 3, 2009.

Love, Lela P. et Joseph B. Stulberg, *Practice Guidelines for Co-mediation: Making Certain That Two Heads Are Better Than One*, Mediation Quarterly, 1996, 13(3), 179 à 189.

MacKay, Robert E. et Amanda J. Brown, *Practice Issues in Community Mediation*, Mediation Quarterly, 1999, 17(2), 181 à 195.

MacFarlane, Julie, *Dispute Resolution, Readings and Case Studies in Co-mediation*, Emond Montgomery Publications, 1999, 318-319.

Mason, Simon J.A. et Sabrin Kassam, *Bridging Worlds; Culturally Balanced Co-mediation*, Politorbis, Nr., 2011, 52 (12), 69 à 74.

Rosengard, Lee A., *Private Practice Offers a Mentoring Opportunity to Develop Attorney-Neutrals Via Co-Mediation*, CPR Institute for Dispute Resolution, 2003, 1(7), 135 à 137.

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

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:

Gina Alexander, C.Med (SK)
Scott Cruickshank, C.Med (SK)
Lacey Lewis, C.Med (ON)
Kim Miller, C.Med (SK)
Murray Walker, C.Med (SK)
Michael F. Welsh, C.Med (BC)

NOUVEAUX MÉD.B / NEW Q.MEDS:

David Anderson, Q.Med (SK)
Jas Badesha, Q.Med (AB)
Susan Ann Barthos, Q.Med (Atlantic)
Anne Berthiaume, Q.Med (ON)
Angus Bickerton, Q.Med (ON)
Tiago Campos, Q.Med (ON)
James Ellis Dalling, Q.Med (Atlantic)
Maurice Ford, Q.Med (ON)
Marie Jane Frankovitch, Q.Med (AB)
Rachel Frydman, Q.Med (ON)
Gurpreet Jassal, Q.Med (ON)
May Jolliffe, Q.Med (ON)
Ari Kaplan, Q.Med (ON)
Catherine Kenwell, Q.Med (ON)
Morgan Knezacek, Q.Med (SK)
Marianne Martin, Q.Med (ON)
Gordon Muise, Q.Med (ON)
Carla Murphy, Q.Med (Atlantic)
Ronald Pizzo, Q.Med (Atlantic)
Nicholas A.J. Pollice, Q.Med (ON)
Michelle Rakowski, Q.Med (ON)
Paul Robichaud, Q.Med (ON)
Samuel Sele, Q.Med (AB)
Andrea Silverstone, Q.Med (AB)
Nicole Smith, Q.Med (ON)
Erin Thornhill Collens, Q.Med (Atlantic)
Wilhelmina Weisz, Q.Med (ON)
Dennis K. Yasui, Q.Med (AB)
Marlene Weston, Q.Med (SK)

NOUVEAUX ARB.B / NEW Q.ARBS:

Timothy D. Brodie, Q.Arb (Atlantic)
Andrew (Andy) Butt, Q.Arb (Atlantic)
Louise Caissie, Q.Arb (Atlantic)
Vance Coulas, Q.Arb (AB)
Osvaldo de Sousa, Q.Arb (ON)
Ruby Eversley, Q.Arb (ON)
Kristian Hawkins, Q.Arb (AB)
Jacob Hofer, Q.Arb (AB)
Dan Jennings, Q.Arb (Atlantic)
Deborah A. Kay, Q.Arb (AB)
S. Paul Kelley, Q.Arb (ON)
Bernadine MacAulay, Q.Arb (Atlantic)
Christine Macken, Q.Arb (AB)
Gordon McClure, Q.Arb (AB)
James (Jim) Musgrave, Q.Arb (Atlantic)
Raelene R. Thomas, Q.Arb (Atlantic)
Dennis Yasui, Q.Arb (AB)
Carol Zukiwski, Q.Arb (AB)

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

COMBLER LES LACUNES : PLAIDOYER POUR UN PROGRAMME DE RAD OBLIGATOIRE DANS LES ÉCOLES DE DROIT DU CANADA

MEAGHAN STOREY, M.ED. (CCC), J.D.

Meaghan Storey, M.Ed. (CCC), J.D., est une avocate en exercice du Nouveau-Brunswick. Elle s'intéresse au rôle de la prévention et du règlement des différends, à la pédagogie juridique, à l'éducation juridique du public et à l'accès aux questions ayant trait à la justice.

INTRODUCTION

Depuis le début des années 1980, le règlement alternatif des différends (RAD)[1] se taille une place grandissante au sein du système juridique canadien. En effet, les méthodes de résolution de problèmes autres que le recours aux tribunaux se sont révélées efficaces et précieuses pour les parties prenantes[2]. Ainsi, les processus de RAD sont de plus en plus courants, et non pas « alternatifs », et sont utilisés dans toutes sortes de différends. Ils ont été intégrés au moyen de politiques, de structures organisationnelles et de réformes législatives, et ce, dans des domaines innombrables, y compris les affaires, l'industrie, le commerce, le travail, le gouvernement et divers aspects du système juridique, tant à l'échelle provinciale et nationale qu'internationale. Qui plus est, le rôle important du RAD dans l'amélioration de l'accès à la justice au Canada a longtemps été mis de l'avant par les acteurs principaux des universités, du Barreau et de la magistrature. Et pourtant, il demeure au Canada une « lacune dans la mise en œuvre »[3], qui encore aujourd'hui empêche le RAD d'être compris et accepté à l'intérieur et à l'extérieur du système juridique comme un moyen pour les citoyens d'obtenir un juste règlement des différends.

L'enseignement du droit, qui met l'accent sur la culture et l'état d'esprit juridiques, a été nommé comme un des facteurs importants à cet égard et est considéré comme un élément clé de la solution. Même si le RAD occupe maintenant une certaine place dans les programmes des écoles de droit partout au Canada, le fait qu'il soit une matière en option et vue de manière isolée empêche de former des diplômés bien équipés pour servir les intérêts supérieurs de leurs clients dans un système juridique en évolution. Les écoles de droit doivent accueillir le virage de la pratique juridique et envisager l'étude du RAD avec un sérieux qui correspond à son importance pratique. Par la mise en œuvre de cours fondamentaux obligatoires et des programmes intégrés, tous les diplômés devraient être équipés pour savoir à quel moment le RAD est approprié, intervenir dans le large éventail des pratiques de RAD existantes, satisfaire aux normes de compétences professionnelles, éviter d'engorger les systèmes actuels, acquérir de précieuses compétences en communication et mettre l'humain au cœur d'une pratique axée sur le client.

LA DEMANDE ET LA RÉPONSE

La demande pour un meilleur enseignement du RAD dans les écoles de droit se fait entendre depuis des décennies. Il y a près de 20 ans, un rapport national sur l'accès à la justice, dont l'objectif était de proposer des stratégies pour « moderniser progressivement le système de justice et le rendre ainsi plus apte à satisfaire les besoins tant actuels que futurs des Canadiens et Canadiennes », appelait au virage d'une approche axée sur les litiges vers une approche axée sur le RAD[4]. En 1996, le Groupe de travail sur les systèmes de justice civile de l'Association du Barreau canadien (ABC) confiait aux professeurs la responsabilité de préparer les praticiens et de faciliter le virage vers des approches non contradictoires, en recommandant que « les professeur(e)s des écoles de droit et des cours de formation professionnelle et de formation juridique permanente enseignent les options offertes en matière de règlement des conflits ainsi que les moyens par lesquels elles peuvent être intégrées à l'exercice du droit [et que] ces cours soient obligatoires dans les Écoles de droit du Canada »[5].

Maintenant, près de deux décennies plus tard, les principaux intervenants du milieu juridique continuent de faire des recommandations, qui sont essentiellement les mêmes, pour réaliser « le potentiel inexploité »[6] du RAD en vue de s'attaquer aux difficultés omniprésentes relatives à l'accès à la justice au pays. En 2013, le Comité d'action national sur l'accès à la justice en matière civile et familiale (le « Comité d'action ») a appelé à « un changement de culture important », qui s'éloigne de la procédure complexe traditionnelle pour mettre la priorité sur les intérêts du client, au moyen de modèles de collaboration active, d'innovation et de services multiples[7]. Les recherches menées par le Groupe de travail sur le droit de la famille « recommand[ai]ent vigoureusement et de manière presque unanime que la priorité soit accordée aux processus non accusatoires de règlement des différends [en justice familiale] et que la salle d'audience soit perçue comme une ressource importante, mais secondaire »[8]. Une fois de plus, le Comité d'action confiait aux écoles de droit la responsabilité de mener la charge avec « une accentuation de l'importance accordée aux compétences et aux connaissances liées au RCD dans l'ensemble des programmes d'études en droit ».[9] Plus particulièrement, il recommandait « [d]es habiletés accrues fondées sur l'apprentissage qui sont axées sur le règlement consensuel des différends, le règlement extrajudiciaire de différends et les autres habiletés de règlement non contradictoires ».[10]

Les écoles de droit canadiennes ont répondu au défi dans une certaine mesure : toutes ont inscrit le RAD à leur liste de cours. Cependant, la plupart des programmes ne rendent pas obligatoires les cours de RAD, mais les offrent plutôt en option après la première année, ou les incluent comme matière secondaire dans les cours généraux de procédure judiciaire[11]. Certaines éclaircies sont perceptibles, grâce à certains programmes qui offrent des modules obligatoires[12], ou qui permettent aux étudiants de choisir une spécialité en RAD[13]. L'Université du Manitoba, par exemple, impose un cours obligatoire en négociation à la deuxième année d'enseignement[14] et l'Université de Calgary et l'Université Roads Thompson se targuent toutes deux d'offrir des programmes obligatoires identiques qui comprennent un cours d'un crédit en première

année, [traduction] « Entretien et services-conseils », et un cours de trois crédits en arbitrage, qui couvre l'arbitrage, les tribunaux et les procès[15]. De même, l'Université d'Ottawa offre un programme intensif obligatoire de trois semaines en première année[16].

Bien que les programmes mentionnés ci-dessus constituent certainement un progrès vers l'intégration du RAD dans les programmes d'études, la situation dans les écoles de droit canadiennes demeure largement la même qu'il y a 10 ans : rien n'exige que les diplômés suivent des cours théoriques et pratiques en RAD sur un pied d'égalité avec les matières traditionnelles. [17] Dans la plupart des universités, les cours de RAD sont contingentés et l'offre n'est pas fréquente, ce qui limite encore davantage les possibilités pour les étudiants. Par exemple, l'Université de Toronto, avec une cohorte de 200 étudiants de première année, offre le complément habituel de cours obligatoires en première année, mais aucun cours de RAD obligatoire. Le programme des années suivantes se targue d'offrir 180 cours chaque année[18]. Un examen du calendrier de 2014-2015 indique qu'il n'y a qu'un seul cours au premier semestre en Règlement alternatif des différends dans l'environnement juridique, et que ce cours est contingenté à 25 étudiants[19]. Un cours de Négociation est donné aux deux semestres, dans un format de temps de classe réduit de 24 heures. Bien que la description du cours ne mentionne pas si l'accent est mis sur le RAD ou la médiation, elle indique qu'il repose sur le programme de l'Université Harvard intitulé « Principled Negotiation » et qu'il utilise la monographie « Getting to Yes ».[20]

À l'Université du Nouveau-Brunswick, l'accent est mis sur une formation juridique générale et exige un nombre élevé (7) de cours obligatoires pour les années supérieures. Les cours de RAD en option et le fait qu'ils soient contingentés nuisent aux chances des étudiants d'en profiter[21]. Cette tendance aux offres de cours limitées pour les années supérieures est présente dans les programmes de l'ensemble du pays[22]. Cependant, si l'on souhaite maintenir le rythme et réellement suivre l'évolution du système juridique, qui s'éloigne de plus en plus de la défense des droits et des intérêts en mode contradictoire pour se rapprocher de services multiples en résolution de problèmes axée sur le client, un changement fondamental au cœur des études en droit est essentiel. Comme l'énonçait Julie MacFarlane, [traduction] « pour que les études en droit demeurent pertinentes, l'évolution de la pratique du droit doit trouver écho dans les facultés »[23].

