Vol. 28, N° 1
Eté/Automne 2019

Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien

Une publication de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada, Inc.

Ne tardez pas - les opportunités sont limitées!

IAMC 2019

page 5

IAMC • ADRIC
INCORPORÉ EN 1974
45ème anniversaire

À L'AVANT-PLAN DE LA RÉSOLUTION DES DIFFÉRENDS AU CANADA
DEPUIS 1974

VOL. 28, N⁰ 1
ETÉ/AUTOMNE 2019

DANS CE NUMÉRO

03 Mot de la rédactrice en chef
..... *Genevieve A. Chornenki, LL.M. (PRD), Méd.A, Arb.A*

04 Message du président
..... *Andrew D. Butt, M.S.T., B.Ed., B.Sc., Méd.A, Arb.A*

06 Écoutez
..... *Rick Weiler*

09 La psychologie de la médiation : sept découvertes scientifiques
..... *Ruth M. Corbin, Ph. D., LL.M., LL.D.*

12 Prévention et règlement des différends au Brésil
..... *Daniel Brantes Ferreira, Ph. D.*

16 L'arbitre proactif : le devoir avant tout!
..... *Joel Richler*

19 Règlement en ligne des litiges : Le Québec sur une voie prometteuse
..... *Paul Fauteux, LL.M., Méd.Acc*

25 Culture et conflit
..... *Bouchra Azizy, Olatunji Oniyaomebi*

29 TELUS Communications Inc. c. Wellman
..... *Michael D. Schafler, Arb.B, Christina Porretta, Marina Sampson, Arb.A*

34 « Understanding Sharia, Islamic Law in a Globalised World »
..... *Max Blitt, c.r.*

37 Le caractère exécutoire des clauses de renonciation à l'arbitrage collectif aux États-Unis : Un saut dans le vide
..... *Adesina Temitayo Bello, Ph. D., FCIArb, FCIB, FCS*

DANS CHAQUE NUMÉRO

26 L'IAMC apprécie le soutien que lui offrent ses Membres collectifs
36 Félicitations à nos nouveaux titulaires!
43 Lauréats des Prix d'honneur de l'IAMC

Institut d'arbitrage et de médiation du Canada, Inc.
À L'AVANT-PLAN DE LA RÉSOLUTION DES DIFFÉRENDS AU CANADA

234, avenue Eglinton est, bureau 407
Toronto (Ontario) M4P 1K5

416-487-4733 | 1-877-475-4353
journal@adric.ca | *www.adric.ca*

Rédactrice en chef :
Genevieve A. Chornenki, LL. M. (PRD), Méd.A, Arb.A, Toronto

Comité de rédaction :
Olivier Després, M.Sc, Méd.A, Arb.A, Després MedArb, Montréal
William G. Horton, Arb.A, FCIArb, William G. Horton Professional Corporation, Toronto
Eva Malisius, M.A., Ph. D., Arb.B, Royal Roads University, Victoria
Jennifer L. Schulz, Ph. D., S.J.D., Méd.A, Winnipeg

Directrice générale: Janet McKay
Coordonnatrice du JOURNAL: Brenda Lesperance

Anciens numéros:
http://adric.ca/fr/resources/journal-articles/

ALSO AVAILABLE IN ENGLISH:
ADRIC.ca

Mot de la rédactrice en chef

Bienvenue à ce numéro du *Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien*.

Nous espérons que vous aimerez notre nouvelle image et les améliorations que nous avons apportées en fonction des commentaires de nos lecteurs et de conseils d'experts du design. Notre objectif : rendre votre lecture agréable et efficace. N'hésitez pas à partager le Journal avec vos collègues, vos clients et vos proches.

Avant de nous lancer dans le contenu de ce numéro, un grand merci à Bill Horton, qui a été rédacteur en chef du Journal pendant de nombreuses années et pour de nombreux numéros. Merci, Bill. Nous sommes heureux que vous demeuriez membre de l'équipe éditoriale et nous espérons recevoir des articles de votre cru pour les prochains numéros.

Ce numéro illustre la diversité impressionnante de la PRD et contient des articles portant sur un large éventail de sujets pertinents pour les praticiens de la PRD au Canada et ailleurs dans le monde. **Rick Weiler** nous a gentiment accordé sa confiance et a accepté d'être interviewé. Il nous partage ses opinions au sujet de la PRD en tant que vocation. **Ruth Corbin,** avec son expérience en psychologie et en droit, nous invite à adopter une approche axée sur la preuve à l'égard de la médiation, tout en nous présentant l'état actuel de la recherche. **Daniel Brantes**, rédacteur en chef du *Journal brésilien de la prévention et du règlement des différends*, nous présente la PRD du Brésil et, dans le premier d'une série de deux articles, **Joel Richler** nous explique comment diriger un processus d'arbitrage qui ne fait pas que traduire la procédure judiciaire. **Paul Fauteux** explore le développement et l'application au Québec de PARLe, la plateforme d'aide au règlement des litiges en ligne.

GENEVIEVE A. CHORNENKI, LL.M. (PRD), MÉD.A, ARB.A

Mme Chornenki a agi comme médiatrice, arbitre, ainsi que consultante et formatrice en PRD dès 1989. Elle est directrice de l'Office ontarien du secteur des condominiums et co-autrice de *Bypass Court: A Dispute Resolution Handbook*. Elle a été la première présidente de la section de PRD de l'Association du Barreau de l'Ontario et la lauréate de son tout premier prix pour l'excellence dans le domaine des PRD.

Bouchra Azizy et **Olatunji Oniyaomebi** expliquent leur identité culturelle et nous présentent une étude de cas dans laquelle un médiateur culturellement avisé peut faire une différence. **Michael Schafler**, **Christina Porretta** et **Marina Sampson** commentent l'arrêt *TELUS Communications inc.* c. *Wellman*, une affaire qui renforce l'autonomie des parties dans le contexte des recours collectifs. **Max Blitt** critique l'ouvrage *Understanding Sharia, Islamic Law in a Globalised World* et **Adesina Temitayo Bello** explique l'injustice causée par les clauses de renonciation à l'arbitrage collectif aux États-Unis.

La réalisation d'un journal est une œuvre collective. Merci à tous ceux qui ont rendu ce numéro possible : nos contributeurs, le personnel serviable du bureau de l'IAMC, notre équipe éditoriale bénévole et vous, chers lecteurs. Continuez de communiquer avec nous. Vos commentaires, vos textes et vos discours sont toujours les bienvenus.

Dentons. Chef de file en matière de règlement extrajudiciaire des différends (RED)

Les différends sont monnaie courante dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise; Dentons est là pour les régler. Le règlement extrajudiciaire des différends (RED) est l'un de nos champs de compétence principaux et notre cabinet est reconnu à l'échelle internationale en tant que chef de file dans ce domaine.

Pour obtenir de plus amples renseignements à ce sujet, veuillez communiquer avec notre équipe canadienne.

Dentons. Le plus grand cabinet d'avocats Élite au monde*

大成 DENTONS

dentons.com

© 2019 Dentons. Dentons est un cabinet d'avocats mondial qui fournit des services à sa clientèle par l'intermédiaire de ses cabinets membres et des membres de son groupe partout dans le monde. Veuillez consulter les avis juridiques à l'adresse dentons.com.

*Indice de notoriété des cabinets d'avocats Élite mondial d'Acritas (2013-2018).

Message du président

ANDREW D. BUTT, M.S.T., B.ED., B.SC., C.MED, C.ARB

Andy has 20 years of experience in executive management positions with large corporations, 15 years of extensive experience in mediating workplace disputes, completing workplace assessments, conflict coaching and training with managers and leaders in conflict management situations.

Depuis l'assemblée générale des membres de l'IAMC de novembre dernier, nous avons été très actifs.

Nous avons rénové notre **bureau**, afin d'en augmenter l'espace pour nous adapter à l'augmentation du travail et pour nous préparer à de nouvelles occasions d'affaires, y compris l'utilisation accrue de la technologie de conférence.

Tous les membres de la « Fédération » des instituts de PRD ont signé le **protocole d'entente**, dans un effort renouvelé pour tirer parti de nos forces et surmonter les défis.

Nous avons établi ou revu les **répertoires de l'IAMC** : dans le cas des arbitres, cela comprend les répertoires des mesures intérimaires, des différends commerciaux et d'AMEX Canada; Nous avons également aidé l'Office des transports du Canada à élargir son répertoire d'arbitres et nous avons renouvelé le répertoire du Service de conciliation des sociétés mutuelles d'assurance.

Le projet de recherche axé sur le rendement des investissements est bien en selle et recueille des statistiques de partout au Canada sur la PRD. Ce projet est dirigé par l'ancienne administratrice de l'IAMC, Jennifer Schulz, et ses principaux chercheurs sont Ruth Corbin, Ph. D., et Jean-François Roberge.

Le **groupe de travail sur les règles de médiation** a passé en revue et révisé les Règles. Elles ont été confiées à un rédacteur, qui veillera à ce qu'elles soient rédigées dans un langage clair et simple.

Le **groupe de travail sur la médiation-arbitrage** a élaboré une trousse documentaire permettant d'établir et de maintenir des normes élevées à l'intention des personnes qui exercent dans ce processus spécialisé. Les Règles, les modèles d'entente et les critères à l'égard de l'attribution des titres professionnels seront officiellement lancés lors de la Conférence de l'IAMC de 2019, qui se tiendra à Victoria (C.-B.). Ce processus relativement nouveau nous a valu une certaine couverture médiatique. Nous avons créé une liste d'attente internationale pour les personnes qui souhaiteraient recevoir ces documents.

Le **groupe de travail sur le règlement des différends en ligne** a effectué un sondage auprès des membres ainsi que beaucoup de recherches, avant de fournir un rapport au conseil d'administration de l'IAMC. Lors des prochaines étapes, entre autres choses, diverses plateformes seront évaluées en vue de déterminer laquelle serait idéale pour les membres de l'IAMC.

La **politique d'accréditation des cours** de l'IAMC est presque achevée, les consultations avec les affiliés étant terminées. Une fois qu'elle sera approuvée, l'IAMC et les affiliés intéressés pourront évaluer les cours selon les critères d'accréditation de l'IAMC, ce qui permettra aux étudiants de choisir des fournisseurs approuvés. Appelez-nous pour obtenir plus d'information.

Le **comité des relations avec les gouvernements** (CRG) entend profiter des prochaines élections fédérales (le 21 octobre) pour faire la promotion de la PRD. Les membres recevront des documents nécessaires qui les aideront dans ce travail de promotion — surveillez votre boîte de réception. Le comité prévoit également un événement de promotion pour la législature de Colombie-Britannique durant la conférence de 2019 de l'IAMC, le mercredi 20 novembre, à 19 h.

L'IAMC a déposé une déclaration d'intérêt en réponse à un **appel d'arbitrage en construction.** Le groupe de travail de l'autorité décisionnelle fédérale évalue en ce moment ce dont nous pourrions avoir besoin pour déposer une offre en vue de devenir l'autorité décisionnelle fédérale. Un sondage a été envoyé aux membres et aux amis de l'IAMC par l'entremise de nos affiliés, afin de déterminer combien de nos membres possèdent déjà les compétences requises pour arbitrer des différends en matière de construction.

L'IAMC poursuit sa veille de l'environnement national de la PRD et, à la suite de demandes de certains affiliés et gouvernements, elle a accepté d'élaborer de **nouveaux critères et de nouveaux titres** pour les professionnels de la PRD familiale et les coordonnateurs des responsabilités parentales. Des comités spéciaux ont mené des forums de rétroaction dans l'ensemble du pays. Ils se serviront de l'information recueillie pour élaborer les critères.

Vous avez peut-être vu un sondage au sujet de notre **Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien**. Nous avons demandé à nos lecteurs leurs commentaires sur son format, son contenu, la longueur des articles, etc. Merci à tous les participants. Grâce à cette information, et parce qu'il était temps, le Journal a subi une mise à niveau. Nous espérons que vous allez l'aimer.

Enfin, j'aimerais vous rappeler les **possibilités de commandites** pour la conférence : votre commandite n'atteint pas seulement un groupe cible unique, c'est la seule source de financement de la conférence, qui nous permet de veiller à tous les aspects de logistique et de maintenir des taux d'inscription raisonnables. Merci d'appuyer l'IAMC et la PRD par une commandite. Consultez le site Web pour connaître les détails, ou appelez le bureau.

Nous sommes ravis de recevoir vos commentaires à propos de toutes ces initiatives. Si vous désirez y participer d'une manière ou d'une autre, n'hésitez pas à nous en informer.

En espérant vous voir à la conférence.

FORFAITS DE COMMANDITE

PROFITEZ DES MULTIPLES AVANTAGES, TELS QUE :

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

Inscrivez-vous dès maintenant !

Ne tardez pas - les opportunités sont limitées! Les forfaits de haut niveau sont offerts pour une durée limitée selon le principe du premier arrivé, premier servi.

CONFÉRENCE NATIONALE ANNUELLE IAMC 2019

les 20-22 novembre 2019
Fairmont Empress, Victoria, C.-B.

IAMC • ADRIC • INCORPORÉ EN 1974 • 45ème anniversaire

CONFIRMEZ VOTRE SOUTIEN ET VOTRE ENGAGEMENT ENVERS LES PRD.

JOIGNEZ-VOUS À NOS PLUS FIDÈLES COMMANDITAIRES :

- Dentons
- Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., S.R.L.
- Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes LLP
- Bureau d'assurance du Canada
- Lawson Lundell LLP
- Marsh Canada Limited Consumer Practice
- Kompass Professional Development
- Burnett Duckworth & Palmer LLP
- High Clouds
- McCutcheon ADR
- Royal Roads University
- Derer Lutz Dispute Resolution
- McCartney ADR Inc.

Ne tardez pas - les opportunités sont limitées!
Communiquez avec Janet McKay, Directrice générale, *janetmckay@adric.ca* au 1 877 475-4353, poste 105.

Écoutez

la conversation entre Rick Weiler et la rédactrice en chef du Journal, Genevieve Chornenki, Arb.A, Méd.A

1. Rick, merci d'avoir accepté de partager votre réflexion avec les lecteurs du Journal et moi. Vous êtes dans le domaine de la PRD depuis près de trente ans. Quel genre de pratique avez-vous?

En ce moment, je fais principalement de la médiation et beaucoup moins d'arbitrage. Ce mode de fonctionnement a été plutôt constant au fil des ans. Environ 70 pour cent de mes mandats en cours sont des réclamations pour invalidité de longue durée, des dossiers dont les enjeux sont souvent associés à des états de santé comme la douleur chronique ou la fibromyalgie, où la preuve objective est difficile à établir. Les demandeurs et les représentants des compagnies d'assurance participent aux séances avec leurs avocats respectifs. Le reste de ma pratique, 30 pour cent, porte sur un mélange de sujets, comme des plaintes pour harcèlement sexuel historique, des déversements environnementaux, de la nuisance, des questions d'emploi et, moins fréquemment, des différends entre partenaires ou actionnaires. Depuis cet automne, je donne également un cours facultatif intitulé « Mediation Theory and Practice », destiné aux étudiants du baccalauréat de la section de common law de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Mon objectif est d'encourager une pratique réfléchie de la PRD chez les avocats, qu'ils agissent comme avocats ou comme conseillers neutres dans le processus. Au fil des ans, j'ai aussi fait de la facilitation, de la conception de systèmes de PRD, de la formation et de la consultation, mais, avec le temps, ma préférence pour la médiation a conduit à la croissance de cette partie de ma pratique. La plupart de mes références proviennent d'avocats en exercice et je ne prends généralement pas de dossiers concernant des personnes qui se représentent seules.

2. Qu'est-ce qui vous a tout d'abord attiré vers la PRD? Comment êtes-vous arrivé dans ce domaine?

C'est en fait par hasard que je suis tombé sur la PRD en 1990. Je vivais très bien depuis dix ans en tant qu'avocat d'entreprise, mais j'étais très insatisfait. La pratique du droit n'était pas ce que j'avais imaginé. Il manquait quelque chose. J'avais pris une année de congé pour tenter de découvrir ce que cela pouvait être. Devais-je écrire le grand roman canadien, conduire un camion, enseigner? Sérieusement, j'ai envisagé toutes ces possibilités. Puis, un jour, j'ai vu une publicité pour une formation en médiation, sans savoir ce que c'était. Curieux, je me suis inscrit à un cours de deux jours, donné par une société appelée « Canadian Dispute Resolution Corporation » (CDRC). Le premier soir, dès les quinze ou vingt premières minutes du cours, les cheveux me sont dressés sur la tête. C'était ça qui me manquait. Nous sommes censés être au service de notre prochain — c'était ma conviction — et voilà que se trouvait un moyen de gagner ma vie en apportant une différence importante dans la vie des gens, en les aidant à résoudre leurs différends. Une toute nouvelle perspective s'est ouverte devant moi et je n'ai jamais eu de regret. Mon inscription au répertoire des médiateurs de la CDRC fut aussi un grand pas vers l'avant — comme ce le fut pour de nombreux autres médiateurs au début des années 1990 — parce que cela m'a permis de m'installer aux commandes et de faire de la médiation très tôt, et cela m'a exposé à un éventail de médiateurs, qui m'ont permis d'apprendre et de grandir.

3. Voyez-vous donc la médiation comme une vocation?

Oui, tout à fait. Je considère qu'être un médiateur et travailler dans la PRD est une vocation. C'est ainsi que je le ressens, assez invariablement, depuis des années.

RICK WEILER

Rick Weiler a presque 30 ans d'expérience dans la médiation de différends portant sur un vaste éventail de sujets. M. Weiler enseigne la médiation à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, où il parraine également le prix PRD Weiler pour la médiation. Il est l'auteur du chapitre Mediation de l'ouvrage *Canadian Legal Practice*.

Qui ou qu'est-ce qui m'y a mené? Cela, je ne saurais dire. Je peux seulement le décrire comme la très forte impression que c'est le travail que je dois faire. Mon tempérament, mes aptitudes, mes habiletés, mon enthousiasme, tout cela correspond au travail et je me suis spécialisé dans la médiation des lésions personnelles, soit le premier domaine de médiation civile au Canada. J'ai ensuite suivi d'autres cours et j'ai commencé à lire tout ce que je pouvais trouver au sujet de la PRD. Je me fais encore un honneur de rester au fait des développements dans le domaine et je suis la recherche.

4. Après presque 30 ans à travailler avec des personnes en conflit, vous devez avoir vu quelques aspects peu reluisants de la nature humaine. De

quelles sortes de comportements avez-vous été témoin? Comment faites-vous pour ne pas devenir cynique à l'endroit des gens?

J'ai tendance à être philosophe dans la vie et j'hésite à juger les gens ou à faire des généralisations, sauf pour dire que nous avons tous des défauts et que nous éprouvons tous des difficultés. La recherche illustre à quel point il est difficile pour nous de prendre de bonnes décisions, étant donné nos préjugés enracinés. Je suis aussi convaincu que nous sommes ensemble sur cette planète. Je sais que ça fait cliché, mais il me semble qu'une sorte d'« unité » nous relie tous. Alors, quand je suis devant des comportements en médiation qui semblent motivés par la cupidité ou la cruauté ou toute autre émotion humaine négative, ou lorsque je travaille avec des gens qui agissent comme des intimidateurs, j'essaie de réagir avec compassion et de ramener l'attention de la personne sur ce qui compte : « Quelle est la *bonne* décision que vous devez prendre? »

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

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

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

5. Est-ce que cela veut dire que vous ne perdez jamais votre sang-froid? J'aimerais pouvoir en dire autant.

Malheureusement, j'ai déjà perdu mon sang-froid. J'ai beaucoup de difficulté avec ce que j'appelle un manque flagrant de professionnalisme, l'impolitesse extrême et l'agressivité telle qu'elle en devient ridicule, surtout de la part de conseillers professionnels. Heureusement, je ne rencontre pas souvent ce genre de comportements. Cela dit, il m'est arrivé une fois de complètement perdre ma patience avec des avocats adverses, qui ne faisaient ni l'un ni l'autre d'efforts pour régler le dossier. « Ça n'a pas de […] de bons sens, » leur ai-je dit. « C'est ridicule. Vous me faites perdre mon temps, parbleu. » Je ne suis pas fier de ça, bien sûr, et j'éprouve un peu de honte à vous l'avouer; perdre mon calme ne fait pas partie de mon répertoire habituel. Mais devinez ce qui s'est produit ensuite? Un des avocats s'est tourné vers l'autre et a dit : « Il a raison. » Ensuite, le dossier a fini par se régler. Il y a peut-être un peu de vrai à l'article « The Surprising Effectiveness of Hostile Mediators » que j'ai lu récemment.

6. Le règlement des différends peut aussi être révélateur de moments touchants ou émouvants. Peut-être est-ce quelque chose que nous ne reconnaissons pas assez dans le milieu. Quel est le moment le plus émouvant dont vous avez été témoin en PRD?

Il y a plusieurs années, je faisais la médiation d'une affaire concernant une femme qui avait perdu le contrôle de son véhicule alors qu'elle conduisait sur une route de campagne. Lors de ma rencontre privée avec elle, son mari et son avocat, elle a raconté qu'une femme l'a tiré de son véhicule renversé, pour ensuite disparaître. « Ce n'est pas vrai, » a dit son mari. « C'est le fermier qui t'a éloignée. » Mais la femme persistait dans son récit. Soudainement, j'ai compris ce qu'elle essayait de dire. « Vous croyez qu'un ange vous a sauvé ce jour-là, » ai-je dit. Elle a répondu : « Exactement. » Pour moi, il était évident que la laisser mettre des mots sur son expérience personnelle sans censure était essentiel pour régler le dossier. J'ai donc entrepris de travailler en ce sens. Je ne sais pas pourquoi, mais l'histoire de cette femme est restée avec moi au fil des années. J'ai une curiosité insatiable à propos de plein de choses, y compris la nature de la conscience, et je pense que ce qui m'a toujours intrigué de son expérience, c'est ce qu'elle peut vouloir dire sur la nature de la réalité. Je songeais à ce dossier dernièrement, et j'aimerais en faire quelque chose un jour. Je ne sais pas encore quoi, par contre.

7. Vous agissez à la fois comme médiateur et comme arbitre dans les différends civils. Avez-vous une préférence entre l'un ou l'autre de ces processus?

Je suis à l'aise comme médiateur ou comme arbitre, mais je suis naturellement plus à l'aise dans le rôle du médiateur. Au fil des ans, j'ai réalisé avec bonheur des mandats où j'ai écouté les témoignages et les observations des parties pour décider qui allait l'emporter, mais philosophiquement, je crois qu'il est préférable que les gens règlent leurs problèmes par eux-mêmes, de sorte que personne ne finisse comme « gagnant » tandis que l'autre finit comme « perdant ». Il me semble que le règlement consensuel et la coopération qui l'accompagne sont meilleurs pour nous, en tant qu'espèce. C'est plus productif du point de vue social, si vous voulez. Cependant, ma préférence pour la médiation comporte aussi un volet personnel, qui revient à mon impression que c'est pour moi une vocation; le processus convient mieux à mon tempérament et à mes penchants naturels. J'aime aussi le caractère définitif de la fin d'une médiation : une journée, six heures, une entente. Cela se fait sans un besoin de suivi ni d'autres procédures. L'arbitrage, au contraire, se poursuit et est plus épisodique. Je devrais préciser que j'étais notaire, et pas avocat, dans mon ancienne vie professionnelle. Les rites des

procédures contradictoires me viennent moins naturellement.

8. Selon vous, un professionnel de la PRD doit-il posséder certaines qualités personnelles?

Les qualités personnelles d'un bon médiateur ou d'un bon arbitre seront très similaires à ceux qu'on trouve habituellement dans les listes des « qualités recherchées par les employeurs » : de bonnes aptitudes à la communication, l'honnêteté, des compétences techniques, une grande éthique professionnelle, la flexibilité, la capacité de travailler avec les autres, le désir d'apprendre — elles ont toutes un rôle à jouer. Cela dit, si j'avais à en choisir une seule, ce serait « persévérance ». Selon mon expérience, la persévérance est un facteur critique pouvant mener à un résultat positif, surtout en médiation. La persévérance entre en jeu dans au moins la moitié de mes mandats. Lorsque les gens et leurs avocats ont pour ainsi dire abandonné la partie, que l'optimisme a disparu et que tout le monde est prêt à remballer ses affaires et à s'en aller, lorsque moi aussi j'ai l'impression que tout est fini ce jour-là, alors l'observateur en moi regarde autour et me bouscule un peu. C'est alors que je me dis à moi-même : « Non, je n'ai pas fini. Je ne vais pas abandonner. » Et je fais une nouvelle intervention. Le fréquent triomphe de l'optimisme sur la raison me plait.

9. Lorsque tout le monde est prêt à jeter l'éponge et que vous décidez de persévérer, est-ce le fait de votre créativité ou de votre ego?

Je n'ai pas complètement gagné ma bataille contre le dragon de l'ego, alors je suppose que, lorsque tout le monde veut jeter l'éponge, je l'interprète comme un défi, un défi personnel, d'aller encore plus loin pour voir ce que je peux accomplir. Après tout, je n'ai pas été embauché pour abandonner. Cela dit, j'éprouve de l'enthousiasme à l'idée d'être créatif et de trouver comment remobiliser les gens, ce qui est essentiel à une conversation de confiance et de bonne foi. Dans plusieurs médiations, l'argent entre en jeu et le risque d'une valse de chiffres est toujours présent. En menant cette danse, j'essaie de mobiliser les personnes en cause. Qu'est-ce qui leur arrive? Qu'est-ce qui se cache réellement derrière leurs attitudes? Ma curiosité naturelle et persistante est déclenchée. Après, si le processus s'enlise ou s'arrête, je réfléchis pour trouver quelque chose de différent ou de nouveau. Selon mon expérience, la persévérance est payante, de manière bien étonnante.

10. Vous avez participé à l'évolution de la PRD au Canada pendant de nombreuses années. Êtes-vous préoccupé par le fait que la PRD demeure un secteur non réglementé au Canada?

Non, cela ne m'inquiète pas qu'aucune réglementation n'ait été imposée à la médiation. Il y a peu de preuves de préjudices commis par des médiateurs non réglementés. Dans un territoire où l'on réglemente les coiffeurs et les massothérapeutes, il peut sembler étrange que le gouvernement n'intervienne pas auprès des médiateurs, mais cela traduit peut-être une sagesse, à savoir que si vous tentez de réglementer une activité aussi courante qu'une personne qui en aide deux autres à régler un différend, quel sera le prochain comportement humain à être réglementé?

11. Qu'est-ce que votre boule de cristal vous dit sur l'avenir de la PRD?

Je vois le mot « algorithme ». C'est l'avenir. Je vois de plus en plus de règlements assistés par ordinateur et, au Canada, j'en vois le commencement avec le Civil Resolutions Tribunal en Colombie-Britannique et le Tribunal de l'autorité du secteur des condominiums en Ontario. Le règlement des différends en ligne va jouer un rôle grandissant à l'avenir. C'est compréhensible et inévitable étant donné l'adhésion de l'humanité aux technologies, mais nous devrons être prudents et ne pas convertir un processus essentiellement humain en un processus mécanique.

12. Qu'en est-il de votre avenir? Avez-vous des projets de retraite?

Aucun. Je n'ai pas l'intention d'accrocher mes patins de sitôt.