L'ENSEIGNEMENT DU RAD EST ESSENTIEL POUR LA PRATIQUE MODERNE

Dans une ère moderne, l'objectif de l'enseignement du RAD aurait beaucoup en commun avec les buts de l'enseignement traditionnel du droit qui vise à former les étudiants à [traduction] « penser comme un avocat »[24]. Comme l'énonce la professeure MacFarlane : [traduction] « Tout niveau d'études en droit, qu'elles soient de base ou avancées, théoriques ou pratiques, jurisprudentielles ou interdisciplinaires, doit refléter la façon dont le droit est compris, utilisé et pratiqué dans le monde réel... »[25]

Aujourd'hui, le « monde réel » juridique comprend des processus de RAD intégrés à tous les domaines. La tendance à intégrer des processus dans la privatisation du règlement des différends, les réformes du droit et les réorganisations judiciaires, est évidente dans tous les ressorts, qu'il s'agisse de la médiation obligatoire en Ontario[26] ou du Dispute Resolution Office [traduction : Bureau de règlement des différends] du ministère de la Justice en Colombie-Britannique[27] et des nombreuses dispositions législatives qui font appel à des modèles non traditionnels de règlement des différends de plusieurs provinces[28]. Dans son examen de 2008 sur l'omniprésence du RAD au Canada et à l'étranger, le professeur Farrow décrit les nombreux domaines dans lesquels le RAD a pris de l'essor[29]. Il souligne le vaste éventail des méthodes de RAD utilisées par les gouvernements fédéraux et provinciaux, allant de processus issus du droit civil au système des tribunaux de la famille, en passant par les clauses de choix d'une instance dans les contrats types, qui exigent l'arbitrage privé dans de nombreuses opérations commerciales. Cela ressort d'ailleurs dans son analyse d'un échantillon de tribunaux administratifs canadiens, principalement axés sur la santé, l'environnement, le travail et les droits de la personne, qui pour la plupart utilisent une certaine forme de RAD[30]. Dans le secteur des affaires, Stipanowich et Lamare se sont penchés sur l'enquête de Fortune 1000 sur le RAD dans les secteurs des entreprises ou commercial, des relations avec les consommateurs et l'emploi. Leur article de 2013, publié dans le Harvard Negotiation Law Review, affirme que même si le recours à l'arbitrage est en déclin, la médiation est [traduction] « pratiquement omniprésente dans les grandes entreprises »[31].

[traduction] « L'analyse de 2011 de Fortune 1000 révèle une évolution importante dans les pratiques du secteur des affaires, trente ans après la Révolution tranquille du règlement des différends. Quelques grandes entreprises, dont le nombre est en constante diminution, continuent de privilégier une politique générale de recours aux tribunaux à tout vent, tandis que d'autres, beaucoup plus nombreuses, mettent de plus en plus l'accent sur des modes alternatifs. Presque toutes les entreprises ont une expérience récente de la médiation, qui est désormais utilisée plus largement dans le vaste éventail de litiges civils et la grande majorité des entreprises prévoit y faire appel un jour. Le succès de la médiation a contribué à la diminution marquée de l'utilisation de l'arbitrage

RÈGLES NATIONALES DE MÉDIATION : LA NORME IDÉALE

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

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

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

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

http://adric.ca/fr/rules-codes/national-mediation-rules/,
ou communiquez avec nous au 416-487-4447
1-877-475-4353, admin@adric.ca

contraignant, ce qui est évocateur du rôle qu'a déjà joué la médiation dans la réduction du nombre de procès. Aujourd'hui, également, de nombreuses entreprises utilisent des approches axées sur une gestion plus stratégique des différends, d'une manière qui traduit mieux les priorités de l'entreprise. Ces approches comprennent les évaluations préliminaires par un arbitre (ÉPA) ciblées qui favorisent le règlement ou une gestion plus efficace des dossiers, la Cour des comptes européenne (CCE) et des systèmes intégrés de gestion des différends en milieu de travail. De telles approches constituent une étape importante qui va au-delà de la défense réactive et réflexive. »[32]

Le RAD a également connu une croissance substantielle en droit familial, dans lequel on reconnaît largement qu'une approche consensuelle et par la médiation est préférable dans la plupart des dossiers. Le Rapport final du Groupe de travail sur la justice familiale établit plusieurs aspects des différends familiaux qui sont mieux traités par des processus de RAD, où l'on tente de minimiser les conflits, y compris le rôle des émotions et des valeurs personnelles, la nature continue des relations, l'intérêt supérieur des enfants et l'accent mis sur les résultats futurs. [33]

Les Barreaux provinciaux ont reconnu l'importance des processus de RAD. Les compétences et les connaissances en RAD figurent désormais dans les codes de déontologie. Au Nouveau-Brunswick, par exemple, parmi les facteurs utilisés pour déterminer la compétence d'un avocat, on trouve : « son examen des faits, sa définition des questions en litige, sa détermination des objectifs du client, son examen des options possibles et sa communication au client de la ou des démarches envisagées » et « son exécution de la ou des démarches retenues par l'application des aptitudes nécessaires, notamment : [...] la négociation, les techniques de règlement extrajudiciaire des différends, la défense des droits, la capacité de résolution de problèmes selon ce que commande chaque affaire[.] »[34] Les avocats sont tenus de reconnaître leur manque de compétence dans certains domaines. Leur éthique les oblige également à inviter et à encourager leurs clients à chercher un règlement juste et raisonnable et à leur recommander les options de RAD appropriées, leur expliquer ce processus dans son intégralité et l'adopter si c'est ce que les clients demandent[35]. Qui plus est, le Code prévoit les règles d'éthique et les devoirs d'un avocat qui agit en tant qu'arbitre ou médiateur[36]. Ces obligations et ces attentes sont également traduites dans le Code type de déontologie professionnelle de la Fédération[37], adopté par plusieurs Barreaux provinciaux[38]. Comment peut-on s'attendre à ce que les avocats comprennent, conseillent leurs clients et participent au vaste éventail d'options et de processus de RAD, à l'intérieur comme à l'extérieur du système juridique, pour bien desservir leurs clients? Comment peuvent-ils respecter leurs obligations en matière d'éthique s'ils ne possèdent pas de connaissances fondamentales de la théorie des conflits, de la médiation et des systèmes de RAD?

PLAIDOYER POUR DES COURS DE RAD OBLIGATOIRES DANS LES PROGRAMMES DES ÉCOLES DE DROIT

Les écoles de droit sont le forum approprié pour l'enseignement des fondements théoriques et pratiques du RAD à tous les étudiants par des membres de la communauté juridique d'avant-plan, des juges à la Cour suprême[39] aux professeurs de droit émérites ayant une vaste expérience de la recherche[40]. Les écoles de droit ont également reconnu un besoin et ont inscrit le RAD sur leur liste de cours, et certaines écoles sont devenues des centres d'études de la pratique du RAD[41].

Ce dont nous avons maintenant besoin, cependant, est un engagement ferme, exprimé par des cours de RAD obligatoires pour l'obtention du diplôme. Les cours obligatoires transmettent à tous les étudiants la valeur et l'importance de la matière et des compétences pratiques. Les diplômés qui n'ont pas été exposés au RAD pendant le programme JD pourraient ne jamais poursuivre d'études dans ce domaine. Comme l'ont si bien dit les auteurs australiens Duffy et Field : [traduction] « Si le RAD n'est pas une matière obligatoire du diplôme en droit... Il est possible que les étudiants en droit deviennent des praticiens qui ne sauront jamais que les conflits juridiques peuvent être résolus de manière efficace à l'extérieur de la salle d'audience. »[42]

L'enseignement du droit constitue le prisme à travers lequel les étudiants perçoivent la loi. Les cours fondamentaux universellement obligatoires comme le droit constitutionnel, des obligations, criminel, des délits civils et contractuel sont spécifiquement conçus pour initier les élèves à des notions essentielles et façonnent leur compréhension de la suite de leurs études en droit[43]. Cependant, ces cours, pris ensemble avec d'autres cours obligatoires comme la plaidoirie, continuent de mettre l'accent sur la défense des droits devant les tribunaux et les pratiques contradictoires traditionnelles. En s'appuyant sur l'histoire et les précédents, ils mettent l'accent sur l'argumentation et les jugements de position fondés sur les droits, avec peu ou pas de discussion sur les méthodes ou les résultats atteints par un mode de règlement négocié, en médiation ou en collaboration[44]. Combiné avec le fait que le mentorat se fait auprès d'un membre du Barreau d'expérience dont la formation, l'expérience et, souvent, la culture en cabinet, prennent largement racine dans la défense des droits traditionnelle, comment peut-on s'attendre à ce que les nouveaux avocats exercent leur pratique autrement? Un vieil adage nous vient à l'esprit : [traduction] « Si vous n'avez qu'un marteau, tout ressemble à un clou. »

Le professeur Farrow croit que, « [e]ssentiellement, nous continuons d'aborder l'enseignement du règlement des différends comme si 90 pour cent des affaires se rendaient à procès, alors que c'est l'inverse »[45]. Les faibles statistiques sur les recours aux tribunaux, souvent citées, indiquent que la vaste majorité des affaires qui commencent en cour ne se terminent pas en cour. Cela suggère que les avocats participent à certaines formes de règlement des différends à l'extérieur de la salle d'audience, et qu'ils reconnaissent à un moment donné les avantages d'un règlement par rapport à un procès. Cependant, les statistiques ne révèlent pas les motifs ou les modalités de ces règlements. Elles ne donnent aucune information sur le rôle de l'escalade des coûts, de la détresse émotionnelle ou de l'épuisement face au recours aux tribunaux dans la poursuite ou l'obligation d'atteindre un compromis, pas plus qu'elles ne révèlent la justesse du résultat ou la satisfaction du client. Étant donné l'infime fraction de dossiers en instance, il est clair qu'il faut dépenser du temps et des efforts sur l'enseignement du droit relatif aux règlements, de la théorie et de la pratique qui facilitent un règlement juste des différends.

De plus en plus, le corps professoral croit que « penser comme un avocat » exige une réelle compréhension de la théorie des différends, de la négociation axée sur les positions et fondée sur les intérêts, et le large éventail des processus de règlement des différends accessibles. Duffy et Field soutiennent que l'enseignement du droit traditionnel offre une vue limitée à la fois des enjeux et des options :

> [traduction] « L'enseignement du RAD permet aux étudiants en droit de réaliser qu'un différend peut aussi être géré par des notions de pouvoir, d'intérêts et des considérations extrajuridiques [...] L'analyse des décisions des cours d'appel n'apprend pas à un étudiant en droit comment ou pourquoi un différend est né. Aucune considération n'est accordée à la façon dont le différend s'est transformé en litige, ni pourquoi il s'est ultimement retrouvé devant les tribunaux, au lieu d'avoir fait l'objet d'une négociation entre les parties. »[46]

LES POSSIBILITÉS DE COMMANDITES POUR IAMC 2016 :

CONFÉRENCE NATIONALE ANNUELLE DE L'INSTITUT D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION DU CANADA TORONTO, ONTARIO, CANADA, 12 AU 14 OCTOBRE 2016

LA CONFÉRENCE DE L'INSTITUT D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION DU CANADA A PRIS BEAUCOUP D'AMPLEUR AU FIL DES ANNÉES, ET NOUS SOMMES RAVIS DE COMPTER SUR LE SOUTIEN DE NOMBREUSES FIRMES ET ORGANISATIONS GÉNÉREUSES! VOICI QUELQUES-UNS DES COMMANDITAIRES QUI NOUS OFFRENT UN SOUTIEN ANNUEL :

Borden Ladner Gervais LLP
Cox & Palmer
Dentons Canada LLP
FTI Consulting
Bureau d'assurance du Canada
JAMS ADR Services ULC
Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes LLP
Marsh Canada Limited Consumer Practice
McCartneyADR Inc.
Norton Rose Fulbright Canada LLP

QUE VOUS DÉSIRIEZ DEVENIR UN COMMANDITAIRE ANNUEL OU SIMPLEMENT TIRER AVANTAGE DU TEMPS QUE VOUS PASSEREZ À TORONTO, C'EST LE TEMPS POUR VOUS D'AGIR!

En plus de démontrer votre engagement et votre soutien envers l'IAMC, vous profiterez de nombreux avantages offerts aux commanditaires, dont les suivants :

- Une précieuse exposition au « bon » public : votre nom et votre logo figureront dans les dépliants, brochures, publipostages électroniques et tous les autres documents associés à la conférence et produits avant celle-ci.
- Publicité électronique (diffusées en rotation dans de nombreuses salles) à la conférence.
- Occasions d'offrir des allocutions (niveaux argent, or, platine et diamant).
- Occasions d'avoir votre séance enregistrée (niveaux or, platine et diamant).
- Inscription gratuite pour vous, vos clients ou vos collègues.
- Accès à la version autorisée pour la publication de la liste des inscriptions.
- Occasions de tenir un kiosque ou de placer du matériel publicitaire préapprouvé sur la table du matériel de la communauté.

PARTICIPANTS POTENTIELS

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

NE TARDEZ PAS.

TÉLÉCHARGEZ LA TROUSSE PRÉSENTANT LES POSSIBILITÉS DE COMMANDITE ET D'ALLOCUTION SUR *ADRIC.CA/FR* OU COMMUNIQUEZ AVEC JANET MCKAY, DIRECTRICE GÉNÉRALE, AU 1 877 475-4353 / 416 487-4447 POSTE 5, *JANETMCKAY@ADRIC.CA*, POUR RÉSERVER VOTRE PLACE!

L'enseignement des fondements du RAD permet aux étudiants en droit de comprendre tous ces enjeux. Cette capacité de discernement peut ensuite servir pour aider les clients à choisir entre plusieurs options, à gérer des négociations et à régler les problèmes plus tôt ou à éviter les conflits.

Dans un cours obligatoire de première année, l'enseignement du RAD offrirait, dès le début des études en droit, un « portrait d'ensemble » plus équilibré que celui offert par les programmes traditionnels. Par conséquent, il élargirait la compréhension de l'étudiant du rôle d'un avocat dans l'ensemble des processus de règlement des différends existants. L'école de droit est le forum approprié, en outre en raison de son bilan en matière de pédagogie traditionnelle, qui peut servir pour offrir un enseignement exhaustif de haut calibre des fondements théoriques, des compétences et des programmes d'études. Les professeurs de RAD qui connaissent les programmes d'études et les pratiques exemplaires en émergence réduiraient les problèmes relatifs à l'inconstance de la formation en RAD en offrant un programme et un enseignement appropriés et normalisés.

L'introduction des notions du RAD au début des études en droit, alors que sont semées les graines de la collaboration, de la communication et de la résolution des problèmes, signifierait par ailleurs que les étudiants en droit comprendraient, étudieraient et appliqueraient ces principes dans le reste de leurs études, en explorant ces intérêts et ces solutions alternatives avant de devenir obnubilés par l'argumentation gagnante au procès. La recherche a démontré que l'exposition précoce à la formation en RAD avait une incidence sur l'approche des étudiants à l'égard des cours traditionnels. Dans une étude en deux parties sur l'enseignement du RAD, les auteurs australiens Gutman et coll. mettent en évidence plusieurs réussites, notamment l'exemple de l'Université de l'État de l'Ohio, où les chercheurs ont constaté que, par rapport à leurs camarades de classe, les étudiants qui avaient reçu une formation antérieure en médiation étaient plus enclins à appliquer cette formation dans leur cours de première année en droit des obligations[47]. Dans leur propre recherche sur l'incidence de l'enseignement du RAD aux étudiants en droit, Gutman et coll. ont conclu dans la même veine à [traduction] « une preuve sans équivoque du changement de certaines hypothèses des étudiants sur leurs cours de droit. En général, ils passaient d'un mode plus contradictoire à un mode plus collaboratif, mesuré en fonction de deux thèmes : les droits par rapport aux intérêts et l'intervention de l'avocat par rapport à l'habilitation du client »[48].

Des cours obligatoires de première année ont déjà été mis en œuvre avec succès dans d'autres ressorts[49]. Au milieu des années 1980, le RAD a été intégré au programme de première année aux États-Unis dans le cadre du projet « The Missouri Project ». Cette intégration a réussi à [traduction] « introduire des idées et la formation du mouvement du RAD externe dans leurs écoles et à trouver dans les approches et les techniques du RAD des aspects qui pourraient être appropriés pour une pratique du droit ordinaire »[50]. The Missouri Project a été mis en œuvre par six autres écoles de droit des États-Unis, y compris l'Université Hamline, qui a constaté un lien positif entre le niveau d'exposition au RAD et les « réponses axées sur la résolution des problèmes »[51].

Dans la même veine, les professeurs australiens de l'Université La Trobe offrent un modèle de cours de RAD obligatoire pour la première année. L'Université a vu [traduction] « des changements évidents dans l'attitude [des étudiants] à l'égard de la gestion des conflits juridiques »[52] et « [...] la preuve sans équivoque de l'évolution de certaines hypothèses des étudiants à l'égard de leur cours de droit. En règle générale, ils sont passés d'un mode plus contradictoire à un mode davantage axé sur la collaboration »[53].

[Traduction] « Mettre l'enseignement du RAD au cœur du programme d'études en droit traduit le sérieux de la montée du mouvement du RAD et sa place dans l'enseignement du droit dominant vis-à-vis d'autres cours axés sur les processus traditionnels. Cela traduit également le sérieux du projet, qui constitue à faire la promotion des processus alternatifs de règlement des différends, qui sont à leur tour conçus pour jouer un rôle dans l'amélioration de l'accès abordable à la justice en matière civile. » [54]

L'introduction de la théorie du RAD, de concert avec les études de droit traditionnelles, alimente aussi la compréhension du système contradictoire. Les recours aux tribunaux, à leur niveau le plus élémentaire, portent sur des êtres humains, les clients, en conflit. Il est donc plutôt ironique de constater que la majorité des avocats ne reçoivent pas d'enseignement sur la théorie des différends. La capacité de comprendre et d'analyser un différend devrait sûrement être une composante essentielle de l'enseignement donné à tous les professionnels des différends. En général, les clients contactent leur avocat lorsqu'ils sont en conflit, et souvent pas avant que ce conflit ne se soit transformé en crise. Bien que l'on réponde souvent que les avocats ne sont pas des thérapeutes ou des travailleurs sociaux[55], il n'en demeure pas moins que les émotions prennent une grande place dans la plupart des différends juridiques et, tout en faisant de leur mieux pour y faire face, les avocats ne devraient pas avoir à apprendre à la dure comment y arriver. [traduction] « Une émotion peut être la cause d'un conflit, le résultat d'un conflit ou la raison de l'escalade d'un conflit. Il va de soi qu'il y a une dimension émotionnelle dans la résolution d'un conflit. »[56] Une bonne compréhension de l'incidence des émotions et une pratique dans des compétences liées aux facteurs émotionnels devraient être intégrées activement dans l'enseignement du droit, dès le départ, comme faisant partie intégrante du travail de l'avocat.

En parlant de l'enseignement traditionnel du droit, Julie MacFarlane note : [traduction] « Les clients sont pratiquement "invisibles" à l'école de droit, et l'enseignement du droit ne fait presque rien pour préparer les futurs avocats à "établir un lien" avec leur client, comme en sont douloureusement conscients certains clients... »[57] Le [traduction] « nouvel avocat » qu'elle envisage serait habile dans tous les processus de règlement des différends, en fonction du forum approprié pour le client.

[traduction] « ... Le rôle central d'un avocat dans un système de règlement des différends est d'aider le client à sans cesse réévaluer ce dont il a besoin et ce qu'il veut, à la lumière des possibilités et des coûts potentiels, pour ensuite travailler à l'atteinte de cet objectif. Ce rôle consiste en outre à évaluer périodiquement le potentiel d'un règlement. Ainsi, l'avocat doit miser sur les qualités d'un négociateur efficace, y compris l'écoute de ce que le client veut et juge vraiment important, ce à quoi le client est prêt à renoncer afin de parvenir à un règlement, tout en étant ferme à propos des résultats et créatif à l'égard des enjeux négociables. » [58]

La tâche essentielle de l'avocat est d'aider les clients à naviguer dans leurs différends juridiques, que ce soit comme fervent défenseur ou comme expert facilitateur. Le rôle de l'avocat est dicté par les circonstances de chaque dossier. Les avocats doivent être équipés des notions théoriques et pratiques nécessaires pour saisir le portrait d'ensemble de chaque différend, pour comprendre les intérêts et les besoins des clients, pour conseiller les clients quant au forum le plus approprié pour un règlement, et pour les guider dans ce processus.

Un enseignement exhaustif du RAD est la solution recommandée, car il s'inscrit dans l'orientation future des services juridiques exigés du public[59]. Un rapport publié dans le cadre du récent Projet de l'ABC Avenirs en droit cerne les

facteurs qui façonneront l'avenir des services juridiques. Selon cette étude nationale, les clients veulent des avocats qui les « connaissent », qui mettent leurs intérêts à l'avant-plan et qui les guident vers le meilleur processus pour parvenir à un règlement satisfaisant. Les clients recherchent également une participation plus directe, de l'information accessible, une compréhension de l'éventail des options, ainsi qu'une bonne communication entre leur avocat, eux-mêmes et les autres parties concernées[60].

Malgré l'insistance croissante des clients pour plus de contrôle et de participation[61], les complexités du droit sont telles que les clients suivent les conseils de leurs avocats en ce qui concerne les forums appropriés. Les clients sont mal équipés pour déterminer si le tribunal leur permettra d'atteindre leurs objectifs et ils doivent compter sur l'expertise des professionnels du droit pour obtenir « des conseils fiables sur la meilleure façon de gérer une situation » [62]. La recherche a démontré que moins les avocats connaissent le RAD, moins ils sont susceptibles de le suggérer ou de l'utiliser dans leur pratique[63]. L'exposition à l'ensemble du continuum des processus de règlement des différends permet aux avocats de réellement servir leurs clients en leur présentant toutes les options avec autorité et confiance.

Toute la profession a besoin d'un enseignement des fondements du RAD, mais l'urgence est plus largement reconnue dans des domaines impliquant des conflits interpersonnels très émotifs, comme le droit de la famille. Les professionnels compétents en RAD en matière familiale sont essentiels, surtout aujourd'hui, alors qu'on assiste à une transformation systémique, qui s'éloigne du système contradictoire pour se diriger vers la résolution consensuelle des différends. Le besoin d'un fondement juridique plus large est mis en valeur par la demande pressante à l'égard d'approches non contradictoires et consensuelles du rapport Au-delà des sages paroles[64]. Le Groupe de travail sur la justice familiale illustre bien le contexte au moyen de la métaphore de l'iceberg lorsqu'il décrit les lacunes du modèle par procès pour traiter des aspects essentiels d'un conflit :

« Les faits, les lois, les droits, les obligations et les positions que le droit avance [...] sont la partie visible de l'iceberg. Sous l'eau, il y a les besoins, les intérêts, les valeurs, les partis pris, les croyances, les perceptions et les émotions des parties et de leurs enfants. Ces forces importantes et très puissantes qui se trouvent sous la surface sont susceptibles non seulement de prolonger et de compliquer gravement le processus accusatoire, mais aussi de déstabiliser tout règlement qui ne tient pas suffisamment compte de ces forces. »[65]

En prenant exemple sur les principes directeurs du Comité d'action, « il s'intéresse avant tout, à tous les niveaux, aux différents problèmes vécus par le public [...] et il en fait son point de départ essentiel [...] Le rapport examine les problèmes juridiques à partir du point de vue de ceux qui les vivent. »[66] La recherche démontre que les clients sont à la recherche de processus simplifiés qui permettent la transparence, la rapidité et l'habilitation[67]. En substance, ils veulent comprendre ce qui se passe et avoir un certain contrôle, et ils ont besoin de communication, de soutien et de conseils d'experts de la part de leur avocat.