Règles nationales de médiation. La norme idéale

Les règles nationales de médiation de l'IAMC permettent d'amorcer des médiations

Utilisez le

Modèle de clause de résolution

des différends mentionné ci-dessous pour rédiger ou passer des contrats :

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

Cliquez ici pour une copie

416-487-4733 1-877-475-4353 *admin@adric.ca*

La psychologie de la médiation : sept découvertes scientifiques

Au-delà du rationnel

Les sciences cognitives du vingt-et-unième siècle ont considérablement accru notre compréhension de la manière dont les gens pensent et raisonnent. Parler d'un changement de paradigme ne serait pas exagéré[1].

Ce changement spectaculaire n'a rien à voir avec la technologie : il est le fait de scientifiques du domaine cognitif, qui, acceptant l'imperfection des processus de raison des humains, préconisent l'abandon de la poursuite obsessive d'un résultat rationnellement objectif lorsqu'entrent jeu davantage que les faits ou la simple arithmétique. Ce qui peut être « raisonné » est fonction de l'expérience, des valeurs et du contexte d'une personne.

Les médiateurs et les conseillers juridiques auront appris de leur expérience, il y a déjà longtemps, que les clients n'agissent pas toujours de façon « rationnelle ». La recherche universitaire actuelle pousse plus loin cette découverte, en mettant l'accent sur la manière dont les jugements — les conclusions qui motivent les actions — se forment dès le départ[2] dans un contexte donné. Cette recherche permet aux professionnels de comprendre et d'anticiper ce qui influencera la réflexion des parties à une médiation. Les médiateurs et les conseillers juridiques ont ensuite la possibilité de gérer ces influences, plutôt que d'y réagir, et ainsi augmenter les chances d'un résultat satisfaisant.

Le présent article présente sept facteurs de base qui forment le jugement d'une personne. Les notes[3] contiennent des citations de recherches scientifiques et des exemples divertissants à l'appui de ces principes bien établis. J'encourage les lecteurs à explorer les références à leur convenance, puisque même les personnes qui possèdent de l'expérience en médiation pourront tirer profit d'un surcroit de curiosité au sujet des phylactères de pensées invisibles qui surviennent dans l'esprit des gens. Des pensées privées et passées sous silence brouillent le processus de la « négociation axée sur les intérêts » — le modèle privilégié par de très nombreux médiateurs. En réalité, les intérêts exprimés à haute voix devant un médiateur peuvent ne pas être fiables ou être incomplets, en raison d'émotions, de frustrations ou de craintes non dites.

Un règlement, c'est le gros lot. Qu'est-ce qui y fait obstacle?

Il y a plus d'une façon de mesurer la réussite d'une médiation. L'évolution vers un règlement extrajudiciaire, voire vers un règlement judiciaire plus ciblé, est un succès en soi pour tous les participants[4]. Aux fins des présentes, toutefois, un règlement collectivement satisfaisant sera considéré comme le gros lot ultime. L'obtention de ce lot est en grande partie déterminée par les attitudes et les comportements des participants, qui sont le plus souvent imprévisibles et uniques à chaque situation factuelle. Malgré cela, les médiateurs et les conseillers juridiques ont des occasions de prendre des mesures proactives pour éviter ou désamorcer les attitudes et les comportements pouvant nuire à un règlement. Il n'est pas nécessaire d'accepter le règlement en tant que seul objectif, ni même en tant qu'objectif toujours possible. L'identification de certains facteurs psychologiques pouvant nuire au règlement ou le faciliter aidera les médiateurs et les conseillers juridiques à les reconnaître au fur et à mesure et à les utiliser à leur avantage.

Alerte au divulgâcheur : les médiateurs et les conseillers juridiques eux-mêmes peuvent être porteurs d'obstacles.

Les sept facteurs de base : que faut-il en faire?

De nouvelles orientations des sciences cognitives ont de vastes applications dans le domaine du règlement des différends, l'une des plus récentes étant leur mise à profit pour réussir une médiation. Voici sept influences psychologiques bien établies qui interviennent dans la médiation. (D'autres influences possibles se retrouvent dans plusieurs références mentionnées dans les notes.) Le défi des médiateurs, expérimentés et aspirants, est de déterminer comment mener le processus de médiation de manière à ce que ces facteurs facilitent, au lieu de bloquer, la voie vers un règlement.

1. ***Le jeu de rôle est un outil puissant***[5]. Les participants à une médiation — les clients, les conseillers juridiques, les médiateurs — sont des acteurs pour la journée, ayant chacun leur rôle à jouer. Ils arrivent à la médiation avec une interprétation préconçue de la manière dont leur rôle doit être joué, ayant parfois déjà préparé quelques déclarations et comportements. Dans les médiations commerciales, le jeu de rôle est renforcé par les participants qui portent en plus

RUTH M. CORBIN, PH. D., LL.M., LL.D.

Ruth M. Corbin, Ph. D., LL.M., LL.D., est présidente de la société de recherche scientifique Corbin Partners inc., professeure adjointe à la Faculté de droit d'Osgoode Hall et médiatrice agréée spécialisée dans le règlement des différends entre témoins experts dans les litiges et les forums de PRD. Membre du comité de PRD de l'International Trademarks Association, elle dirigera un séminaire sur la « médiation entre les cultures » à Singapour, en 2020.

l'identifiant associé au poste qu'ils occupent au sein de leur entreprise. Qui plus est, les participants établissent une relation avec le médiateur qui correspond à la manière dont le médiateur a communiqué son rôle; leur relation peut être modifiée par la mesure dans laquelle les participants ont l'impression de connaître le médiateur en tant que personne. Par exemple, garder le respect du médiateur peut devenir quelque chose d'important pour eux. En ce qui les concerne, les conseillers juridiques donnent des indications explicites ou implicites pour appuyer la manière dont leurs clients interprètent leur rôle. En définitive, tant que les gens restent sur la scène, ils ont de la difficulté à se défaire des devoirs associés à leur rôle.

2. ***Les gens sont programmés pour l'excès de confiance*** à l'égard de leur position et un trop grand optimisme quant à leurs chances de gagner leurs paris, comme laisser un différend se poursuivre devant les tribunaux[6]. La confiance de leurs conseillers juridiques renforce cette tendance à l'optimisme[7]. Les gens filtrent les faits. Les faits positifs (ceux qui appuient leur position) ont plus de poids dans leur jugement que les faits négatifs (ceux qui les feraient douter de leur position). Malgré cette erreur ou ce biais de leur part qui fait en sorte qu'ils accordent plus de poids à certains faits qu'à d'autres, les gens sont en général capables de justifier, en des termes qui semblent raisonnables, leurs préférences à l'égard de certains faits par rapport à d'autres. Une réserve s'impose toutefois : l'excès de confiance est plus fréquent dans les situations où les gens ont peu ou rien à perdre en cas de maintien du *statu quo*. Lorsqu'ils sont mis devant le risque, même faible, de perdre beaucoup (malgré la chance de faire des gains), les gens ont tendance à accorder plus de poids à la prévention des grandes pertes qu'à la perspective de profiter de leurs gains.

3. ***Les gens ont un biais instinctif dans l'attribution de motifs*** à ceux qui les ont lésés (tout en attribuant leurs propres comportements nuisibles à des facteurs externes) et ils ont tendance à considérer leurs opposants comme des personnes à l'intention mauvaise. Les psychologues attribuent cette tendance à notre besoin d'un monde ordonné opérant sur un mode cause à effet, plutôt que sur une base aléatoire et selon des forces imprévisibles[8].

4. ***Les gens préfèrent les résultats qui***

Les spécialistes en prévention et règlement des différends (PRD) qui détiennent ces titres nationaux doivent se conformer à des normes élevées : faire la preuve d'une formation complète, actualisée par le perfectionnement professionnel continu, et d'une vaste expérience dans le respect de la déontologie de leur profession. Ils sont évalués par des pairs, praticiens chevronnés en PRD, formant un comité indépendant.

Les recommandations par le bouche-à-oreille ne devraient représenter qu'un seul critère parmi d'autres pour le choix d'un médiateur ou d'un arbitre. Les titres professionnels de l'IAMC donnent l'assurance que l'arbitre ou le médiateur a une formation professionnelle à jour et une vaste expérience du processus, ce qui garantit les meilleurs résultats dans les circonstances.

William Hartnett, c.r.
Retraité, ancien vice-président et chef du contentieux,
Compagnie Pétrolière Impériale Ltée

préservent leur sens de la dignité et de l'autodétermination. La dignité est rendue par une démonstration de respect. La probabilité que des participants acceptent une option de règlement augmente s'ils sont traités avec respect par leur adversaire, si l'appui du médiateur à la solution se fait dans le respect de leur point de vue et s'ils ont contribué à façonner la solution. Au contraire, la perception d'un manque de respect ou d'un traitement injuste peut nuire à l'acceptation de la même option. Manifestement, le raisonnement objectif (arithmétique) n'est pas seul en jeu[9].

5. ***Les indices tirés des comportements non verbaux ne permettent pas toujours de savoir ce que pense un participant.*** Il serait risqué pour les médiateurs de se fier aux « indices » du langage corporel pour guider leur encadrement des participants[10]. En médiation, l'effet des comportements non verbaux sur les autres participants dans la pièce est plus important.

6. ***Le contexte et le cadre sont des facteurs déterminants,*** même si c'est « irrationnel ». Le contexte agit sur la perception des objets physiques et des idées[11]. Les gens analysent et raisonnent à l'intérieur d'un cadre ancré dans le moment présent et ils n'ont pas tendance à fouiller dans leur mémoire à la recherche d'un détail pertinent. C'est le principe « WYSIATI », « What You See Is All There Is » ou, en français, « Il n'y a rien de plus que ce que vous voyez »[12]. Les jugements des gens sont souvent déterminés par le contexte immédiat des autres joueurs et de l'information, ainsi que par l'état d'esprit qui les habite.

7. ***Les pensées des gens sont programmées pour revenir à l'*** **« euristique »**, de simples chemins d'analyse ou des règles empiriques qui justifient leurs choix, même les choix qui ne sont pas optimaux du point de vue mathématique. L'une des euristiques les plus connues des avocats est « ancrage et ajustement », par laquelle les gens acceptent un chiffre comme point de départ plausible et s'ajustent, à la hausse ou à la baisse, en présence d'autres facteurs. Notez toutefois que si le point de départ n'est pas considéré comme étant plausible (comme une offre jugée ridicule), cette euristique ne s'applique pas.

Résumé et application

Les psychologues ont établi que le cerveau humain est programmé pour utiliser certains biais cognitifs et certains raccourcis d'analyse. Parfois, ces biais et ces principes de raisonnement simplifié favorisent le règlement. Cependant, lorsqu'ils l'empêchent, les médiateurs et les conseillers juridiques ont la possibilité d'intervenir, discrètement ou non, pour modifier leur influence. En effet, c'est leur responsabilité envers leurs clients : reconnaître et orienter l'influence des facteurs psychologiques qui favorisent la voie vers un règlement, plutôt que d'y faire obstacle.

Une dernière mise en garde s'impose. Les médiateurs et les conseillers juridiques font aussi partie des humains faillibles présents dans la pièce. Ce qu'ils disent, font et expriment s'inscrit aussi dans le contexte qui façonne les enjeux dans l'esprit de leurs clients. Pour favoriser la réussite, les médiateurs et les conseillers juridiques doivent rester vigilants et s'assurer que leur propre jeu de rôle, leurs perceptions et leurs expressions émotionnelles n'envoient pas d'indices nuisibles au règlement.

---

1 Daniel Kahneman et Amos Tversky (qui ont supervisé la recherche doctorale de l'autrice) sont crédités de l'appréciation nouvel âge du rôle de l'euristique et des biais dans la pensée des gens. Leur recherche a valu à Daniel Kahneman, à la suite du décès de Tversky, le prix Nobel d'économie. Elle est documentée dans son livre à succès *Système 1/Système 2 : Les deux vitesses de la pensée*, paru en 2011 en anglais sous le titre *Thinking, Fast and Slow*.

2 Un article précieux et précurseur, qui allie la recherche scientifique à l'expérience pratique, se trouve chez Russell Korobkin (2006), « Psychological Impediments to Mediation Success: Theory and Practice », Ohio State Journal on Dispute Resolution, 21:2, p. 281.

3 Outre les références dans les notes, les articles suivants ajoutent au fondement scientifique et aux exemples : Elizabeth Bader (2010), The Psychology of Mediation: Issues of Self and Identity and the IDR Cycle, 10 Pepp. Disp. Resol. L.J. 183; Cyril Chern, The Commercial Mediators Handbook (Londres : Informa Law, Routledge, 2014); Hoffman, D.A., Wolman, R.N. (2013). The Psychology of Mediation. Cardozo Journal of Conflict Resolution, 14, 759-806.

4 Plusieurs articles publiés préconisent l'emploi de mesures qui assurent l'avancement vers un règlement ultime, peu importe que l'on y parvienne ou non pendant la médiation, ou vers des habiletés accrues du médiateur. Voir, par exemple, Stratemeyer, G. (2017) « Measuring Success in Mediation: An Outline », publié en ligne par *Academia*, *https://www.academia.edu/35440548/Measuring_Success_in_Mediation*, consulté le 15 mai 2019; Ross, W.H. (2000). Measuring success in mediation. *Mediation Journal*, 1, 1-16.

5 Des illustrations spectaculaires de la manière dont le jeu de rôle empiète sur la réflexion et les comportements ont été mises au jour par les expériences de Milgram, dans lesquelles des étudiants en psychologie à qui l'on avait demandé de jouer le rôle de gardiens de prison se sont mis à faire preuve d'agressivité, et même d'une cruauté qui allait bien au-delà des exigences qui leur avaient été imposées. Depuis ces expériences, les psychologues ont établi plus généralement que les gens ajustent d'instinct leur sens de la réalité et des comportements appropriés au contexte dans lequel ils se trouvent.