Le Groupe de travail sur la justice familiale cite avec approbation le rapport final du Family Lab Education Reform Project, un rapport des États-Unis qui recommandait que les programmes d'études en droit

« [mettent] l'accent sur la multiplicité des processus de règlement des différends et traite[nt] le recours aux tribunaux comme étant une option parmi d'autres — utile seulement dans une minorité de cas. Il faudrait enseigner aux étudiants la médiation, la promotion de la médiation, le droit collaboratif, le droit coopératif et les techniques de négociation les plus avancées [...]; continue[nt] de mettre l'accent sur l'acquisition de bases indispensables en matière de droit et de rigueur analytique, mais accorder aussi de l'importance aux compétences et aux aptitudes, et enseigne[nt] aux jeunes juristes à pratiquer le droit d'une manière réfléchie [...]. Il faut également que les avocats aient de solides compétences pour ce qui est de questionner, d'écouter et de conseiller des clients psychologiquement troublés »[68].

Il existe de nombreux modèles théoriques qui fournissent des renseignements sur les origines et les conducteurs des différends[69]. Comprendre la psychologie des différends, y compris des principes comme l'attribution et l'examen des sources, les facteurs d'escalade et de désescalade des différends, fournit un cadre pour aborder les enjeux et une occasion d'évaluer le portrait d'ensemble avant de choisir un processus de règlement[70]. Il est à se demander à quel point le nombre de poursuites déposées ou réglées par les tribunaux serait moindre si les clients connaissaient le labeur qu'elles entraînent ou si les avocats connaissaient le rôle joué par l'exacerbation des émotions et savaient ce que les clients désirent vraiment, avant de s'engager à fond de train dans le mode contradictoire.

Un autre aspect important de l'enseignement du RAD, mais qui n'est toujours pas abordé par le programme traditionnel, est l'aiguillage axé sur les intérêts. Les études traditionnelles en droit mettent l'accent sur les droits dans un système contradictoire et exigent des scénarios gagnant-perdant et qui mettent encore l'accent sur des règlements financiers. La formation en RAD élargit le champ de pratique en se concentrant sur les intérêts, en plus de la compensation financière.

[traduction] « Les avocats devraient être en mesure d'aider leurs clients à évaluer leurs options juridiques dans le contexte plus large de leurs objectifs et de leurs intérêts. Les avocats devraient, par exemple, être prêts à aider leurs clients à évaluer les facteurs économiques, de réputation, psychologiques, moraux et les conséquences juridiques des moyens d'action alternatifs, au besoin. »[71]

Cette perspective permet d'en arriver à des solutions créatives qui sont, si possible, mutuellement bénéfiques pour les parties, en plus d'élargir la trousse d'outils juridiques.

Une autre raison très importante d'exiger que tous les avocats étudient la théorie et la pratique du RAD à l'école de droit est le maintien de l'intégrité du système de RAD actuel. Les avantages et la valeur, la raison d'être en fait, des systèmes de RAD sont minés et privés de toute efficacité par des avocats sans

INSCRIVEZ-VOUS À NOS PUBLICATIONS

Inscrivez-vous à nos publications GRATUITES, ainsi qu'aux avis au sujet de la conférence nationale annuelle.
Choisissez ce que vous souhaitez recevoir.
Vous pouvez vous désinscrire en tout temps.
https://adrcanada.secure.force.com/UserSubscribePage

formation qui tentent d'y employer des approches contradictoires. La recherche appuie la notion de bon sens qui veut que l'utilisation de stratégies contradictoires dans un processus de collaboration ou axé sur les intérêts nuise au processus et aux résultats[72]. Les avocats doivent parler le même langage pour s'engager de manière productive et être équipés pour conseiller leurs clients dans les processus de règlement des différends. En outre, une formation commune en RAD fait naître la coopération, la collaboration et la communication : sachant que l'autre a reçu une formation en résolution des problèmes axée sur les intérêts modifie l'interaction avec lui[73].

Les cours obligatoires en RAD au début des études en droit soulignent également l'importance de développer des habiletés en communication et en relations interpersonnelles. Les litiges juridiques sont stressants et intimidants pour les clients. Dans un système incroyablement complexe, le rôle du professionnel consiste en partie à simplifier et à responsabiliser les clients en les aidant à comprendre le processus. [traduction] « Les avocats passent plus de temps à communiquer avec les gens qu'à analyser la jurisprudence et la législation, de sorte que l'enseignement du droit doit consacrer de l'énergie à améliorer la façon dont les étudiants en droit interagissent avec les gens. »[74] À cet égard, la valeur du RAD s'étend au-delà de la sphère juridique. L'étude du RAD, y compris la compréhension théorique des différends et les compétences acquises en communication interpersonnelle, pourrait se révéler précieuse et s'étendre à tous les aspects de la pratique du droit, ainsi qu'à d'autres domaines du travail et du quotidien.

Fait intéressant, Susan Swaim Daico a évalué une série d'études menées par Irene Taylor, qui examinait les attributs des [traduction] « meilleurs » avocats canadiens dans diverses catégories professionnelles et démographiques. Elle souligne que le trait le plus significatif était une intelligence émotionnelle supérieure à celle des autres avocats. Parmi les autres atouts particuliers se trouvaient la capacité d'adaptation, les compétences en relations interpersonnelles, l'optimisme, l'empathie, la capacité de percevoir les émotions et d'en tenir compte, la pensée abstraite et créative et la résolution de problèmes [75]. Comme le déclaraient Duffy et Fields : [traduction] « Si les compétences en raisonnement juridique et le fait de "penser comme un avocat" promus au cours des études en droit minimisent l'élément humain d'un différend et réduisent l'importance des émotions, à un certain moment pendant leurs études, nous devons rappeler aux étudiants que ce sont là des considérations primordiales »[76]. L'enseignement du RAD aborde également la difficile tâche des avocats qui guident leurs clients dans la recherche d'objectifs raisonnables et qui gèrent les attentes. Les avocats sont hautement qualifiés pour recadrer un dossier, qu'il s'agisse d'adapter un récit pour en faire un argument juridique ou de combiner des éléments de preuve à l'appui d'un dossier[77]. Cependant, l'enseignement en RAD facilite le recadrage des enjeux pour aider les clients à se concentrer sur les intérêts essentiels et des objectifs réalisables.

Un des arguments les plus convaincants pour l'enseignement obligatoire des fondements théoriques et pratiques du RAD à l'école de droit concerne l'élément humain. L'école de droit a un effet personnel et profond sur de nombreux étudiants, difficile à comprendre pour ceux qui ne sont pas passés par là. L'étude qualitative de Savage sur l'enseignement du RAD dans deux écoles de droit conclut que les cours de RAD [traduction] « rendent [aux étudiants] tout ce que l'école de droit leur a pris », en réintégrant l'humanité et le bon sens au sein des processus de règlement des différends[78]. Par conséquent, l'étude de la théorie et de la pratique du RAD par tous les étudiants de première année leur permettrait de conserver leur propre humanité, de se rappeler le rôle central du client et d'adopter une perspective axée sur le monde réel tout en développant de vives capacités d'analyse.

La littérature concernant l'accès à la justice appelle à la présentation par défaut des procédés aujourd'hui appelés « alternatifs », comme la médiation et la négociation axée sur les intérêts, et suggère que « 'il ne faudrait recourir aux tribunaux que dans le nombre restreint de cas où le RCD n'est pas approprié ou n'est pas pratique »[79]. Cependant, la transition vers le RAD et sa mise en œuvre par les avocats ont été lentes. Le Comité d'action a cerné une évidente « lacune dans la mise en œuvre »[80] et appelle à l'action « au-delà des paroles sages » pour s'engager dans un changement actif. « Le virage vers le RCD n'en est pas à ses premiers pas, mais est encore loin de la ligne d'arrivée. »[81] Les écoles de droit et les professeurs jouent un rôle essentiel dans la réalisation de l'étape suivante. Pour reconnaître, soutenir et préparer adéquatement les étudiants en droit au système juridique actuel et futur, la théorie et la pratique du RAD doivent être données universellement comme un cours fondamental obligatoire et être intégrées aux programmes existants. Cette approche serait le moyen le plus efficace pour améliorer le profil et la pratique du RAD et pour donner aux diplômés en droit une compréhension juridique appropriée et équilibrée de toutes les formes de règlement des différends.

LÉGISLATION

Loi sur le divorce, LRC 1985, ch. 3 (2e suppl.), par. 9(2).
Loi sur l'environnement, CPLM ch. E125, al. 6(10)*d*).
Family law Act, [SBC 2011] ch. 25, Div. 1.
Labour Relations Code, [RSBC 1996] ch. 244, partie 7.
Queen's Bench Act, 1998, SS 1998, ch. Q-1.01, partie VII.

DOCUMENTS SECONDAIRES
REVUES ET RAPPORTS

Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, « L'accès à la justice en matière civile et familiale : Une feuille de route pour le changement » (2013) Forum canadien sur la justice civile <http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2013/AC_Report_French_Final.pdf>.

Bingham, Lisa Blomgren, Nabatchi, Tina, Senger, Jeffrey M., et Jackman, Michael Scott,
« Dispute Resolution and the Vanishing Trial: Comparing Federal Government Litigation and ADR Outcomes » (2009) 24 Ohio St J Disp Res 225
<http://www.sidley.com/~/media/files/publications/2009/01/dispute%20resolution%20and%20the%20vanishing%20trial%20compa__/files/view%20article/fileattachment/govlitadroutcomes.pdf>.

Association du Barreau canadien, « Rapport du Groupe de travail sur les systèmes de justice civile » (1996)
<https://www.cba.org/cba/pubs/pdf/systemscivil_tfreport.pdf>.

Projet de l'Association du barreau canadien Avenirs en droit, « Perspective complémentaire : La perspective des clients » (2013) Association du Barreau canadien, Ottawa, Ontario <http://www.cbafutures.org/CBA/media/mediafiles/PDF/Reports/The-Clients-Perspective-Linked-fra.pdf?ext=.pdf>.

Cromwell, Thomas A., « Access to Justice: Towards a Collaborative and Strategic Approach » UNB LJ (2012), <www.highbeam.com/doc/1G1-302776655.html>.

Daicoff, Susan Swaim « Expanding the Lawyer's Toolkit of Skills and Competencies: Synthesizing Leadership, Professionalism, Emotional Intelligence, Conflict Resolution, and Comprehensive Law » (2012) 52 Santa Clara L Rev 795.

Douglas, Kathy « Shaping the Future: The Discourses of ADR and Legal Education » (2008) 8 Queensland U Tech L & Just J 118.

Douglas, Kathy « The Evolution of Lawyers' Professional Identity: The

Contribution of ADR in Legal Education » (2013) 18 Deakin L Rev 315.
Duffy, James et Field, Rachel, « Why ADR Must be a Mandatory Subject in the Law Degree: A Cheat Sheet for the Willing and a Primer for the Non-Believer » (2014) 25 Australasian Disp Res J 9, p. 12.
Groupe de travail sur le droit de la famille du Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et de famille, « Des changements concrets en matière de droit de la famille : Au-delà des sages paroles » (2013) Forum canadien sur la justice civile, <http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2013/Report%20of%20the%20Family%20Law%20WG%20Meaningful%20Change%20April%202013%20french.pdf>.
Farrow, Trevor et Ho May, Ada, « Administrative Tribunals Using ADR » (2007, mis à jour en 2009), The Canadian Forum on Civil Justice <http://cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2007/Administrative_Tribunal_Legislation_%28May_17%2C_2007%29.pdf>.
Farrow, Trevor, « Dispute Resolution, Access to Civil Justice and Legal Education » (2005) 42:3 Alberta Law Review 741-801.
Farrow, Trevor, "National Alternative Dispute Resolutions Survey" (2008) Université de Toronto Press Publishing <http://www.utppublishing.com/pdf/Farrow_LawyerSurvey.pdf>.
Farrow, Trevor, « Public Justice, Private Dispute Resolution and Democracy » (2008) Comparative Research in Law & Political Economy <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/192>.
Fédération des ordres professionnels de juristes, « Code type de déontologie professionnelle de la Fédération » (2014) <http://flsc.ca/wp-content/uploads/2014/12/conduct1FR.pdf>, pp. 18 et 25.
Furlong, Gary, *The Conflict Resolution Toolbox: Models & Maps for Analyzing, Diagnosing, and Resolving Conflict* (Mississauga, Ontario : John Wiley & Sons Canada, Ltd.), 2005.
Gutman, Judy, Fisher, Tom et Martens, Erika, « Why Teach Alternative Dispute Resolution to Law Students? Part One: Past and Current Practices and Some Unanswered Questions » (2006) 16 Leg Ed Rev 125.
Lande, John et Sternlight, Jean R. « The Potential Contribution of ADR to an Integrated Curriculum: Preparing Law Students for Real World Lawyering » (2010) 25 Ohio St J on Disp Resol 247, p. 260-261.
Barreau du Nouveau-Brunswick, « Code de déontologie professionnelle » (2003) <http://lawsociety-barreau.nb.ca/uploads/forms/Code_de_d%C3%A9ontologie_professionnelle.pdf>.
MacFarlane, Julie, *The New Lawyer: How Settlement is Transforming the Practice of Law* (2008) (Vancouver : UBC Press).
MacFarlane, Julie, Manwaring, John, Zweibel, Ellen, Smyth, Gemm et Pearlstein, Arthur, *Dispute Resolution: Readings and Case Studies* (3e édition) (Toronto : Emond Montgomery Publications) 2011.
Moore, Christopher, *The Mediation Process*, 3e édition (San Francisco : Jossey-Bass), 2003, pp. 61-88.
Morris, Catherine « The Moulding of Lawyers, ADR and Legal Education » (1999) 17 Windsor YB Access Just 271.
Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, Groupe de travail sur la prévention, la priorisation et l'aiguillage, « Rapport final, Intervenir tôt, intervenir efficacement : L'accès à la justice par l'entremise du Secteur des services de règlement rapide » (2013) <http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2013/Report%20of%20the%20Prevention%2C%20Triage%20and%20Referral%20WG%20french.pdf>.
O'Connell, Mary E. et DiFonzo, J Herbie, « The Family Law Education Reform Project Final Report » (2006) Family Court Review, Vol 44, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1744-1617.2006.00107.x/abstract> p. 524.
Savage, Cynthia, « Future Lawyers: Adversaries or Problem Solvers? Two Law School Programs in Alternative Dispute Resolution » (1989) 7(1) Mediation Quarterly 90, p. 147.
Stipanowich, Thomas et Lamare, J. Ryan « Living with "ADR": Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1,000 Corporations » (2013) 19 Harvard Neg L Rev 1 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2221471>.
Vander Veen, Sarah, « A Case for Mediation: The Cost-Effectiveness of Civil Family and Workplace Mediation » (2014) Mediate BC Dipsute Resolution Design <http://www.mediatebc.com/PDFs/1-52-Reports-and-Publications/The-Case-for-Mediation.aspx>.
Wissler, Roselle L., « Barriers to Attorneys' Discussion and Use of ADR » (2003) 19 Ohio St J on Disp Res 459.
Zweibel, Ellen, « Where Does ADR Fit in the Mainstream Law School Curriculum » (1999) 17 Windsor YB Access Just 295.

SITES WEB

Ministère de la Justice de la Colombie-Britannique, Dispute Resolution Office (2014) <http://www.ag.gov.bc.ca/dro/index.htm>.
Law Society of Alberta, « Code of Conduct » (2014) <http://www.lawsociety.ab.ca/docs/default-source/regulations/code.pdf?sfvrsn=2>.
Law Society of Newfoundland and Labrador, « Code of Professional Conduct » (2014) <http://www.lawsociety.nf.ca/wp-content/uploads/2012/11/Code-of-Professional-Conduct-Oct-2014.pdf>.
Law Society of Saskatchewan, « Lawyer Regulation » (2014) <http://www.lawsociety.sk.ca/lawyer-regulation/code-of-professional-conduct.aspx>
Barreau du Haut-Canada, « Code de déontologie » (2014) <http://www.lsuc.on.ca/with.aspx?id=671>.
Ministère du Procureur général de l'Ontario, « Programme de médiation obligatoire » (2008) <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/courts/manmed/>.
Osgoode Hall Law School, « Juris Doctor Program » (2014) York University <http://www.osgoode.yorku.ca/programs/jd-program/first-year/>.
Peter Allard School of Law, "A Broad and Diverse Curriculum" (2014) Université de British Columbia <http://www.law.ubc.ca/broad-and-diverse-curriculum>.
Robson Hall Faculty of Law, « Negotiation » (2014) Université du Manitoba <http://law.robsonhall.ca/course-information/course-descriptions/second-year-only/112-negotiation>.
Schulich School of Law, « Course Information » (2014) Dalhousie University <http://www.dal.ca/faculty/law/current-students/jd-students/course-information.html>.
Université de l'Alberta, Faculty of Law, « Faculty of Law Prospectus » (2014) Université de Alberta <http://issuu.com/lawcomm/docs/law_student_prospectus_5_-_for_dean?e=13115880/9739797>.
Université de Calgary, Faculty of Law « Course Descriptions » (2014) Université de Calgary <http://law.ucalgary.ca/files/law/course-descriptions-2014-td.pdf>.
UNB Fredericton, Faculty of Law, « Current Students » (2014) Université du Nouveau-Brunswick <http://www.unb.ca/fredericton/law/current/index.html> [en anglais seulement].
Université d'Ottawa, Faculté de droit, « L'option en Résolution des différends et professionnalisme » (2014) Université d'Ottawa <http://commonlaw.uottawa.ca/fr/etudiants/affaires-scolaires/cours/loption-resolution-differends-professionnalisme>
Université d'Ottawa, Faculté de droit, « Programmes : JD » (2014), Université d'Ottawa <http://commonlaw.uottawa.ca/fr/etudiants/programmes/juris-doctor-en-fran%C3%A7ais>.
Université of de la Saskatchewan, College of Law, « First-Year Dispute

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

Ismaili Conciliation and Arbitration Board of Canada

Shell Canada Limited

Resolution Program: Client-Centred Advocacy Skills » (2015) Université de la Saskatchewan <http://law.usask.ca/documents/DisputeResolutionOverview_2015.pdf>.
Université de Toronto, Faculty of Law, « Negotiation » (2014) University de Toronto <http://www.law.u.ca/academic-programs/jd-program/program-requirements#upper_year>
Université de Toronto, Faculty of Law, « Program Requirements » (2014) University de Toronto <http://www.law.u.ca/academic-programs/jd-program/program-requirements#upper_year>
Université de Toronto, Faculty of Law, « Schedules and Timetables » (2014) University de Toronto <http://www.law.utoronto.ca/academic-programs/schedules>
University de Victoria, « Calendar 2014-2015 » (2014) University de Victoria <http://web.uvic.ca/calendar2015-01/CDs/LAW/CTs.html>

1 La définition du RAD employée aux présentes englobe toutes les procédures de règlement non contradictoires des différends, y compris les processus judiciaires qui visent à régler des enjeux avant un procès.
2 P. ex., Sarah Vander Veen, « A Case for Mediation: The Cost-Effectiveness of Civil Family and Workplace Mediation » (2014) <http://www.mediatebc.com/PDFs/1-52-Reports-and-Publications/The-Case-for-Mediation.aspx> [en anglais seulement]; Lisa Blomgren Bingham, Tina Nabatchi, Jeffrey M. Senger, Michael Scott Jackman, « Dispute Resolution and the Vanishing Trial: Comparing Federal Government Litigation and ADR Outcomes » (2009) 24 Ohio St J Disp Res 225 [en anglais seulement].
3 Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, « L'accès à la justice en matière civile et familiale : Une feuille de route pour le changement » (2013) Forum canadien sur la justice civile <http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2013/AC_Report_French_Final.pdf>, à la page 6 [« Feuille de route »], à la page 10.
4 Association du Barreau canadien, « Rapport du Groupe de travail sur les systèmes de justice civile » (1996) <https://www.cba.org/cba/pubs/pdf/systemscivil_tfreport.pdf>, VII.
5 *Ibid.*, p. 75.
6 Groupe de travail sur le droit de la famille du Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et de famille, « Des changements concrets en matière de droit de la famille : Au-delà des sages paroles » (2013) Forum canadien sur la justice civile, [« Au-delà des sages paroles »] <http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2013/Report%20of%20the%20Family%20Law%20WG%20Meaningful%20Change%20April%202013%20french.pdf>, p. 2.
7 Feuille de route, *supra,* note 4, p. 7.
8 Au-delà des sages paroles (2013), *supra,* note 6, p. 10.
9 *Ibid.*, p. 31. Le document Au-delà des sages paroles définit le RCD comme le « règlement consensuel des différends » (*ibid.*, p. 33).
10 Feuille de route (2013), *supra*, note 4, p. 25 [notes de bas de page omises].
11 Osgoode Hall, Law School, « Juris Doctor Program » (2014) York University <http://www.osgoode.yorku.ca/programs/jd-program/first-year/> [en anglais seulement].
12 Université of de la Saskatchewan, College of Law, « First-Year Dispute Resolution Program: Client-Centred Advocacy Skills » (2015) Université de la Saskatchewan <http://law.usask.ca/documents/DisputeResolutionOverview_2015.pdf> [en anglais seulement].
13 Voir : Université de Victoria, « Calendar 2014-2015 » (2014), Université de Victoria <http://web.uvic.ca/calendar2015-01/CDs/LAW/CTs.html> [en anglais seulement]; Université de la Colombie-Britannique, Peter Allard School of Law, « A Broad and Diverse Curriculum » (2014) <http://www.law.ubc.ca/broad-and-diverse-curriculum> [en anglais seulement]; Robson Hall, Faculty of Law, « Course Description » (2014), Université du Manitoba <http://law.robsonhall.ca/course-information/course-descriptions> [en anglais seulement]; Université d'Ottawa, Faculté de droit, « L'option en Résolution des différends et professionnalisme » (2014) Université d'Ottawa <http://commonlaw.uottawa.ca/fr/etudiants/affaires-scolaires/cours/loption-resolution-differends-professionnalisme>.
14 Robson Hall, Faculty of Law, « Negotiation » (2014) University du Manitoba <http://law.robsonhall.ca/course-information/course-descriptions/second-year-only/112-negotiation> [en anglais seulement].
15 Université de Calgary, Faculty of Law « Course Descriptions » (2014) Université de Calgary <http://law.ucalgary.ca/files/law/course-descriptions-2014-td.pdf> [en anglais seulement], décrit comme [traduction] : « Un aperçu du spectre du processus règlement consensuel des différends, y compris la négociation, le droit collaboratif, la médiation et la résolution judiciaire des différends (RJD). L'accent est mis sur la négociation et la médiation en fonction des intérêts. »
16 Université d'Ottawa, Faculté de droit, « Programmes : JD » (2014), Université d'Ottawa <http://commonlaw.uottawa.ca/fr/etudiants/programmes/juris-doctor-en-fran%C3%A7ais>.
17 Trevor Farrow, « Dispute Resolution, Access to Civil Justice and Legal Education » (2005) 42:3 Alberta Law Review 741-801 [en anglais seulement].
18 Université de Toronto, Faculty of Law, « Program Requirements » (2014) University de Toronto <http://www.law.u.ca/academic-programs/jd-program/program-requirements#upper_year>
19 Université de Toronto, Faculty of Law, « Schedules and Timetables » (2014) University de Toronto <http://www.law.utoronto.ca/academic-programs/schedules>
20 Université de Toronto, Faculty of Law, « Negotiation » (2014) University de Toronto <http://www.law.u.ca/academic-programs/jd-program/program-requirements#upper_year>
21 UNB Fredericton, Faculty of Law, « Current Students » (2014) Université du Nouveau-Brunswick <http://www.unb.ca/fredericton/law/current/index.html> [en anglais seulement].
22 P. ex., Schulich School of Law, « Course Information » (2014), Université Dalhousie <http://www.dal.ca/faculty/law/current-students/jd-students/course-information.html> [en anglais seulement]; Université de Victoria « Calendar 2014-2015 » (2014), Université de Victoria <http://web.uvic.ca/calendar2015-01/CDs/LAW/CTs.html> [en anglais seulement]; Université de l'Alberta, Faculty of Law, « Faculty of Law Prospectus » (2014), Université de l'Alberta <http://issuu.com/lawcomm/docs/law_student_prospectus_5_-_for_dean?e=13115880/9739797> [en anglais seulement]; voir également Farrow (2008), *supra,* note 17;
23 Julie MacFarlane, *The New Lawyer: How Settlement is Transforming the Practice of Law* (2008) (Vancouver : UBC Press), p. 225 [en anglais seulement].
24 *Ibid.*, p. 226.
25 MacFarlane, *supra,* note 19, p. 226.
26 Ministère du Procureur général de l'Ontario, « Programme de médiation obligatoire » (2008) <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/courts/manmed/>.
27 Ministère de la Justice de la Colombie-Britannique, Dispute Resolution Office (2014) <http://www.ag.gov.bc.ca/dro/index.htm> [en anglais seulement].
28 P. ex., *Labour Relations Code*,[RSBC 1996] ch. 244, partie 7 [en anglais seulement]; *Loi sur l'environnement*, CPLM ch. E125, al. 6(10)D);*d*); *Loi sur le divorce*, LRC 1985, ch. 3 (2e suppl.), par. 9(2); *Family Law Act*, [SBC 2011] ch. 25, Div. 1 [en anglais seulement]; *Queen's Bench Act*, 1998, SS 1998, ch. Q-1.01, Partie VII [en anglais seulement].
29 Trevor Farrow « Public Justice, Private Dispute Resolution and Democracy » (2008) Comparative Research in Law & Political Economy <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/192> [en anglais seulement].
30 Trevor Farrow et Ada Ho May, « Administrative Tribunals Using ADR » (2007, mis à jour en 2009), The Canadian Forum on Civil Justice <http://cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2007/Administrative_Tribunal_Legislation_%28May_17%2C_2007%29.pdf> [en anglais seulement].
31 Thomas Stipanowich et J. Ryan Lamare, « Living with "ADR": Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1,000 Corporations » (2013) 19 Harvard Neg L Rev 1 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2221471>, p. 5 [en anglais seulement].
32 Stipanowich et Lamare (2013), *supra*, note 27, p. 67.
33 Au-delà des sages paroles (2013), *supra,* note 6, pp. 14-15.
34 Barreau du Nouveau-Brunswick, « Code de déontologie professionnelle » (2003) <http://lawsociety-barreau.nb.ca/uploads/forms/Code_de_d%C3%A9ontologie_professionnelle.pdf>, p. 4.
35 *Ibid.*, pp. 30 et 62.
36 *Ibid.*, p. 62.
37 Fédération des ordres professionnels de juristes, « Code type de déontologie professionnelle de la Fédération » (2014) <http://flsc.ca/wp-content/uploads/2014/12/conduct1FR.pdf>, pp. 18 et 25.
38 P. ex., Law Society of Alberta, « Code of Conduct » (2014) <http://www.lawsociety.ab.ca/docs/default-source/regulations/code.pdf?sfvrsn=2> [en anglais seulement]; Law Society of Saskatchewan, « Lawyer Regulation » (2014) <http://www.lawsociety.sk.ca/lawyer-regulation/code-of-professional-conduct.aspx> [en anglais seulement]; Barreau du Haut-Canada, « Code de déontologie » (2014) <http://www.lsuc.on.ca/with.aspx?id=671&langtype=1036>; Law Society of Newfoundland and Labrador « Code of Professional Conduct » (2014) <http://www.lawsociety.nf.ca/wp-content/uploads/2012/11/Code-of-Professional-Conduct-Oct-2014.pdf> [en anglais seulement].
39 Thomas A. Cromwell, « Access to justice: towards a collaborative and strategic approach », Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick (janvier 2012), <www.highbeam.com/doc/1G1-302776655.html> [en anglais seulement].
40 MacFarlane, *supra,* note 19, pp. 225-226.
41 P. ex., Université d'Ottawa, Faculté de droit, « Programmes : JD » (2014) <http://commonlaw.uottawa.ca/fr/etudiants/programmes/juris-doctor-en-fran%C3%A7ais>; Université de Victoria, « Calendrier 2014-2015 » (2014) <http://web.uvic.ca/calendar2015-01/CDs/LAW/CTs.html> [en anglais seulement].
42 James Duffy et Rachel Field, « Why ADR Must be a Mandatory Subject in the Law Degree: A Cheat Sheet for the Willing and a Primer for the Non-Believer » (2014) 25 Australian Disp Res J 9, p. 12 [en anglais seulement].
43 John Lande et Jean R. Sternlight, « The Potential Contribution of ADR to an Integrated Curriculum: Preparing Law Students for Real World Lawyering » (2010) 25 Ohio St J on Disp Resol 247, p. 254 [en anglais seulement].
44 MacFarlane (2005), *supra,* note 19, pp. 225-229.