6 L'excès de confiance entraîne à son tour des incidences sur ce qu'on appelle le « prix de réserve » qu'ils ont en tête au début de la médiation : le montant d'argent auquel ils seraient prêts à régler. Daniel Kahneman a rédigé un récit divertissant de notre prédisposition innée à l'excès de confiance pour le *New York Times Magazine* du 19 octobre 2011, dans un article intitulé « Don't Blink. The Hazards of Confidence », reproduit à *https://www.nytimes.com/2011/10/23/magazine/dont-blink-the-hazards-of-confidence.html?ref=general&src=me&pagewanted=all*, consulté le 15 mai 2019.

7 On observe parfois que les avocats qui conseillent leurs clients en médiation sont entraînés dans deux directions : ils ont assez d'expérience dans les résultats des litiges pour tempérer l'optimisme de leurs clients, mais eux-mêmes ont gagné la confiance de leurs clients en affichant de la confiance dans leurs capacités de persuasion.

8 Les psychologues étudient l'opération d'un « biais d'attribution » depuis plus de cinquante ans. Ce n'est que récemment qu'il a été intégré dans notre reconnaissance des biais cognitifs en tant que qualité fondamentale du jugement humain.

9 « Facework » est un terme anglais utilisé par certains chercheurs contemporains pour décrire les efforts, conscients ou non, d'une personne pour faire une impression désirée devant d'autres et pour éviter les impressions qui les dévalorisent. Voir les applications à la médiation et à d'autres contextes de négociation, par exemple : Ruth Abigail et Dudley Cahn, Managing Conflict Through Communication, Boston, MA : Pearson, 2011 et Rosenberg, Sarah. « Face ». Beyond Intractability. Éd. Guy Burgess et Heidi Burgess. Conflict Information Consortium, University of Colorado, Boulder. Publié en février 2004 *<http://www.beyondintractability.org/essay/face>*.

10 Des publications suggèrent que les humains sont d'assez piètres interprètes du langage corporel dans un contexte de règlement des différends. Les juges, par exemple, ne font pas mieux que le hasard pour détecter les menteurs dans des procès simulés. Voir, par exemple, Zimmerman, L., « Deception Detection », dans *APA Monitor on Psychology,* mars 2016, vol. 47, nº 3, p. 46.

11 Ruth M. Corbin, « Context effects on validity of response: lessons from focus groups and complacent frogs », *Vue Magazine*, novembre 2006.

12 Élaboré dans Kahneman, *Système 1/Système 2 : Les deux vitesses de la pensée* », supra.

Prévention et règlement des différends au Brésil

Introduction

Le Brésil est un pays favorable à la PRD. En effet, on y recourt de plus en plus à l'arbitrage et à la médiation pour régler les différends commerciaux et publics. Voici une courte introduction à ce territoire vibrant et à son adoption de la PRD.

La justice brésilienne en chiffres

Le Brésil est le cinquième plus grand pays au monde par sa superficie[1], avec une population d'un peu plus de 208 millions de personnes en 2018[2]. Selon le Fonds monétaire international[3], le produit intérieur brut (PIB) brésilien se classait au neuvième rang mondial en 2019. Le Brésil est une république démocratique fédérée composée de 26 états, un district fédéral et 5 570 comtés.

Le système judiciaire brésilien est composé de tribunaux d'état et fédéraux, chacun étant doté d'une division de première instance et d'une division d'appel. Il y a quatre hautes instances, soit la Cour supérieure de justice, la Cour supérieure militaire, la Cour supérieure du travail et la Cour supérieure électorale. La Cour suprême du Brésil, l'instance supérieure du pays, se compose de 11 juges désignés par le président. Sa compétence est définie par la Constitution fédérale de 1988. Au Brésil, tous les juges des cours supérieures, d'état et fédéraux sont nommés à vie. Le coût annuel des 18 168 juges et du système judiciaire du Brésil dépasse les 23 milliards USD.

Selon le Rapport du Conseil national de la justice, intitulé « La justice en chiffres », le Brésil compte 80,1 millions de poursuites judiciaires en cours, dont 29,1 millions ont été entamées en 2017. Le rapport énonce que la durée moyenne d'une poursuite est de plus de cinq ans[4], tandis que le temps moyen d'obtention d'une décision arbitrale dans une procédure d'arbitrage complexe n'est que de seize mois[5].

Dans une telle perspective, on peut facilement affirmer que les Brésiliens et les sociétés brésiliennes préfèrent le litige à tout autre mode de règlement des différends et qu'ils font confiance aux tribunaux comme meilleur moyen pour résoudre leurs conflits. Si c'est exact, l'élargissement d'une culture de la PRD arrive au bon moment. Les membres de la fonction publique et du système judiciaire, les avocats, les universitaires, les dirigeants d'entreprise et tous les professionnels du droit sont de plus en plus conscients que l'arbitrage et la médiation sont, dans certains cas, les meilleurs choix. La tendance vers la PRD s'illustre par l'élaboration récente de règlements de PRD au Brésil, ainsi que par certains chiffres issus des principaux centres d'arbitrage et de médiation au pays.

L'histoire de la PRD au Brésil

Le Brésil étant une colonie du Portugal, il a hérité de la majeure partie de ses lois du petit pays ibérique, déjà familiarisé avec l'arbitrage et la médiation.

Le système juridique médiéval portugais reconnaissait l'arbitrage comme option de règlement des différends, en vertu des ordonnances régissant le droit commercial du Brésil, jusqu'à l'adoption du Code commercial en 1850[6]. Le Code commercial autorisait également le recours à l'arbitrage, obligatoire pour les différends entre partenaires et société. La procédure d'arbitrage pour les différends commerciaux fut réglementée par le décret n° 737 de 1850. En 1866, cependant, l'arbitrage obligatoire prévu au Code commercial en cas de différends commerciaux fut retiré et le processus devint volontaire. Néanmoins, ces modifications législatives établirent l'obligation d'une convention d'arbitrage dans chaque contrat commercial.

La médiation partage les mêmes racines juridiques que l'arbitrage, ayant été prévue très tôt par des ordonnances portugaises et plus tard réglementée par la Constitution impériale brésilienne de 1824, qui reconnut le rôle de conciliation du juge de paix dans les procédures judiciaires.

De plus, la Constitution de 1824 autorisait expressément l'arbitrage : *Art. 160. Dans les poursuites civiles et les affaires pénales intentées au civil, les parties peuvent nommer des arbitres, dont les décisions seront exécutées, sans appel, si les parties en conviennent.*

La Constitution suivante, adoptée en 1895, demeura silencieuse au sujet de la prévention et du règlement des différends. L'arbitrage ne refit son apparition que dans la Constitution de 1934, qui octroya à l'Union la compétence de légiférer en matière d'arbitrage commercial. Les Constitutions subséquentes, de 1937, 1946 et 1967, furent silencieuses sur la question. Ce ne fut que dans notre Constitution actuelle, adoptée en 1988, que la PRD revint dans l'arène, dans le préambule du document qui affirme que le Brésil est *fondé sur l'harmonie sociale et voué, en matières nationale et internationale, au règlement pacifique des différends*.

Les *Codes de procédure civile* brésiliens reconnaissent l'arbitrage, mais la médiation n'y fut mentionnée qu'en 2015,

DANIEL BRANTES FERREIRA, PH. D.

Daniel Brantes Ferreira, Ph. D., vice-président aux affaires académiques du CBMA (Centre brésilien d'arbitrage et de médiation); associé de recherche au Baldy Center for Law & Social Policy (Faculté de droit de la University at Buffalo); avocat, arbitre et professeur de droit; rédacteur en chef du Journal brésilien de la prévention et du règlement des différends (RBADR)

lorsqu'elle fut ajoutée pour les différends civils : *Art. 334. Si la plainte satisfait aux exigences essentielles et si la réclamation n'est pas refusée au préalable, le juge organise une audience de conciliation ou de médiation sur un avis d'au moins trente (30) jours, et le défendeur sera convoqué sur un avis d'au moins vingt (20) jours.* Bien que les Cours d'état brésiliennes ne fassent pas beaucoup appel à cet article, le libellé illustre bien que le Brésil commence à reconnaître et à prendre au sérieux les mécanismes de la PRD. Le Code de procédure civile contient d'autres dispositions favorables à la PRD : *Art. 3. Aucune atteinte ni menace à un droit ne saurait être exemptée d'un contrôle judiciaire. § 1 L'arbitrage est permis conformément au droit statutaire. § 2 L'État doit, dans toute la mesure du possible, encourager les parties à trouver un règlement consensuel au différend. Art. 191. Sur entente mutuelle, le juge et les parties peuvent établir un échéancier pour l'exécution des actes procéduraux, au besoin.*

La *Loi brésilienne sur l'arbitrage* (Loi 9.307) fut adoptée en 1996. Elle repose partiellement sur la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* de 1985 et sur la *Loi espagnole sur l'arbitrage* de 1988. D'importantes modifications apportées en 2015 ont permis aux syndicats, aux États, aux municipalités, aux organismes gouvernementaux, aux fondations publiques, aux sociétés d'État et aux sociétés contrôlées par l'État de participer à l'arbitrage : *Art. 1. Toute personne capable de conclure un contrat peut recourir à l'arbitrage pour résoudre des différends concernant des droits de propriété librement transférables. § 1. La fonction publique directe et indirecte peut recourir à l'arbitrage pour résoudre des différends concernant des droits de propriété publics transférables.*

La *Loi brésilienne sur l'arbitrage* est considérée comme une loi progressiste, car elle respecte l'autonomie des parties et permet l'application d'une sentence arbitrale, comme s'il s'agissait d'une décision judiciaire : *Art. 31. La sentence arbitrale a sur les parties et leurs successeurs le même effet qu'un jugement rendu par l'autorité judiciaire et, si elle prévoit une obligation de paiement, elle constitue un instrument exécutoire dudit paiement.* L'exécution facile des sentences arbitrales est également ratifiée dans le *Code de procédure civile* brésilien : *Art. 515. Les actes suivants constituent des instruments judiciairement exécutoires, dont la satisfaction doit être conforme aux articles prévus au présent titre : VII – une sentence arbitrale;*

Bien que la *Loi brésilienne sur l'arbitrage* fut été adoptée en 1996, il fallut attendre jusqu'au 12 décembre 2001 avant que l'arbitrage ne commence à être pris au sérieux, lorsque la Cour suprême du Brésil déclara la constitutionnalité de l'arbitrage, dans une décision partagée à sept contre quatre. Par la suite, l'arbitrage cessa de tâtonner et se mit à faire des pas de géant au Brésil. La meilleure preuve permettant d'étayer cette affirmation est l'adoption, en 2002, de la Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York). Le Brésil n'était pas signataire de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention du CIRDI de 1966, ou Convention de Washington), de sorte que tous les arbitrages respectent les normes commerciales, même lorsque l'État y est partie.

La médiation a connu le même parcours que l'arbitrage. En 2015, la *Loi brésilienne sur la médiation* fut adoptée en tant que Loi fédérale nº 13.140 : *Art. 1. La présente Loi prévoit la médiation comme moyen de règlement des différends entre des parties privées et l'autorèglement des différends dans le cadre de la fonction publique.* L'on s'attend à ce que le Brésil signe la Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation (Convention de Singapour), dans la foulée du modèle de New York en matière d'arbitrage.

Bien que la *Loi sur la médiation* soit aussi considérée comme une loi progressiste, elle impose des obstacles aux formes hybrides de la PRD, comme la médiation-arbitrage, en ce qu'elle interdit explicitement le médiateur à devenir un arbitre dans une même procédure : *Art. 7. Le médiateur ne peut agir ni en tant qu'arbitre ni en tant que témoin dans une procédure judiciaire ou d'arbitrage concernant un différend pour lequel il a agi en tant que médiateur.*

Dans l'ensemble, il est indéniable que le Brésil peut être considéré comme un territoire favorable à la PRD.

Initiatives de PRD récentes

Le gouvernement fédéral, les états et les comtés brésiliens sont toujours en train de réglementer l'application de l'arbitrage. Par exemple, la Loi nº 13.467 de 2017 permet l'arbitrage en droit du travail pour les employés qui font un salaire mensuel de plus de 11 678 90 BRL (3 051,46 USD), alors qu'ils n'y étaient pas autorisés auparavant. De plus, en 2018, la Loi nº 23172 de l'état du Minas Gerais a créé la Chambre du droit administratif pour la prévention et le règlement des différends, établissant la conciliation et la médiation en tant que mécanismes de règlement des différends administratifs ou judiciaires impliquant la fonction publique du Minas Gerais.

Ces initiatives récentes, et d'autres, illustrent que les organes étatiques du Brésil sont de plus en plus conscients du fait que la PRD est non seulement efficace pour les différends entre parties privées, mais aussi pour les différends impliquant des organes publics comme eux-mêmes.

Les premiers centres de PRD au Brésil

Selon l'étude internationale sur l'arbitrage de 2018 de White & Case[7], Rio de Janeiro se classait au 14e rang mondial de sièges et au 8e rang dans le sous-groupe de l'Amérique latine, tandis que São Paulo occupait la 4e place dans cette région, arrivant au 8e rang global.

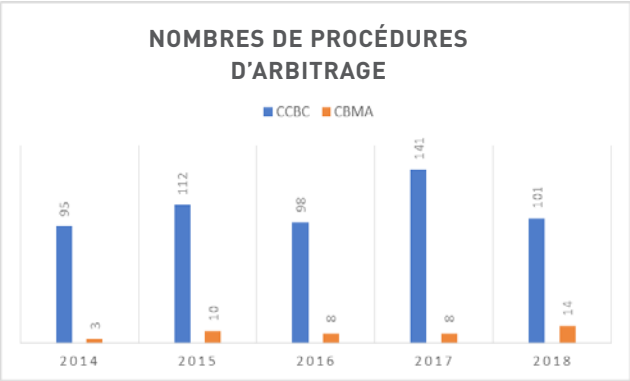
Le Brésil se divise en cinq régions géographiques : le Nord, le Nord-Est, le Centre-Ouest, le Sud-Est et le Sud. Les chefs de file en arbitrage et en médiation sont concentrés dans les régions du Sud-Est et du Sud, considérées comme plus prospères du point de vue économique. Il ne fait aucun doute que São Paulo est le cœur financier du Brésil, mais Rio de Janeiro est en voie de rétablissement, après des années de corruption politique catastrophique pour son économie.