45 Trevor Farrow, « Dispute Resolution, Access to Civil Justice and Legal Education » (2005) 42 Alberta Law Review 782-783 [en anglais seulement].
46 Duffy et Rachael (2014), *supra*, note 35, p. 14.
47 Judy Gutman, Tom Fisher et Erika Martens, « Why Teach Alternative Dispute Resolution to Law Students? Part One: Past and Current Practices and Some Unanswered Questions » (2006) 17 Leg Ed Rev 125 [en anglais seulement].
48 Tom Fisher, Judy Gutman et Erika Martens, « Why Teach Alternative Dispute Resolution to Law Students? Part 2: An Empirical Survey » (2007) 17 Legal Ed Rev 67, p. 71 [en anglais seulement].
49 Pour un bon résumé, voir Trevor Farrow « Dispute Resolution, Access to Civil Justice and Legal Education » (2005) 42 Alta L Rev 741 [en anglais seulement]; voir également Ellen Zweibel, « Where Does ADR Fit in the Mainstream Law School Curriculum » (1999) 17 Windsor YB Access Just 295.
50 Gutman et coll. (2006), *supra*, note 40, p. 127.
51 *Ibid.*, p. 143.
52 *Ibid.*, p. 96.
53 Fisher et coll., (2007) *supra*, note 48, p. 96.
54 Trevor Farrow, « Dispute Resolution, Access to Civil Justice and Legal Education » (2005) 42 Alta L Rev 741, pp. 782-783.
55 *Ibid.*, p. 150.
56 Duffy et Field, *supra*, note 35, p. 12.
57 MacFarlane, *supra,* note 19, p. 125.
58 MacFarlane, *supra,* note 19, p. 96.
59 Projet de l'Association du barreau canadien Avenirs en droit, « Perspective complémentaire : La perspective des clients » (2013) Association du Barreau canadien, Ottawa, Ontario *<http://www.cbafutures.org/CBA/media/mediafiles/PDF/Reports/The-Clients-Perspective-Linked-fra.pdf?ext=.pdf>*, p. 8 [« Projet de l'ABC Avenirs en droit »]; MacFarlane, *ibid.*, note 19, pp. 120 et 130.
60 Projet de l'ABC Avenirs en droit, *supra*, note 45.
61 Projet de l'ABC Avenirs en droit, *supra*, note 45, p. 8; MacFarlane (2005), *supra*, note 19, pp. 130 et 144.
62 Projet de l'ABC Avenirs en droit, « Perspective complémentaire : La perspective des clients » (2013), *supra*, note 53, p. 12.
63 Roselle L. Wissler « Barriers to Attorneys' Discussion and Use of ADR » (2003) 19 Ohio St J on Disp Res 459, pp. 479-481.
64 Au-delà des sages paroles (2013), *supra,* note 6, pp. 3-15.
65 *Ibid.*, p. 21.
66 Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, Groupe de travail sur la prévention, la priorisation et l'aiguillage, « Rapport final, Intervenir tôt, intervenir efficacement : L'accès à la justice par l'entremise du Secteur des services de règlement rapide » (2013) *<http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2013/Report%20of%20the%20Prevention%2C%20Triage%20and%20Referral%20WG%20french.pdf>*, p. 3; Au-delà des sages paroles (2013), *supra,* note 6, p. 11.
67 MacFarlane (2005), *supra,* note 19, pp. 144-229.
68 Au-delà des sages paroles (2013), *supra*, note 6, p. 27, citant Mary E. O'Connell, J. Herbie DiFonzo, « The Family Law Education Reform Project Final Report » (2006) Family Court Review, Vol 44, *<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1744-1617.2006.00107.x/abstract*>, p. 524 [en anglais seulement].
69 Voir Gary Furlong, *The Conflict Resolution Toolbox: Models & Maps for Analyzing, Diagnosing, and Resolving Conflict* (Mississauga, Ontario : John Wiley & Sons Canada, Ltd), 2005 [en anglais seulement; Christopher Moore, *The Mediation Process*, 3e édition (San Francisco : Jossey-Bass), 2003, pp 61-88 [en anglais seulement].
70 Julie MacFarlane et coll., *Dispute Resolution: Readings and Case Studies* (3e édition) (Toronto : Emond Montgomery Publications) 2011, p. 14 [en anglais seulement].
71 Lande et Sternlight (2010), *supra*, note 36, pp. 260-261.
72 Kathy Douglas, « Shaping the Future: The Discourses of ADR and Legal Education » (2008) 8 Queensland U Tech L & Just J 118, p. 320 [en anglais seulement].
73 Kathy Douglas « The Evolution of Lawyers' Professional Identity: The Contribution of ADR in Legal Education » (2013) 18 Deakin L Rev 315, p. 317 [en anglais seulement].
74 Duffy et Fields (2014), *supra*, note 35, p. 11 [en anglais seulement].
75 Susan Swaim Daicoff, « Expanding the Lawyer's Toolkit of Skills and Competencies: Synthesizing Leadership, Professionalism, Emotional Intelligence, Conflict Resolution, and Comprehensive Law » (2012) 52 Santa Clara L Rev 795, pp. 819-825 [en anglais seulement].
76 *Ibid.*, p. 12.
77 MacFarlane et coll., (2011), *supra*, note 62, p. 91.
78 Cynthia Savage, « Future Lawyers: Adversaries or Problem Solvers? Two Law School Programs in Alternative Dispute Resolution » (1989) 7(1) Mediation Quarterly 90, p. 147 [en anglais seulement].
79 Au-delà des sages paroles (2013), *supra,* note 6, pp. 14-15.
80 *Ibid.,* p. 8.
81 *Ibid.*, p. 26.

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

DISCOURS À L'OCCASION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ANNUELLE DE LA TORONTO COMMERCIAL ARBITRATION SOCIETY

Jeudi 30 avril 2015, University Club, Toronto

J. BRIAN CASEY, J.D., LL.M., FCIARB

Brian Casey possède plus de 38 ans d'expérience en résolution de différends commerciaux. Il est un ancien dirigeant de Baker & McKenzie International, ainsi qu'un ancien président du groupe de litige nord-américain du cabinet. En 2012, il a formé Bay Street Chambers afin de consacrer exclusivement son temps à l'arbitrage.

J'ai récemment été invité à parler à l'occasion du cinquième anniversaire de la fondation de la Toronto Commercial Arbitration Society. Plusieurs la considéreront toujours comme le successeur de l'Arbitration Roundtable of Toronto. L'ART est devenue la TCAS à la fin de 2009, lors du dépôt d'une proposition visant la mise en place d'une initiative d'arbitrage à Toronto, élaborée par Sonia Bjorkquist, Earl Cherniak, John Judge et moi-même, avec la précieuse collaboration de Bill Horton, Janet Walker, JL McDougall et feu Randy Pepper.

Alors que je peaufinais mes remarques, j'en suis venu à la conclusion qu'il y a toujours, dans le domaine de l'arbitrage international, des occasions à saisir, mais que nous devons perfectionner notre façon de faire. Le commerce international est là pour rester. En effet, chaque personne qui vend un produit sur un site Web est un commerçant international. Les accords commerciaux ne disparaîtront pas non plus. Je crois que deux occasions se présentent à nous, c'est-à-dire composer avec le lieu et les gens, en gardant toujours en tête notre objectif ultime : nous mettre au travail.