L'organisme Leaders League a classé[8] les douze principaux centres d'arbitrage et de médiation au Brésil, soit :

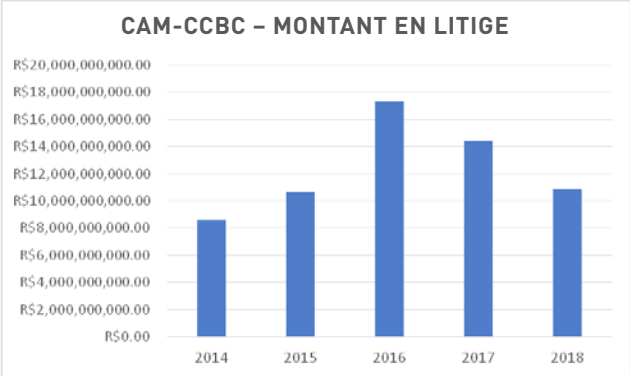
1. CAM-CCBC (São Paulo, SP);
2. CAMARB (Belo Horizonte, MG) – Câmara de Mediação e Arbitragem empresarial;
3. CMA CIESP/FIESP (São Paulo, SP);
4. Cour internationale d'arbitrage de la CCI (São Paulo, SP);
5. AMCHAM Brasil (São Paulo, SP);
6. CAM – Câmara de Arbitragem do Mercado (BM&FBOVESPA) (São Paulo, SP);
7. CBMA – Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (Rio de Janeiro, RJ);
8. Câmara FGV de Mediação e Arbitragem (Rio de Janeiro, RJ);
9. ARBITAC – Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná (Curitiba, PR);
10. CAESP – Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (São Paulo, SP);
11. CAMERS – Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação do CIERGS (Porto Alegre, RS);
12. CAMFIEP – Câmara de Arbitragem e Mediação da FIEP (Curitiba, PR).

Ce classement confirme que les centres de PRD sont concentrés dans les régions du Sud et du Sud-Est du Brésil, ou dans 6 des 26 états brésiliens. Parmi les douze centres mentionnés, six sont situés dans la ville de São Paulo (région du Sud-Est), deux se trouvent dans la ville de Rio de Janeiro (région du Sud-Est), un est installé dans l'état du Minas Gerais (région du Sud-Est), deux se trouvent dans la ville de Curitiba (région du Sud) et un est situé à Porto Alegre (région du Sud).

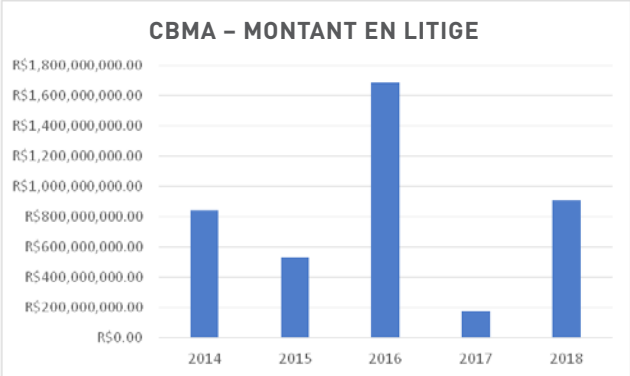
Les données de deux des centres d'arbitrage et de médiation les plus reconnus (le Centre d'arbitrage et de médiation de la Chambre de commerce Brésil-Canada [CAM-CCBC] et le Centre brésilien d'arbitrage et de médiation [CBMA]) illustrent la croissance exponentielle de la PRD au Brésil, principalement ces cinq dernières années. La majorité des procédures d'arbitrage au Brésil concernent les sujets suivants : les contrats en général, les entreprises du secteur de la construction civile, le secteur de l'énergie (principalement le gaz et le pétrole) et la fourniture de marchandises et de services. Les différends relatifs aux contrats internationaux et à la propriété intellectuelle jouent un rôle mineur dans les procédures d'arbitrage. Le tableau suivant indique le nombre d'arbitrages au cours des cinq dernières années dans ces deux centres :



Les différends traités annuellement ces cinq dernières années par le CAM-CCBC se chiffrent comme suit en réaux (la devise brésilienne), pour une moyenne de 112 000 000,00 BRL.



Les différends traités annuellement ces cinq dernières années par le CBMA se chiffrent comme suit en réaux (la devise brésilienne), pour une moyenne de 111 996 595,00 BRL.



Les deux centres ont traité moins de médiations que d'arbitrages ces cinq dernières années, mais les montants en cause étaient considérables. Au cours des cinq dernières années, le CAM-CCBC a assuré quarante médiations, et sept sont en cours, pour un montant de 13 milliards de réaux. Ces

quatre dernières années, le CBMA a assuré des médiations correspondant à 117 millions de réaux. Les deux centres offrent également un service de commission de règlement des différends spécialisé dans les contrats de construction civile.

Qui plus est, le CBMA intervient dans l'arbitrage sportif en soccer, notre sport national, et en basketball. Il agit comme tribunal d'arbitrage d'appel pour les différends qui ne concernent que des droits de propriété librement transférables issus de la Chambre nationale de règlement des différends de la Confédération brésilienne de soccer (CNRD-CBF) et de la Confédération brésilienne de basketball.

Le financement des différends par des tiers prend également de l'expansion au Brésil. Des sociétés comme Leste Litigation Finance[9] jouent un rôle essentiel dans l'accessibilité pour les parties de la procédure d'arbitrage onéreuse et dans la commandite d'événements de PRD.

Après avoir analysé toutes ces données, il ne fait aucun doute que le secteur de la PRD est en croissance au Brésil. Cela dit, et malgré le fait qu'une concentration en PRD soit un choix judicieux du point de vue financier, la culture doit être étendue à l'ensemble du pays; il faudra donc traverser les rives sud et sud-est du fleuve PRD.

Enseignement et recherche en PRD

Les principaux centres d'arbitrage et de médiation du Brésil investissent dans des initiatives d'enseignement. Le CBMA et le CAM-CCBC, par exemple, organisent chaque année un congrès de PRD international, en plus d'offrir des cours en arbitrage et en médiation. Récemment, le CBMA publiait le premier volume du *Journal brésilien de la prévention et du règlement des différends*[10].

Les meilleures écoles de droit ont déjà des équipes de simulation d'arbitrage et de médiation et représentent le Brésil partout dans le monde, avec de bons résultats. Qui plus est, à la fin de 2018, à la suite d'une audience publique ayant donné la parole à l'ensemble de la communauté juridique brésilienne, le Conseil national de l'éducation, une direction du ministère de l'Éducation du Brésil, a décidé que la prévention et le règlement des différends devaient devenir une matière obligatoire au programme des écoles de droit. En 2018, le Conseil adoptait de nouvelles Lignes directrices nationales d'enseignement pour les programmes de baccalauréat en droit[11].

Les services juridiques communautaires des écoles de droit sont également tenus d'appliquer l'arbitrage et la médiation dans la pratique quotidienne des stagiaires. Les services juridiques communautaires sont obligatoires pour les étudiants des 4e et 5e années des 1 500 écoles de droit du Brésil. La médiation est beaucoup plus appliquée dans les services juridiques communautaires, particulièrement dans les affaires de droit de la famille. L'arbitrage est davantage le fait des tribunaux de simulation.

Certains programmes d'études supérieures offrent une concentration sur le sujet, à savoir des maîtrises, des doctorats et des LL.M.

En résumé, les universités s'intéressent aussi à la question, par la recherche, des publications et l'enseignement de la PRD aux étudiants en droit.

Conclusion

Le Brésil souffre encore d'une culture ancrée dans le litige. Cette affirmation est facile à étayer : il suffit de regarder les 80,1 millions de poursuites en instance devant les tribunaux brésiliens. Néanmoins, notre histoire juridique et les récentes initiatives législatives et universitaires illustrent que le pays adhère à la PRD comme peu d'autres pays dans le monde, non seulement pour les parties privées, mais aussi, et surtout, pour les organes publics.

De nouveaux centres de PRD prometteurs émergent, comme la Chambre de médiation et d'arbitrage (CMAA) de l'ACIF (Association industrielle et commerciale de Florianopolis, la capitale de l'état de Santa Catarina)[12], dirigée par des praticiens très sérieux et spécialisés de la PRD.

Cependant, la culture de la PRD doit s'étendre à d'autres régions. Pour y arriver, les écoles de droit ont un rôle pertinent à jouer en rendant obligatoires les cours de PRD dans leurs programmes.

Le passé du Brésil est parcouru par une rivière PRD agitée, dans un pays qui ne faisait confiance qu'aux juges pour régler ses différends. Bien que la rivière PRD d'aujourd'hui soit paisible, elle coulera bientôt vers un lac PRD calme et captivant. Pour cette raison, et au vu de toutes les données mentionnées, le Brésil est, indéniablement, un pays favorable à la PRD.

Abonnez-vous et suivez-nous

Recevez des informations et des réflexions actuelles sur des questions d'intérêt majeur pour les professionnels de la PRD et les utilisateurs ultimes des modes de PRD (les parties et leurs avocats).

✔ bulletin Perspectives PRD

✔ le Journal d'arbitrage et de médiation canadien

✔ conférence nationale

visit http://adric.ca/communication-preferences

1 La superficie totale du Brésil est de 8 510 820 623 km².
2 Population : 208 494 900 habitants. Données de 2018 recueillies auprès de l'Institut brésilien de la géographie et de la statistique. *https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama*. Consulté le 22 juin 2019.
3 *http://statisticstimes.com/economy/gdp-indicators-2019.php*. Consulté le 22 juin 2019.
4 Justiça em Números 2018. Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 197. *http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf*. Consulté le 23 juin 2019.
5 Voir les statistiques des procédures d'arbitrage brésiliennes sur le site Web du CAM-CCBC : *https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/about-the-cam/general-statistics/*. Consulté le 25 juin 2019.
6 MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso Básico de Direito Arbitral: Teoria e Prática*. Curitiba : Juruá Editora, 4ª Ed., p. 29, 2017. Ordonnances d'Alfonsine, livre 3, titre 118; Ordonnances de Manueline, titre 81; Ordonnances de Philippine, titre 18.
7 Voir le rapport complet à *https://www.whitecase.com/law/practices/international-arbitration*. Consulté le 25 juin 2019.
8 Voir le classement à *https://www.leadersleague.com/en/rankings/arbitration-centres-brazil-2019-rankings-1*. Consulté le 25 juin 2019.
9 Voir la société à *http://www.leste.com/pt/leste-litigation-finance/*. Consulté le 3 juillet 2019.
10 Consulter le journal à *https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr*.
11 Résolution du ministère de l'Éducation nº 5 du 17 décembre 2018 – article 5, II – inscrivant le cours Moyens consensuels de solution aux différends comme matière obligatoire des programmes des écoles de droit brésiliennes.
12 Voir la Chambre à *https://www.cmaa.org.br/*. Consulté le 3 juillet 2019.

L'arbitre proactif : le devoir avant tout[1]!

Première partie

Le recours à l'arbitrage pour régler les différends commerciaux au Canada est en hausse. Le nombre d'arbitres bien formés et expérimentés augmente, tout comme le nombre d'avocats possédant des connaissances sur l'arbitrage commercial. Malgré cela, il arrive souvent que les avocats omettent de tirer pleinement parti des bienfaits et des attributs de l'arbitrage, et que les arbitres n'exercent pas leur pouvoir de persuasion pour les forcer à le faire. Pourquoi?

Typiquement, les arbitres sont d'anciens avocats plaidants ou des juges à la retraite et, au Canada à tout le moins, les avocats en arbitrage sont des avocats plaidants. Ils s'en remettent souvent à leurs expériences judiciaires, oubliant que l'arbitrage est davantage qu'un « litige version allégée ». C'est un processus contenu et autosuffisant par lequel une personne neutre désignée par les parties règle leur différend en dehors du système judiciaire. Pour le dire franchement, la pratique du litige pèse trop lourd dans l'arbitrage.

L'arbitrage est motivé par des parties qui exercent leurs droits contractuels à un règlement privé des différends, à l'exclusion des tribunaux. Elles choisissent l'arbitrage et en assument les coûts. Le point de départ devrait donc toujours être : *Que veulent les parties?* Cette notion est facilement déduite des sondages publiés régulièrement[2] et des groupes d'utilisateurs souvent présents lors des congrès. Les arbitres et les avocats devraient se préoccuper de ce que les utilisateurs disent. Au risque d'une généralisation excessive, les utilisateurs qui décident d'aller en arbitrage veulent :

- un processus non judiciaire, et pas une reproduction du litige où des arbitres payés remplacent des juges rémunérés par les pouvoirs publics;
- une solution définitive sous la forme de décisions exécutoires qui traitent de tous les enjeux, sans le besoin d'appels ou de contrôles judiciaires;
- l'expertise de l'arbitre, en ce sens que le décideur connaît la matière en cause *et* la pratique de l'arbitrage;
- une économie de temps, les différends étant déterminés rapidement selon les circonstances;
- une économie d'argent, en ne payant pas pour ce qui semble être un processus sans fin, à plusieurs étapes et qui culmine en une audience similaire à un procès des années plus tard;
- l'efficacité procédurale et *non*
    - des plaidoiries formalistes de style judiciaire qui ne servent véritablement à rien,
    - des procédures disproportionnées et écrasantes de production et de découverte qui présument que presque tout est pertinent et doit être produit,
    - une découverte orale d'envergure et de durée illimitées,
    - l'application des règles de preuve formelles issues des procès devant jury,
    - des formats d'audience désuets.

Comment promouvoir des processus d'arbitrage qui donnent aux parties ce qu'elles veulent? En tant qu'ancien avocat en règlement des différends et en tant qu'arbitre, j'y arrive en suivant les normes de l'arbitrage international et en adoptant une approche « frontale » à l'égard du processus. Je prends l'initiative d'aider les parties à adapter le processus afin d'offrir un règlement rapide et économique, grâce à une décision définitive qui peut être reconnue et appliquée.

Un arbitrage est bien mené lorsque l'arbitre gère le dossier, en travaillant avec les avocats du début à la fin. Les arbitres devraient insister pour que, tout au long de la communication d'information importante et pertinente à toutes les étapes, ils soient positionnés avec les avocats pour mener une audience efficace. Toutefois, c'est l'arbitre, et non les avocats, qui doit prendre l'initiative et diriger le processus.

Mon approche frontale, malgré sa nature activiste, est tout à fait compatible avec l'autonomie des parties. Lorsque des parties commerciales concluent un contrat d'arbitrage, ce contrat suppose qu'elles font ce qu'il faut pour veiller à la conduite appropriée et rapide du processus. C'est essentiel. Sans cette fondation, le comportement contradictoire immodéré des parties pourrait faire dérailler l'arbitrage; il incombe à l'arbitre de veiller à ce que cela ne se produise pas.

Les lois canadiennes en matière d'arbitrage ne reconnaissent pas explicitement l'obligation des parties à participer à l'arbitrage de bonne foi, mais les lois anglaises et australiennes le font, tout comme la *Loi sur l'arbitrage uniforme* de 2006 publiée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada[3]. Le spécialiste en arbitrage Gary Born établit un lien entre l'obligation implicite des parties et la maxime *pacta sunt servanda* (les traités doivent être respectés) et il est d'avis que les conventions d'arbitrage ne sont pas de simples promesses de ne pas intenter de poursuites. Il y a en outre des obligations positives de coopérer au

JOEL RICHLER

Joel Richler exerce à titre d'arbitre et de médiateur indépendant à Bay Street Chambers, située à Arbitration Place à Toronto, Ontario. Pendant près de 40 ans, M. Richler a été avocat principal en règlement des différends à Blake, Cassels & Graydon, S.E.N.C.R.L.

processus d'arbitrage en lui-même.[4] Et, bien entendu, si les parties sont contraintes par contrat de coopérer au processus d'arbitrage, leurs avocats le sont aussi.

Mon approche frontale en matière d'arbitrage repose aussi sur le contrat entre les parties et l'arbitre. Dans un arbitrage ad hoc, les modalités contractuelles sont exprimées dans le mandat et, dans l'arbitrage institutionnel, elles se trouvent dans les règles procédurales de l'institution. Au titre de leur contrat, les arbitres et les parties sont contraints les uns envers les autres de coopérer et d'agir de bonne foi vers l'atteinte de ces résultats. L'auteur Neil Andrews distingue deux responsabilités de gestion des arbitres : l'échéancier et la planification, et le contrôle des coûts. [TRADUCTION] « La responsabilité générale devrait être de veiller à une gestion du temps efficace et à l'atteinte d'un jugement à un coût proportionnel », écrit-il[5].

Aucune loi canadienne en matière d'arbitrage n'aborde ce pouvoir des arbitres, mais certaines règles institutionnelles en font mention. Par exemple, les règles d'ICDR Canada en matière d'arbitrage national prévoient que les tribunaux mènent la procédure dans le but d'accélérer le règlement du différend et de « prendre toute autre mesure nécessaire afin de protéger l'efficacité et l'intégrité de l'arbitrage ». La règle 22 (1) de la CCI contient une disposition semblable. Ces règles institutionnelles décrivent des pouvoirs proactifs et coercitifs qui favorisent l'efficience de l'arbitrage et empêchent les comportements accusatoires de noyer le processus d'arbitrage.

Comment ces obligations contractuelles se traduisent-elles en mesures pratiques qui veillent à ce que les parties obtiennent ce pour quoi elles ont négocié? Premièrement, par un arbitre qui prend immédiatement les commandes du processus. Entre le moment de leur désignation et la première réunion préparatoire à l'audience culminant à une directive arbitrale, les arbitres devraient être proactifs et veiller à ce que les parties adoptent des procédures convenables.

Avec le temps, j'ai élaboré des pratiques qui favorisent l'efficacité du processus d'arbitrage. Ces pratiques peuvent varier et d'autres arbitres ont d'autres préférences, mais elles correspondent à mon expérience en tant qu'arbitre et mes conclusions en matière de « pratiques exemplaires de l'arbitrage ».

1. Très tôt après la désignation, l'arbitre devrait avoir en main les ententes commerciales en cause, la convention d'arbitrage, l'avis d'arbitrage et toute réponse à cet avis. Cela lui permet de se préparer à la conférence préparatoire à l'audience et d'entamer des communications préliminaires avec les avocats.
2. L'arbitre (pas les parties) devrait convoquer la conférence préparatoire le plus tôt possible après sa désignation, et un intimé résistant ne devrait pas être autorisé à retarder indûment le commencement de l'arbitrage. Si des questions préliminaires doivent être résolues, la convocation de la première réunion lancera ce processus.
3. L'arbitre devrait communiquer, à des fins de commentaires et d'approbation, le mandat, à signer par ou au nom des parties au plus tard avant le début de la première réunion. Sans cela, l'arbitre n'aura pas l'autorité nécessaire d'émettre des ordonnances ou des directives.
4. L'arbitre devrait, d'avance, communiquer un ordre du jour détaillé de la conférence préparatoire à l'audience et demander aux avocats de se consulter sur chaque point à l'ordre du jour dans le but de comprendre le processus. Subsidiairement, l'arbitre peut communiquer une ordonnance procédurale préliminaire. Peu importe le document, chaque personne doit comprendre que ses observations pourront faire l'objet des commentaires, des suggestions et des directives de l'arbitre qui, à titre de « maître de la procédure », ne doit pas céder la place aux parties ou à leurs avocats. Par exemple, les arbitres ne devraient pas laisser des parties mal informées adopter des règles de procédure civile.
5. L'arbitre devrait suggérer aux parties d'assister elles-mêmes à la première conférence préparatoire, sinon à toutes les réunions. Pourquoi? C'est leur procédure. Il n'y a aucune raison valable de les exclure. Elles profiteront d'une exposition précoce et sans filtre à l'arbitre et au processus. Leur présence renforcera la nature sérieuse du processus. Enfin, si elles sont présentes, les parties peuvent immédiatement donner des directives à leurs avocats.
6. L'arbitre devrait planifier l'audience sur la preuve au tout début du processus, même si des questions préliminaires ou provisoires doivent être réglées au préalable. Ce faisant, il évite les retards et les stratagèmes, tout en favorisant un comportement diligent et de coopération. Si les parties soulèvent la possibilité de mesures interlocutoires (p. ex.,

Service personnalisé.
Envergure internationale.

Notre équipe canadienne de litiges, arbitrages et enquêtes possède une connaissance des réalités économiques, politiques et culturelles et une maîtrise des spécificités locales en matière de réglementation lui permettant de mettre en contexte les questions juridiques et d'établir un processus d'arbitrage efficace. Ceci jumelée à notre portée internationale nous permet de vous offrir des équipes bien intégrées et une qualité constante partout où vous faites des affaires.

Pour en savoir plus, veuillez contacter Heather Treacy, Q.C., associée directrice du bureau de Calgary au +1 403 294 3589 ou heather.treacy@dlapiper.com.

DLA PIPER

DLA Piper (Canada) S.E.N.C.R.L. fait partie de DLA Piper, un bureau d'avocats mondial qui opère par l'entremise de diverses entités légales. Pour plus d'information veuillez vous référer à la section des avertissements légaux du site www.dlapiper.com.

jugement sommaire, questions de compétence, disjonction, mesure provisoire) pouvant avoir un effet sur le moment ou la durée de l'audience, d'autres dates d'audience devraient être planifiées.

7. La première ordonnance de procédure devrait être émise tout de suite après la réunion préparatoire à l'audience et présenter les règles de procédure obligatoires et l'échéancier. Cela doit prendre la forme d'une ordonnance, et non d'une entente. Ainsi, en cas de non-conformité, l'arbitre pourra l'imposer.
8. Après la première conférence préparatoire à l'audience et toutes les autres conférences préparatoires, l'arbitre devrait transmettre une note de service résumant toutes les discussions qui n'ont pas abouti sur l'ordonnance de procédure. L'arbitre devrait inviter les avocats à corriger rapidement tout élément de dissension.
9. Il existe plusieurs listes de contrôle convenables dans les textes et les publications en matière d'arbitrage, ainsi qu'ailleurs dans le domaine public.

Il est possible de trouver plusieurs listes de contrôle convenables dans les textes et les publications en matière d'arbitrage, ainsi qu'ailleurs dans le domaine public, sur les questions qui devraient être abordées lors de la première conférence préparatoire à l'audience et dans la première ordonnance de procédure. Cela dit, l'on ne peut exagérer l'importance et l'autorité de cette première ordonnance. Premièrement, elle dissuade les avocats qui aimeraient prétendre que l'échéancier est facultatif. Sans aviser l'arbitre, ils pourraient s'entendre pour prolonger les délais ou apporter des modifications aux procédures, au motif que l'autonomie des parties leur en donne le droit. Si l'arbitre les laisse faire, cela pourrait ruiner l'efficacité et l'opportunité de l'arbitrage.

Il incombe à l'arbitre de veiller à ce que les ordonnances de procédure soient exécutées et que l'échéancier, une fois établi, soit respecté. Bien qu'il arrive que des modifications à l'échéancier soient nécessaires, elles doivent être apportées sous le contrôle de l'arbitre, dans l'esprit de préserver la date de début de l'audience. La première ordonnance de procédure devrait indiquer que les parties ne sont pas libres de modifier l'échéancier sans un avis préalable à l'arbitre et sans l'approbation préalable de l'arbitre. Cela ne fonctionne pas toujours, et les arbitres reçoivent souvent des demandes de modification après les faits. Néanmoins, une interdiction explicite établira les attentes de l'arbitre.

Les ordonnances de procédure devraient aussi indiquer que si des documents sont échangés entre les parties, une copie doit être transmise à l'arbitre. Cela permet à l'arbitre de surveiller l'échéancier sans avoir à constamment le demander et cela lui donne une idée de l'évolution des procédures.

La gestion frontale de l'arbitrage comporte également la conception du processus d'arbitrage en soi, une activité extrêmement importante à gérer par l'arbitre. Par essais et erreurs, j'ai conçu un modèle d'arbitrage qui, selon mon expérience, établit l'équilibre entre une communication exhaustive et juste et l'efficience. Je décrirai ce modèle de manière plus approfondie dans le prochain numéro de ce journal.

---

1 Cet article est tiré d'une présentation faite lors d'une réunion du Chapitre de Vancouver de la Chartered Institute of Arbitrators (division du Canada), tenue le 15 novembre 2018.

2 Plus particulièrement, le sondage international sur l'arbitrage dirigé par l'Université Queen Mary; voir « 2018 International Survey: The Evolution of International Arbitration, *https://www.whitecase.com/publications/insight/2018-international-arbitration-survey-evolution-international-arbitration*.

3 Voir, par exemple, le paragraphe 40 (1) de l'*Arbitration Act* anglaise de 1996, qui prévoit : [TRADUCTION] « Les parties font tout ce qui est nécessaire pour la conduite appropriée et rapide de la procédure d'arbitrage. »

4 Born, Gary, « International Commercial Arbitration » (2e édition, 2014, Wolters, Kluwer), pp. 1257-1283.

5 « Improving Arbitration: Responsibilities and Rights », *Arbitration* (2017) vol. 83, 330, 337.

Règlement en ligne des litiges : Le Québec sur une voie prometteuse

PAUL FAUTEUX, LL.M., MÉD.ACC

Paul Fauteux pratique le droit international et le litige civil et commercial avec CMKZ, un cabinet spécialisé en droit des affaires et du commerce international. Il enseigne la médiation et la justice participative à la Section de droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa et est un juge administratif à la Commission des relations de travail et de l'emploi dans le secteur public fédéral. *Bio complète*.

Synthèse

La médiation de consommation au Québec s'est d'abord développée à la division des petites créances de la Cour du Québec, où un projet-pilote de médiation obligatoire pour les contrats de consommation s'est terminé en mai 2018. En novembre 2016 l'Office de la protection du consommateur du Québec, avec la collaboration du Laboratoire de cyberjustice de l'Université de Montréal, lançait un autre projet-pilote, la Plateforme d'aide au règlement des litiges en ligne (PARLe). Unique en son genre, cette plateforme présente des caractéristiques très différentes de la plateforme de règlement en ligne des litiges de consommation lancée le 15 février 2016 par l'Union européenne. La technologie développée pour le projet PARLe est prometteuse et déjà appliquée ailleurs dans le monde pour le règlement en ligne de différends au-delà du domaine de la consommation.

1. Introduction

Au Québec comme ailleurs, le problème de l'engorgement des tribunaux et, plus généralement, celui de l'accessibilité à la justice, ne sont pas nouveaux. C'est dans ce contexte qu'a été adopté en 2003 le *Règlement sur la médiation des demandes relatives à des petites créances*[1] (ci-après « le Règlement »). Celui-ci prévoyait au départ une forme de médiation avant l'instruction, à laquelle se sont ajoutées au fil des ans la médiation sur place le jour de l'audience, et, plus récemment, la médiation obligatoire pour les contrats de consommation en vertu du *Règlement établissant un projet pilote de médiation obligatoire pour le recouvrement des petites créances découlant d'un contrat de consommation*[2].

L'Office de la protection du consommateur (OPC) du Québec a longtemps pratiqué l'accompagnement des consommateurs, que certains ont, à tort, assimilé à une forme de médiation. Plus récemment, l'Office a lancé, en partenariat avec le Laboratoire de cyberjustice de l'Université de Montréal, un autre projet pilote, la Plateforme d'aide au règlement des litiges en ligne (PARLe).