C'est la méritocratie qui gouverne notre domaine, comme bien d'autres, et lorsque je parle de ces occasions de composer avec le lieu et les gens et de nous mettre au travail, je crois que le point central qui les réunit est l'éducation.

Pour ce qui est du lieu, j'estime que le Canada a encore un rôle déterminant à jouer dans le domaine de l'arbitrage international. Quel serait notre meilleur attribut? Comme l'a dit Marc Lalonde : « Nous sommes Nord-Américains, mais nous ne sommes pas Américains. » Nous sommes moins chers et plus facilement accessibles que toute autre ville européenne ou asiatique. Notre marché cible doit être les États-Unis. Si une partie américaine rencontre une quelconque opposition à tenir une procédure d'arbitrage aux É.-U., le prochain endroit logique vers lequel elle devrait se tourner est le Canada. Le problème avec les Américains, ce n'est pas qu'ils ne nous croient pas assez bons, c'est qu'ils ne pensent tout simplement pas à nous. Par conséquent, nous devrions considérer comme une priorité l'éducation des Américains qui ont recours à l'arbitrage.

Certains pourraient demander en quoi il nous importe que le Canada devienne un carrefour de l'arbitrage. La réponse est évidente. Si une ville au Canada devient un site clé d'arbitrage, le tribunal local sera compétent en vertu de la loi sur l'arbitrage international pertinente. Les parties chercheront inévitablement à embaucher un avocat local, tout du moins pour obtenir des opinions et des conseils si ce n'est pas pour agir en tant que second conseiller.

Le premier aspect qui caractérise les centres d'arbitrage se manifeste sous forme de briques et de mortier. Il s'agit d'un point essentiel. Si vous invitez les gens dans votre ville pour des procédures d'arbitrage, mais que vous devez ensuite tenir la séance dans une chambre d'hôtel ou la salle de réunion d'un cabinet, vous ne serez pas perçu comme faisant partie de l'élite du domaine. Plusieurs villes bénéficient de services de sténographes judiciaires, installés dans des locaux à bureaux. D'autres ont mis en place des centres dédiés aux séances. Je suis convaincu que nous devons travailler plus étroitement avec chacun d'eux et leur en apprendre davantage sur le processus d'arbitrage, avant de faire de même avec nos amis américains. Sur ce point, je dois souligner le travail de l'Arbitration Place, à Toronto. L'organisme s'est mobilisé et a investi afin d'établir sa présence à l'échelle mondiale, et ses efforts ont porté leurs fruits. Lors de conférences internationales, je suis souvent interrogé sur les installations de l'Arbitration Place, et le fait est que plusieurs arbitres y œuvrent maintenant.

Le fait que nous puissions nous retrouver à collaborer avec une quelconque entreprise commerciale à but lucratif ne devrait pas entrer en ligne de compte. Chacun devrait garder en tête qu'à l'échelle mondiale, la plupart des grands centres d'arbitrage sont des entreprises commerciales à but lucratif, notamment ceux de Londres, de New York et de Singapour. Nous devons collaborer avec les autres pour éduquer nos clients américains.

Au cours des années, nous avons pu tirer avantage de nombreux sondages de la Queen Mary Law School sur l'arbitrage international. Ces sondages nous ont démontré que le premier critère pris en compte lorsque vient le temps de choisir un lieu d'arbitrage est le fait que l'endroit bénéficie ou non d'un système judiciaire favorable à l'arbitrage.

Non seulement notre système judiciaire doit être favorable à l'arbitrage, mais ces membres doivent également être bien informés sur le sujet. À New York, Miami, Victoria en Australie et Singapour, des juges ont été désignés pour entendre les causes associées à des procédures d'arbitrage. Et ils font maintenant la publicité de cet aspect. À Toronto, nous avons parcouru une partie du chemin en rendant possible l'ajout de « questions d'arbitrage commercial pertinentes » au rôle commercial, mais l'autorisation d'un juge est tout de même nécessaire à cet ajout. C'est un bon début. Cette initiative devrait être favorisée dans tout le pays. Un tribunal qui a dressé une liste d'arbitrage est plus susceptible d'être conscient des enjeux spécifiques

posés par les situations d'arbitrage. De plus, seuls les juges intéressés par l'arbitrage et qui possèdent une certaine expertise en la matière peuvent rendre des décisions pertinentes liées à une instance arbitrale.

Comme la Cour suprême du Canada l'a dit en plusieurs occasions : « un arbitrage ne fait partie d'aucune structure judiciaire étatique. » Donc, si vous vous retrouvez devant un tribunal, c'est qu'une étape a échoué. Que quelque chose ne s'est pas déroulé comme prévu. Nos joueurs sont particulièrement intelligents et acharnés. Le problème est qu'ils rencontrent si peu de cas qu'ils ne peuvent pas compter uniquement sur l'expérience pour développer leur expertise. Il n'y a tout simplement pas suffisamment de causes soumises aux tribunaux. Mais lorsque la procédure cafouille et que l'aide d'un tribunal est nécessaire, il serait merveilleux de ne pas avoir à expliquer au juge ce qu'est le CIRDI. Je ne saurais trop répéter que l'éducation est la clé. Nous devons collaborer avec le système judiciaire afin de rendre accessibles des cours appropriés. Cela pourrait être particulièrement utile au juge pour les cas où les avocats qui comparaissent ne connaissent pas réellement le sujet du différend. Et bien qu'il soit agréable de voir un tribunal saisir réellement de quoi il est question, il s'agit ici de faire la promotion du Canada, et promouvoir le Canada signifie œuvrer pour le voir finalement apparaître, pour les bonnes raisons, dans le Global Arbitration Review et d'autres publications internationales. Comme c'est le cas pour tous les journaux, les représentants de la presse dédiée à l'arbitrage international ne considèrent une nouvelle comme digne d'intérêt que lorsque le tribunal d'un pays donné a fait dégénérer une situation. Vous ne verrez jamais apparaître en gros titre : « Le juge a pris les mesures qui s'imposent. » Je crois que nous devons travailler de concert avec les tribunaux pour offrir aux membres du système judiciaire une éducation neutre et appropriée.

L'existence de lieux convenables et la présence d'un système judiciaire compétent font des miracles pour promouvoir un lieu. J'aimerais maintenant me pencher sur la question des gens et des talents : soit les arbitres et les avocats. Nous devons également être mieux éduqués. Et cela nous concerne tous autant que nous sommes. Pas seulement les plus jeunes membres du barreau.

L'article 2 de la constitution de la TCAS définit l'un des ses desseins en ces termes :

> « Favoriser l'éducation continue et offrir une tribune permettant l'échange d'idées sur tous les aspects de l'arbitrage international et national. » (traduction libre)

Ce chemin devrait être emprunté dans l'ensemble du Canada. De nombreux avocats argueront qu'ils n'ont pas de temps à consacrer au suivi d'une formation dans un domaine qui les intéresse et qu'ils aiment, mais qui ne leur procure que peu de travail. Ils ajouteront qu'ils doivent déjà facturer et percevoir les frais pour leurs 2 000 heures de travail, et que cela suffit à occuper tout leur temps. Ils connaissent déjà les bases de l'arbitrage est présument qu'ils pourront combler leurs lacunes lorsqu'ils se verront confier un dossier, si cela arrive jamais. Le problème avec cette attitude est que notre domaine appartient à un marché sophistiqué. Après avoir consulté les sondages de la Queen Mary Law School, les juristes d'entreprise sont plus enclins à embaucher des avocats externes qui possèdent une expertise en arbitrage plutôt que des avocats plaidants. Il n'est pas suffisant d'être un avocat plaidant chevronné et de compter uniquement sur sa réputation. Les concours de beauté, les appels d'offres et les entrevues d'embauche sont monnaie courante dans ce domaine. Comme quelqu'un l'a déjà dit : « L'expérience est quelque chose que l'on acquiert juste après en avoir eu besoin. » Pour obtenir chaque nouveau dossier, vous devez prouver que vous connaissez le domaine. Et si vous ne pouvez apprendre à le connaître grâce à l'expérience directe, vous devez le faire indirectement en partageant vos connaissances avec d'autres.

Nous devons commencer à parler davantage entre nous. Pas seulement lors des grandes conférences dans le cadre desquelles nous invitons des juristes d'entreprise dans l'espoir qu'ils nous confient des dossiers. Il est essentiel d'organiser des séances plus modestes (inspirées du modèle de l'Arbitration Round Table). En outre, d'autres véhicules et forums permettant l'échange d'idées qui correspondent à notre réalité devraient être mis en place.

Voici donc l'occasion qui nous est offerte : les Canadiens sont d'excellents intervenants en arbitrage international. Pensez simplement au « Vis Moot », dans le cadre duquel les équipes canadiennes se sont démarquées en atteignant les tours finaux et en remportant encore cette année la compétition générale à Vienne. Les avocats canadiens font montre de civilité ainsi que d'appréciation et d'ouverture envers les autres cultures, des qualités qui sont alliées, pour la plupart d'entre eux, à un faible orgueil. Cette heureuse association nous permet de nous distinguer parmi les autres juridictions, et nous rend très efficaces devant les tribunaux internationaux de différentes nationalités. Voilà un domaine d'exportation que nous devrions perfectionner, que le Canada soit ou non le siège des procédures.

C'est la même chose pour ceux d'entre nous qui agissent comme arbitres. Nous avons le potentiel d'offrir un produit d'exception. Comme me le disait souvent un vieil ami à moi, Haig Oghigian, à Tokyo : « Brian, l'argumentaire de vente est simple pour un arbitre canadien. Il suffit d'expliquer que nous sommes neutres, comme les Suisses, mais que nous avons le sens de l'humour. » Mais avec tout le respect que je dois à Haig, ce n'est pas assez. Nous maîtrisons peut-être les bases, mais il faut tenir compte du fait que le domaine a évolué. Il existe différentes nuances, des impératifs propres aux parties, ainsi qu'une pléthore de techniques dont un arbitre doit tenir compte lorsqu'il mène une procédure d'arbitrage. Nous devons partager entre nous ces idées et techniques sur une base beaucoup plus régulière. Nous devons nous éduquer les uns les autres.

En première page du bulletin d'avril du Conseil international pour l'arbitrage commercial, on retrouve un article intitulé : On the Emergence of a "Hong Kong" Brand of International Arbitration (émergence d'une marque « hongkongaise » d'arbitrage international [traduction libre]).

Si nous nous assurons de parler entre nous et de nous éduquer mutuellement, nous pourrons également donner vie à notre propre culture. Je crois même que nous en avons déjà amorcé la création. Appelez-la la manière torontoise ou canadienne, l'école de l'Alberta ou encore la marque de Vancouver. Donnez-lui le nom que vous voulez. Mais pour pouvoir enrichir cette culture, nous devons mettre en place un véhicule qui permettra un partage facile et informel des idées et des connaissances.

Pour nous faire connaître, nous devrons miser sur l'éducation des autres au sujet de nos installations, sur l'éducation des membres du système judiciaire pour les rendre favorables à l'arbitrage, ainsi que sur notre propre éducation en tant qu'avocats et arbitres. Mais cela exigera de l'engagement et la prise de mesures. Le proverbe dit que le pessimiste se plaint du vent et ne fait rien, alors que l'optimiste s'assoit et dit d'attendre, que le vent peut changer à tout moment, mais qu'il n'agit pas plus. Le réaliste règle les voiles… Allez, réglons nos voiles! Amorcez le dialogue. Adressez-vous au Comité de la planification stratégique de la TCAS, ou alors à son Comité exécutif, discutez avec les membres de la WCART, allez manger avec quelqu'un et discutez compétences… faites ce que vous voulez. Mais à ce stade de notre développement, nous ne pouvons nous permettre de simplement nous tourner vers ce qui nous semble le plus confortable.

FÉLICITATION AUX LAURÉATS 2015 DU PRIX D'EXCELLENCE LIONEL J. MCGOWAN!