Omettant l'analyse de l'évolution de la médiation aux petites créances en raison de contraintes d'espace, cet état des lieux de la médiation de consommation au Québec retracera celle du traitement des plaintes à l'OPC. Nous examinerons ensuite le projet PARLe et comparerons ce dernier à la plateforme de règlement en ligne des litiges de consommation de l'Union européenne, ainsi que les résultats obtenus à ce jour par chacune de ces approches. Nous ferons enfin brièvement mention des utilisations de la technologie PARLe en Ontario et en France dans des domaines autres que celui de la consommation et conclurons par une présentation des perspectives que celle-ci ouvre pour le règlement en ligne des différends et des litiges de façon plus générale.

2. Le traitement des plaintes à l'Office de la protection du consommateur

2.1 Avant 2010

L'OPC existe depuis 1971, au début en tant que partie d'un ministère du gouvernement du Québec et à partir de 1978 en tant qu'organisme détaché du pouvoir exécutif.[3] Ses fonctions sont décrites à l'article 292 de la *Loi sur la protection du consommateur*[4] (ci-après « la Loi »), dont l'alinéa b) stipule qu'il est notamment chargé « de recevoir les plaintes des consommateurs ». S'est donc rapidement posée la question de savoir ce que l'Office ferait de ces plaintes une fois reçues.

Jusque vers 2010, la procédure suivie était la suivante. Un agent de la protection du consommateur (ci-après « l'agent ») recevait un appel téléphonique d'un consommateur qui se plaignait d'un bien ou d'un service qu'il avait acheté. L'agent envoyait alors au consommateur par la poste un formulaire de plainte en le priant de bien vouloir le remplir, lui renvoyer et en envoyer une copie au commerçant[5] visé. Une fois reçue le formulaire de plainte rempli par le consommateur, l'agent appelait le commerçant, l'informait au passage de la violation alléguée des articles pertinents de la Loi et lui demandait ce qu'il allait faire pour régler le dossier. Certains ont dit voir, à notre avis à tort, dans ce processus décrit comme « l'accompagnement du consommateur » une forme de médiation. À la lumière de

Trouvez les **meilleurs** médiateurs et arbitres

pour régler votre différend

Trouvez des médiateurs et arbitres
chefs de file en faisant une recherche sur
Se connecter à la PRD

- vous pouvez préciser votre recherche, en demandant des spécialistes possédant les titres Méd.A et Arb.A

l'effet pratique de ces appels sur la plupart des commerçants, il serait selon nous plus juste de parler d'un travail de groupe de pression, effectué au nom du consommateur. De plus, les résultats chiffrés de ce système de traitement des plaintes étaient faméliques : environ 10,000 appels étaient reçus à chaque année, environ 3,000 donnaient lieu à un formulaire de plainte rempli et environ 500 dossiers étaient réglés en « médiation ».[6]

La vaste majorité des litiges entre consommateurs et commerçants finissaient donc à la division des petites créances de la Cour du Québec, familièrement appelée « la Cour des petites créances ». Ce tribunal est caractérisé par une procédure simplifiée et une interdiction de principe d'y être représenté par avocat (même si rien n'empêche les parties d'en consulter un avant l'audience pour être mieux préparées).[7] Une personne peut y poursuivre quelqu'un ou y demander l'annulation d'un contrat lorsque la valeur de la poursuite ou du contrat est de 15 000 $ ou moins, sans les intérêts. Les personnes morales, les sociétés, les associations et les autre groupements sans personnalité juridique peuvent également s'adresser à ce tribunal, s'ils n'ont pas eu plus de dix employés en même temps au cours de la dernière année.[8]

2.2 Depuis 2010

Suite à un important exercice de planification stratégique au début des années 2010, l'Office a voulu donner accès à ses services à plus de gens et a donc mis fin au processus d'accompagnement du consommateur, jugé trop chronophage pour être efficace. Cette volonté tenait également compte de l'augmentation de la demande, le nombre annuel d'appels n'ayant cessé d'augmenter et se situant aujourd'hui entre 130 000 et 150 000. Environ 30 000 parmi ceux-ci sont suivis du dépôt d'une plainte formelle et environ la moitié de ce nombre, soit à peu près 15 000, concernent un litige civil entre le consommateur et le commerçant, comme par exemple un problème relatif à un bien non reçu ou un service non fourni (ou fourni partiellement); un retard dans la livraison du bien ou de la prestation du service; un bien défectueux, qui n'a pas eu une durée de vie raisonnable ou qui ne peut servir à l'usage auquel il est destiné; un bien ou service non conforme au contrat, à une déclaration du vendeur ou à un message publicitaire; ou un refus du commerçant d'honorer une garantie.[9] L'autre moitié des plaintes concernent des infractions à la Loi et sont traitées par les agents en tant qu'inspecteurs en conformité règlementaire.[10]

3. Le projet-pilote PARLe

En 2016, l'Office a fait appel au Laboratoire de cyberjustice de l'Université de Montréal[11] pour développer la Plateforme d'aide au règlement des litiges en ligne (PARLe), un projet-pilote qui offre aux consommateurs et aux commerçants une alternative rapide et gratuite pour résoudre leur litige. PARLe permet à ceux-ci de négocier et, s'il y a lieu, de recourir aux services d'un médiateur indépendant. La plateforme offre un environnement neutre, confidentiel et sécurisé, entièrement en ligne, pour traiter les litiges hors des tribunaux, peu importe la valeur du bien ou du service en cause.[12] Elle s'appuie sur une mise à jour de la technologie ECODIR (pour Electronic Consumer Dispute Resolution) développée au début des années 2000 et financée par la Commission européenne pour la mise en oeuvre de la Directive européenne sur le commerce électronique.[13]

3.1 La problématique

La médiation suppose en principe de mettre en présence les parties à un différend et un médiateur, qui pourra les voir séparément (en caucus) ou ensemble (en plénière). C'est pourquoi certains ont affirmé que la médiation en ligne n'était pas possible, puisque la présence physique des parties dans un même lieu et au même moment serait un ingrédient essentiel, voire indispensable, de tout processus de règlement des différends.[14] Sans aller jusque là, l'OPC était préoccupé par le fait que la médiation en ligne, donc forcément à distance, « se ferait de façon très froide », ce qui risquait de freiner son adoption. Un autre problème consistait à déterminer par quoi commencer. Il fallait en effet créer un volume d'affaires à soumettre à la plateforme qui serait assez gros mais pas trop pour faire un test pendant les trois à six premiers mois du projet pilote.[15]

3.2 Les solutions adoptées

L'OPC a d'abord écarté tous les dossiers comportant un aspect pénal, estimant que les plaintes considérées « civiles » étaient suffisamment importantes en nombre pour justifier la mise sur pied de PARLe. Ayant ainsi identifié la nature des litiges qui pourraient lui être soumis, l'Office s'est tourné vers la résolution du problème de la

« froideur » du règlement en ligne des litiges (RLL) et a contacté à cette fin les commerçants qui faisaient l'objet du plus grand nombre de plaintes, notamment dans les secteurs du commerce de détail, de la vente de meubles et d'électroménagers, de l'habitation, ainsi que celui de la vente automobile, pour les inviter à accepter à l'avance de soumettre à PARLe les plaintes de consommateurs dont ils feraient à l'avenir l'objet. Il s'agissait évidemment d'un engagement à participer à la démarche, pas à régler le dossier.

3.3 Le mode de fonctionnement

Il n'y a pas d'accès en libre service au projet pilote PARLe et il faut donc s'adresser à l'OPC pour y participer. L'agent s'assure d'abord que le consommateur remplit les trois conditions suivantes : son problème est de nature exclusivement civile (tel que défini précédemment), il est à l'aise avec les outils en ligne (c'est-à-dire qu'il a l'habitude de faire des achats ou de remplir des formulaires sur Internet) et il a un problème qui met en cause un commerçant participant au projet pilote. Une fois faite cette vérification, l'agent transmet au consommateur par courriel les renseignements nécessaires à la création d'un compte sur PARLe et à l'utilisation de la plateforme.[16]

Le processus PARLe se déroule sur une période maximale de 35 jours ouvrables, que le Greffier doit faire respecter, et comprend deux phases : 20 jours de négociation, suivis, en cas de besoin, de 15 jours de médiation. Le consommateur commence par remplir deux formulaires préprogrammés qui offrent un certain nombre d'options tout en limitant le temps investi en lui demandant de simplement cocher la ou les cases qui correspondent à sa situation.[17] Le premier décrit le problème et le second fait une proposition de règlement. Le consommateur peut également déposer des documents sur la plateforme à cette étape. Il peut y avoir plusieurs propositions et contre-propositions.

Si aucune entente n'est conclue dans les 20 jours ouvrables, on passe à la deuxième étape. Un médiateur externe et accrédité par un ordre professionnel, soit le Barreau du Québec ou la Chambre des notaires du Québec, est alors automatiquement désigné par PARLe et il a accès à tout l'historique électronique des échanges, notamment au tableau des propositions. Les services du médiateur sont gratuits pour les parties et celui-ci est payé par l'État au tarif prévu par le Règlement.[18]

À la fin de la médiation, le médiateur peut proposer une issue que chaque partie est libre d'accepter ou non, ou d'amender. Si les parties acceptent la proposition du médiateur, celle-ci est formalisée par la plateforme et le dossier est fermé. Si la proposition est rejetée, le dossier peut, à la discrétion du consommateur, être référé devant l'instance judiciaire compétente (généralement la Cour des petites créances) et c'est la fin du processus PARLe.[19]

4. La plateforme de règlement en ligne des litiges de consommation de l'Union européenne (PRELLUE)

La plateforme européenne de règlement en ligne des litiges de consommation est un guichet unique mis en ligne le 15 février 2016 par l'Union européenne (UE) afin d'aider les consommateurs européens ayant un litige aussi bien national que transnational. Elle est utilisé par le consommateur afin d'introduire une plainte devant un tiers neutre, un « organisme de règlement des litiges », concernant un bien ou un service, qu'il soit acheté sur Internet ou non. Les commerçants de l'UE faisant affaire en ligne ont l'obligation d'informer les consommateurs dans les conditions générales du contrat, ou encore dans le contrat de vente, par quel organisme de règlement des litiges ils sont couverts[20]. Un lien cliquable à cet effet menant vers le site de la plateforme (*http://ec.europa.eu/odr*) doit également être affiché sur le site web du commerçant.[21]

Cette plateforme est conviviale, entièrement en ligne et multilingue. Un service de traduction est également offert afin de faciliter la résolution des litiges impliquant des parties établies dans différents États membres de l'UE.[22] Fait à noter, dans certains pays, il est aussi possible pour le commerçant ou le professionnel d'introduire une plainte contre un consommateur à l'aide de la plateforme.

La PRELLUE fonctionne en quatre étapes. Comme dans le cas de PARLe, le consommateur commence par introduire sa plainte en remplissant un formulaire en ligne. À partir de ce moment, il a 30 jours pour choisir l'organisme de règlement des litiges qu'il préfère. Chaque pays membre de l'UE possède une liste d'organismes, certains très spécialisés, comme le Médiateur du Crédit Agricole de la Touraine et du Poitou en France ou la Sveriges Begravningsbyråers Förbunds Reklamationsnämnd (Bureau des réclamations de l'association suédoise des ordonnateurs de pompes funèbres) en Suède. La demande est ensuite transmise à l'autre partie.[23]

À cette deuxième étape, le consommateur et le commerçant ont 30 jours pour se mettre d'accord sur l'organisme. Si aucun accord ne peut être conclu, la plainte est « abandonnée ». S'il y a accord, le site web envoie automatiquement les informations relatives au litige à l'organisme choisi. Une fois le dossier en main, l'organisme de règlement des litiges a trois semaines pour déterminer s'il est compétent pour entendre l'affaire et en informer les parties. Il peut également, au besoin, les contacter pour obtenir plus d'informations. Ensuite, à l'intérieur d'un délai de 90 jours, l'organisme peut suggérer une solution aux parties, les réunir en vue de trouver une solution ou leur en imposer une. Une fois la procédure terminée, l'organisme de règlement des litiges informe les parties de l'issue du différend.[24]

5. Les résultats obtenus

5.1 Résultats de la PRELLUE

L'adoption de la plateforme se fait à des vitesses variables dans les différents pays membres de l'Union. À titre d'illustration, depuis son implantation, les Allemands sont les champions de son utilisation avec 20 550 cas traités, suivi par les Britanniques avec 18 200. La PRELLUE semble beaucoup moins populaire en France et en Italie, comme l'illustrent les 9 200 et 5 392 cas respectivement traités.[25] 41,25 % des plaintes sont classées nationales (les deux parties étant ressortissants du même État membre) et 52,75% transfrontières.[26] Les trois secteurs suscitant le plus de plaintes sont le transport aérien avec 13% des plaintes, les commerçants d'habillement et de chaussures avec 10,89% et enfin les commerçants d'articles des technologies de l'information et de la communication avec 6,91%.[27]

Il ne semble cependant pas exister de statistiques publiquement disponibles sur le nombre de dossiers où un organisme de règlement des litiges a été nommé d'un commun accord par les parties, le délai de traitement moyen, le pourcentage des litiges ayant

SOUMISSION D'ARTICLES

2 500 mots au plus, pour publication dans le Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien
ou de 950 mots au plus, pour publication dans Perspectives PRD

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

— Janet McKay
Directrice générale de l'IAMC

Profitez de la reconnaissance reçue pour vos idées et opinions

JOURNAL D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION CANADIEN

Article de 2 500 mots au plus destiné aux spécialistes en PRD

RÉDACTRICE EN CHEF :
Genevieve A. Chornenki, LL. M.(PRD), Méd.A, Arb.A

PERSPECTIVES PRD

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

CORÉDACTEURS EN CHEF :
Bryan C. Duguid, c.r., FCIArb

Pamela Large Moran, Méd.A, Arb.A

Pour plus d'informations sur les lignes directrices importantes, le processus de soumission et les possibilités de publicité, visitez le site *ADRIC.ca/fr*.

donné lieu à une entente, le taux de satisfaction général des consommateurs et des commerçants et, pour les cas réglés, la valeur moyenne du bien ou du service en cause.