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

Anne M. Wallace, c.r., LL.B., Méd.A, Arb.A, CTAJ, IMI Cert.,
Anne Wallace Legal Professional Corporation

Anne a reçu le prix national McGowan, qui récompense sa vision, sa passion et son travail inlassable dans la gestion de la conception des cours nationaux d'introduction à l'arbitrage et à la médiation de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada (IAMC). Anne a poussé l'IAMC à créer ces cours de formation pour les régions du Canada où l'offre de services d'arbitrage et de médiation ne suffit pas à la demande. Par suite des efforts énormes du groupe de travail sur la formation qu'elle présidait, l'initiative a produit d'excellents résultats : de multiples offres de cours très populaires en 2015!

Le groupe de travail sur la formation nationale est devenu le comité des cours nationaux, dont Anne continue d'être la présidente. Elle préside également le comité national d'approbation des formateurs.

Anne est membre du Conseil d'administration de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, présidente sortante de l'ADR Institute of Saskatchewan out elle continue de siéger au conseil d'administration, membre du comité régional d'agrément des arbitres et des médiateurs agréés, et membre du comité de la technologie de l'IAMC.

Félicitations et merci, Anne, pour l'appui indéfectible que tu donnes à la médiation et à l'arbitrage, à l'ADR Institute of Saskatchewan et à l'IAMC!

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

La professeure **Jennifer L. Schulz**, B.A., LL.B., M.Ph., J.S.D.
de l'Université du Manitoba

Le prix régional McGowan a été décerné à Jennifer pour sa contribution remarquable au soutien, au développement et au succès du nouvel ADR Institute of Manitoba, ainsi qu'à l'essor du mode alternatif de règlement des différends au Manitoba.

Au Manitoba, Jennifer est la seule professeure de droit spécialisée dans le mode alternatif de règlement des différends. C'est aussi une personnalité influente dans la collectivité de l'arbitrage et de la médiation au Manitoba. Le gouvernement du Manitoba l'a engagée récemment pour qu'elle évalue en tant qu'experte le premier programme de médiation dans les cas de lésion corporelle du Manitoba. Elle a donné des centaines de présentations sur l'arbitrage et la médiation, et publié de nombreux articles et chapitres sur le sujet, évalués par des spécialistes du domaine avant publication. Elle est la seule membre du Winkler Institute for Dispute Resolution au Manitoba.

Jennifer est vice-présidente de l'ADR Institute of Manitoba, et représente le Manitoba en tant qu'administratrice au conseil d'administration de l'IAMC. Elle siège au comité de mise en candidature de l'IAMC et au comité du Journal, et représente le Manitoba au comité du bulletin de l'ADR Institute of Ontario.

Félicitations, Jennifer, et merci beaucoup!

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 ANNUELLE 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.*

Pour plus de renseignements, visitez *www.adric.ca/fr/mcgowan*

DISCOURS À L'OCCASION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ANNUELLE DE LA TORONTO COMMERCIAL ARBITRATION SOCIETY

Jeudi 30 avril 2015
University Club, Toronto

L'HONORABLE JUGE FRANK N. MARROCCO

L'HONORABLE JUGE FRANK N. MARROCCO, COUR SUPÉRIEURE DE JUSTICE

Le juge Marrocco est diplômé de la faculté de droit de l'Université de Toronto. Il a été nommé à la Cour supérieure de justice le 1er novembre 2005. Le 6 juin 2013, il a été nommé juge en chef adjoint à la Cour supérieure de justice. Avant de rejoindre la Cour supérieure, il a été partenaire du cabinet Gowling Lafleur Henderson. De 2003 à 2005, il a aussi été trésorier du Barreau du Haut-Canada.

J'aimerais tout d'abord remercier la direction de la Toronto Commercial Arbitration Society de m'offrir l'occasion de prendre la parole dans le cadre de son Assemblée générale annuelle.

L'aspect particulier de l'arbitrage au sujet duquel je veux vous entretenir cordialement aujourd'hui est la relation entre les tribunaux et les personnes qui tirent une importante partie de leur revenu de leur participation à des procédures d'arbitrage.

Je pourrais très certainement m'en référer à chacun d'entre vous sur cette question, mais, de mon point de vue, il semblerait que les tribunaux aient souvent un rôle à jouer dans les procédures d'arbitrage, et ce, de différentes manières :

- le tribunal peut avoir à intervenir dès le début de l'arbitrage en cas de différend au sujet de la nomination de l'arbitre dans le cadre du processus d'entente;
- le tribunal peut avoir à prononcer des ordonnances de procédure qui ne peuvent être prononcées ou rendues par l'arbitre;
- il peut être demandé au tribunal de maintenir le statu quo pendant la durée de la procédure d'arbitrage;
- il peut être demandé au tribunal de rendre une ordonnance pour permettre l'obtention et la protection de preuves;
- le tribunal peut avoir à intervenir si un appel, autorisé en vertu de la convention d'arbitrage ou du contrat contenant la convention d'arbitrage, est déposé;
- le tribunal peut avoir à intervenir pour exécuter la sentence;
- le tribunal peut avoir à adresser une injonction d'arbitrage ou une injonction anti-procédure.

Il est difficile d'imaginer une situation dans laquelle le potentiel de participation du tribunal serait nul.

Bien sûr, le processus arbitral et le processus judiciaire sont tous deux distincts, mais également interdépendants.

Comme vous le savez beaucoup mieux que moi, les avantages de l'arbitrage pour tout problème à caractère commercial sont reconnus depuis longtemps.

Je trouve tout à fait fascinant que le roi Edward I ait exigé le recours à un processus de prévention et de règlement des différends pour les hommes d'affaires étrangers, en proclamant en 1419 « qu'aucun marchand étranger ne devait être retardé par de longues séries de procédures... » (traduction libre).

Il semble donc d'un côté que les tribunaux soient surchargés par de lourdes procédures depuis près de 600 ans, mais également que les processus arbitraux soient efficaces ou jugés comme tels depuis aussi longtemps.

Je doute sérieusement que vous ou moi puissions changer les choses au cours des prochaines années.

Pour le moment, il est essentiel que l'avantage commercial offert par l'arbitrage soit exploité de façon intelligente et judicieuse sur le plan commercial.

Cela signifie entre autres que la possibilité d'avoir recours aux tribunaux lorsque nécessaire ne doit être envisagée que lorsque le besoin est clair et réel. Il y aura toujours des gens pour souhaiter retarder les choses et s'ils croient qu'aller devant le tribunal est la solution idéale pour le faire, ils insisteront pour faire appel à nous.

Par conséquent, à l'échelle administrative, il doit y avoir une communication continue entre la TCAS et les tribunaux afin de faciliter la négociation dans les situations d'arbitrage. Le tout doit faire l'objet d'une discussion entre la TCAS et le juge principal régional de Toronto. En outre, le mécanisme qui pourra assurer une transition sans heurt jusqu'au tribunal doit être étudié au niveau institutionnel.

Dès lors, je soutiens respectueusement qu'il est dans l'intérêt de la TCAS de faire en sorte que cela se produise.

Vous devriez d'abord porter attention au procédé par lequel les différends se rendent jusqu'au tribunal.

Vous pourriez aussi envisager de discuter avec le juge principal régional de la possibilité de désigner un juge qui serait chargé d'entendre brièvement les procédures une fois qu'elles ont été signifiées et déposées. Cela exigera de consulter le juge à la tête du rôle commercial.

Personne n'aura plus recours à ce procédé pour retarder la procédure si plus aucun décalage n'y est associé.

Ce problème semble moins important aujourd'hui, parce que les personnes avec lesquelles vous devez traiter sont le juge principal régional Morawetz, le juge Newbould et moi-même. Nous sommes sensiblement du même avis à propos de la prudence dont nous devons faire preuve pour promouvoir Toronto comme le centre même de l'arbitrage commercial, d'une façon qui préserve l'attrait historique qui y a été apporté par la common law britannique il y a 600 ans.

D'un point de vue rationnel, il est maintenant temps de mettre en place ce milieu exemplaire, notamment parce que nous ne serons pas toujours là.

Je vous conseille vivement de consulter les règles civiles, ou encore des gens tels que Derry Millar, qui fait partie du comité des Règles depuis de nombreuses années. Il serait également avisé de vérifier si des règles précises pourraient être créées pour traiter les situations dans le cadre desquelles le tribunal est invité à participer, d'une manière ou d'une autre, à une convention d'arbitrage.

Je vous suggère aussi fortement de consulter les règles du barreau pour vérifier si elles sont réellement adaptées aux procédures d'arbitrage.

Il serait prudent d'essayer d'informer les juges, dans un cadre détaché et désintéressé, sur les avantages commerciaux du processus arbitral et sur les éléments qui doivent être mis en place pour préserver son intégrité et son efficacité.

En ce moment, à l'échelle internationale, le Canada s'ouvre sur le monde et commence à conclure des accords commerciaux qui ne sont pas encore réellement en vigueur. Cela ne peut que favoriser votre pratique.

J'estime toutefois que des obstacles devront être surmontés. L'un d'eux est la perte de décisions commerciales qui résultera par suite de l'arbitrage privé. Il doit exister une manière de rendre possibles les décisions arbitrales pratiques, sous quelque forme que ce soit. Je ne prétends pas et je ne me permettrais de vous dire comment surmonter tous les obstacles associés à cette situation, puisque je ne possède pas l'expertise nécessaire pour le faire, mais j'estime tout de même qu'il y a un problème.

Aussi, je crois que chaque organisation doit prendre au sérieux ses responsabilités sociales et sociétales, et je vous suggère de songer à ce que pourraient être les vôtres. Peut-être qu'il pourrait s'agir d'offrir, sur une base bénévole, une certaine forme de service d'arbitrage dans un domaine très précis et ciblé où il pourrait être utile. Et je vous suggérerais également de faire connaître cette contribution à la collectivité.

C'est là mon message principal. Ce n'est pas plus compliqué que cela. Je crois que le milieu au sein duquel nous évoluons change d'une manière qui favorisera encore davantage le recours à l'arbitrage commercial. Je crois que le gouvernement, pour des raisons économiques, fera la promotion et assurera la protection de l'arbitrage.

Il est maintenant temps pour nous d'œuvrer collectivement pour créer, pour le domaine de l'arbitrage et les tribunaux, un cadre judicieux sur le plan commercial.

J'invite instamment la TCAS à envisager tout cela très sérieusement et à concevoir un plan pour concrétiser cette vision.

Je suis certain que, si vous croyez que mes propos sont fondés, vous déploierez la même diligence et les mêmes efforts que ceux dont vous faites montre au quotidien, pour saisir ce que je conçois comme une merveilleuse occasion de créer un milieu vraiment avantageux aussi bien pour vous que pour tous ceux qui vous suivront.

Je vous remercie.

PERSPECTIVES PRD

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

e -bulletin

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

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

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

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

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

www.adric.ca

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

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

AVANTAGES D'ÊTRE MEMBRE DE L'IAMC

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

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

HONORÉS SPÉCIAUX DE L'IAMC
ADRIC SPECIAL HONOUREES

ANCIENS PRÉSIDENTS / PAST PRESIDENTS

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

DISTINGUÉS / FELLOWS

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

DISTINGUÉS HONORAIRES / HONORARY FELLOWS

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

Cedric Barclay
Past President
The Chartered Institute of Arbitrators

Robert Coulson
Past President
American Arbitration Association

Richard J. Soper
Past President
The Chartered Institute of Arbitrators

DIRECTEURS ÉMÉRITE / DIRECTORS EMERITUS

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

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

NATIONAL / NATIONAL:

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

RÉGIONAL / REGIONAL:

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

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

ADR Institute of Canada

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

ARBITRAGE. MÉDIATION. RÉSOLUTION.

ARBITRATION. MEDIATION. RESOLUTION.

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

AFFILIÉES / AFFILIATES

C.-B. / BC

BRITISH COLUMBIA ARBITRATION AND MEDIATION INSTITUTE
510 - 700 West Pender St.
Vancouver, BC V6C 1G8
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