Il faut en outre noter que la PRELLUE n'offre pas une porte d'entrée unique et une plateforme publique, mais au contraire 28 (pour le moment) portes d'entrée différentes et une multiplicité de plateforme privées.

Il ne semble pas non plus exister de statistiques sur le taux d'acceptation ou de refus par les commerçants des demandes des consommateurs de référer leur plainte à un organisme de règlement des litiges, le refus du commerçant, comme on l'a vu plus haut, faisant en sorte que la plainte est considérée « abandonnée », alors qu'elle n'a en réalité pas été traitée. À cet égard, des informations circulent, évidemment difficiles à vérifier, à l'effet que certaines des plus grandes marques européennes affichent publiquement leur volonté générale de régler les litiges de consommation en passant par la PRELLUE, mais refusent systématiquement en pratique, loin des regards des collecteurs de statistiques de l'Union, les propositions que leur font les consommateurs de référer leur litige à un organisme de règlement précis.

Finalement, il ne semble pas exister de statistiques sur la mesure dans laquelle, une fois choisi d'un commun accord par les parties, l'organisme de règlement des litiges détermine et informe les parties au bout de trois semaines qu'il est effectivement compétent pour entendre l'affaire. Dans l'éventualité d'une réponse négative, il est donc à craindre que la plainte soit là aussi considérée « abandonnée », même si elle n'a en réalité pas été traitée, ou qu'il faille à tout le moins retourner à la case départ pour que l'une des parties propose à l'autre un nouvel organisme de règlement des litiges, qui devra à son tour faire l'objet d'un commun accord et, le cas échéant, se prononcer sur la question de savoir s'il est compétent, sans garantie qu'il conclura qu'il l'est.

5.2 Résultats de PARLe

Après moins de deux ans d'existence, la plateforme PARLe compte déjà un grand nombre de commerçants, dont des magasins à grande surface, des détaillants de meubles et d'électroménagers, des commerçants d'automobiles d'occasion et des commerçants du domaine du voyage.[28] Leur inscription a cru de façon exponentielle, passant de 16 lors du lancement du projet pilote le 7 novembre 2016 à 83 commerçants au moment d'écrire ces lignes. Les inscrits regroupent les plus grosses entreprises qui oeuvrent dans le domaine de la consommation au Québec. Leur participation, acquise au prix d'un effort de recrutement soutenu et qui se poursuit, a été facilitée par le fait que l'ouverture d'un dossier à l'OPC suite au dépôt d'une plainte rend cette dernière accessible en ligne, et donc publique.[29] Il est par conséquent dans l'intérêt des commerçants soucieux de leur réputation de faire publiquement acte de responsabilité sociale corporative en manifestant leur volonté de soumettre ces litiges à PARLe en vue de tenter de les régler. Les commerçants québécois l'ont si bien compris que certains d'entre eux qui n'avaient pas été approchés par l'Office pour y participer en ont eux-mêmes pris l'initiative, estimant que le fait que leurs compétiteurs y participent et pas eux donnaient à ces derniers un avantage concurrentiel.[30]

Les résultats obtenus quant à l'issue du processus sont également impressionnants. Le délai de traitement moyen est de 27 jours ouvrables, ce qui se compare avantageusement avec la Cour des petites créances, et le record de rapidité est détenu par un dossier réglé en 18 minutes.[31]

Selon les données recueillies entre le 7 novembre 2016 et le 31 mars 2017, 596 dossiers avaient éte ouverts par des consommateurs; dans 68 % des cas, les litiges avaient éte réglés à la satisfaction des parties; le taux de satisfaction général des consommateurs et des commerçant atteignait prés de 88 %. Pour les cas réglés, la valeur moyenne du bien ou du service en cause s'élevait à 1 253 $.[32]

Le taux de succès (défini comme la conclusion d'une entente) est aujourd'hui de 70% et la valeur moyenne des litiges de 2 000 $. Depuis le lancement du projet pilote en novembre 2016, environ 4 000 dossiers ont été ainsi potentiellement détournés de la Cour des petites créances. Le taux de refus par les commerçants des litiges pris est charge est de moins de 1%. C'est là en partie le résultat d'un système « sur mesure filtré », tous les participants, soit le consommateur, le commerçant et le médiateur, ayant fait l'objet d'une sélection par l'OPC.[33] C'est aussi parce que, si une entreprise qui a accepté de participer à la plateforme refuse de le faire pour un litige en particulier, elle perd son privilège d'y participer pour l'avenir.[34]

Notons enfin que, contrairement à la PRELLUE, PARLe offre au consommateur québécois une porte d'entrée unique et une plateforme publique gérée par un organisme qui, tout détaché d'un ministère qu'il fut, n'en constitue pas moins une émanation de la puissance publique.

6. Les applications de la technologie PARLe hors Québec

Comme on a pu le voir, la techologie PARLe fonctionne remarquablement bien. C'est pourquoi elle a été adoptée par le Tribunal de l'Autorité du secteur des condominiums de l'Ontario, créé par le biais des amendements à la Loi de 1998 sur les condominiums adoptés en 2015, aux termes desquels celui-ci « peut enjoindre aux parties à une instance d'avoir recours à un mode de règlement extrajudiciaire des différends afin de régler l'instance ou une question en litige soulevée dans l'instance »[35]. Elle l'a aussi été par la Chambre des huissiers de Paris, où les huissiers jouent un rôle très différent de celui qu'ils jouent au Québec et peuvent, sur la base de leur formation universitaire en droit, participer au règlement des litiges, ce qu'ils font maintenant en ligne.[36]

7. Conclusion : perspectives d'avenir pour le RLL

Au-delà du succès du projet à l'OPC, les applications hors Québec de la technologie PARLe dans des domaines autres que celui de la consommation démontrent son grand potentiel pour le règlement en ligne, tant des litiges que des différends, et ce de façon générale à travers le monde. Même si elle n'a jusqu'à présent été utilisée au Québec que dans le cadre de ce que le nouveau Code de procédure civile, entré en vigueur le 1er janvier 2016, appelle les « modes privés de prévention et de règlement des différends »,[37] on peut aussi espérer qu'elle sera mise en contribution pour s'attaquer au problème chronique de l'engorgement des tribunaux, ici et ailleurs, plus efficacement que cela n'a été jusqu'à présent le cas.

1 Règlements et lois refondus du Québec (RLRQ) c C-25.01, r 0.6.
2 RLRQ c C-25.01, r 1.
3 Entrevue téléphonique réalisée par l'auteur avec Me André Allard, Directeur des Affaires juridiques de l'OPC, le 4 octobre 2018.
4 RLRQ c P-40.1.
5 La *Loi sur la protection du consommateur* ne définit pas ce terme. La question de savoir qui est un commerçant au sens de cette loi est donc une question de fait laissée à l'appréciation du tribunal.
6 *Op. cit. supra* note 3.
7 Éducaloi, La division des petites créances de la Cour du Québec – Description, *https://www.educaloi.qc.ca/capsules/la-division-des-petites-creances-de-la-cour-du-quebec-description*, consulté le 5 octobre 2018.
8 Code de procédure civile du Québec, RLRQ C-25.01, art. 536.
9 Office de la protection du consommateur, Rapport annuel de gestion 2016-2017, page 23, *https://www.opc.gouv.qc.ca/fileadmin/media/documents/a-propos/publication/OPC_rapport-annuel-2016-2017.pdf*, consulté le 17 octobre 2018.
10 *Op. cit. supra* note 3.
11 Laboratoire de cyberjustice, *https://www.crdp.umontreal.ca/recherche/groupes/laboratoire-de-cyberjustice/, consulté le 16 octobre 2018*.
12 PARLe : Plateforme d'aide au règlement des litiges en ligne, *https://www.opc.gouv.qc.ca/a-propos/parle, consulté le 16 octobre 2018*.
13 Directive 2000/31/CE du Parlement et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, J.O.C.E., L. 178/1. Voir à ce sujet Karim BENYEKHLEF, « La résolution en ligne des différends de consommation : un récit autour (et un exemple) du droit postmoderne », dans Pierre-Claude Lafond, dir., L'accès des consommateurs à la justice, Cowansville, Yvon Blais, 2010, 89-117.
14 Pour une réfutation appuyée de ce point de vue, voir BENYEKHLEF, *op. cit. supra* note 13, dans le texte accompagnant la note 19.
15 *Op. cit. supra* note 3.
16 *Op. cit. supra* note 12.
17 Sur ces formulaires, qui présentent une solution mitoyenne entre la flexibilité des échanges textuels et l'accessibilité des offres à l'aveugle, voir notamment Nicolas VERMEYS, « Les modes privés de prévention et de règlement des différends en ligne », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), Régler autrement les différends, Montréal, Lexis Nexis, 2018, p. 421-464.
18 *Op. cit. supra* note 3. L'article 9 du Règlement prévoit en date des présentes que les honoraires du médiateur sont de 148 $ par séance si la médiation met fin au litige et de 122 $ par séance si la médiation ne met pas fin au litige.
19 Pier-Luc BISAILLON LANDRY, « La résolution en ligne des conflits de consommation afin d'encourager la justice participative », travail de rédaction individuelle soumis dans le cadre du Séminaire de médiation et de justice participative, Faculté de droit, Université d'Ottawa, 27 novembre 2017.
20 Régler les litiges de consommation, *https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumers/resolve-your-consumer-complaint_fr, consulté le 17 octobre 2018*.
21 *Op. cit. supra* note 19.
22 Commission européenne - Communiqué de presse, Résolution des litiges en ligne: Nouvelle plateforme pour les consommateurs et les commerçants, *http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-297_fr.htm*, consulté le 17 octobre 2018.
23 *Op. cit. supra* note 19.
24 *Id.*
25 Statistiques, https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.statistics.show, consulté le 17 octobre 2018.
26 *Op. cit. supra* note 22.
27 *Op. cit. supra* note 25.
28 *Op. cit. supra* note 12.
29 Entrevue téléphonique réalisée par l'auteur avec Me Patrick Lahaie, Administrateur d'État – Chargé de projet à l'OPC, le 25 septembre 2018.
30 Entrevue téléphonique réalisée par l'auteur avec le professeur Nicolas Vermeys, Directeur adjoint du Laboratoire de cyberjustice de l'Université de Montréal, le 2 octobre 2018.
31 *Op. cit. supra* note 29.
32 *Op. cit. supra* note 9.
33 *Op. cit. supra* note 29.
34 *Op. cit. supra* note 30.
35 L.O. 1998, chap. 19, article 1.40, alinéa 1.
36 *Op. cit. supra* note 30. Voir à cet égard « Justice du 21ème siècle : Les Huissiers de Justice au service de la dématérialisation judiciaire », *https://www.huissiersdeparis.com/les-huissiers-de-justice-au-service-de-la-dematerialisation-judiciaire/*, consulté le 17 octobre 2018.
37 *Op. cit. supra* note 8, dès la Disposition préliminaire et en particulier aux articles 1 à 7.

Services d'externalisation de la PRD

Notre expertise à votre service

L'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada fournit 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.

Plus d'informations en ligne

Culture et conflit

Un conflit met en jeu une incompatibilité perçue, latente ou manifeste, tandis que la culture influence le déclenchement, la perception, l'amplification et le règlement du conflit. Par « culture », nous entendons les caractéristiques et les connaissances d'un groupe particulier, ce qui englobe la langue, la religion, la cuisine, les habitudes sociales, la musique et les arts (Zimmermann, 2017). L'éducation et l'environnement propres à une personne donnent lieu à une culture intrinsèquement différente de celle d'une autre, bien qu'une personne puisse être active simultanément dans plusieurs cultures. Par exemple, Bouchra, co-autrice du présent article, porte les identités culturelles suivantes : médiatrice, Marocaine, Nord-Américaine, musulmane, artisane de la paix, pacificatrice, bénévole, etc.

La culture dans laquelle une personne est immergée influence ses perceptions d'un conflit et de son règlement efficace. Ainsi, les médiateurs doivent être non seulement conscients de leur propre culture dominante, mais également de la culture dominante des parties au conflit, afin de pouvoir envisager le conflit sous leur perspective à elles.

La c*ulture* constitue un élément essentiel du *règlement* des conflits. L'identité culturelle de Bouchra illustre ce point. Au Maroc, son pays d'origine, la culture est très contextuelle[1]. Les relations s'y construisent lentement et la confiance prend du temps à s'établir. De plus, une bonne réputation au sein de son groupe social et de sa collectivité d'appartenance offre un capital social élevé au Maroc. En tant que jeune fille ayant grandi à Mohammadia, Bouchra a observé des membres de confiance de sa petite collectivité participer à la médiation et au règlement de griefs. Dans les conflits à propos d'un chien qui aboie, les différends entre marchands et clients, les disputes au sujet des poubelles, et ainsi de suite, ses voisins âgés Jelali et Ramya étaient explicitement recherchés en tant que médiateurs. Les deux reconnaissaient que des relations solides dans une société collectiviste étaient à la fois des obligations sociales et un élément fondamental de la sûreté et de l'harmonie communautaires. Le repentir était au cœur du règlement commun des problèmes et de l'atteinte de la paix. Jelali et Ramya savaient parfaitement écouter et demandaient à chaque partie de s'exprimer avant de travailler à la recherche de solutions réfléchies et créatives. Ils insistaient sur l'importance pour la victime de pardonner à la personne qui avait commis l'offense et d'accepter le repentir de cette dernière. Ils lançaient souvent « Allah esameh wa el mosameh Karim », ou « Dieu pardonne et celui qui pardonne est généreux ». La possibilité de se repentir et de se faire pardonner était et est toujours cruciale pour réparer et rétablir les relations entre les parties en conflit et dans la collectivité dans son ensemble.

Les mentors de Bouchra appliquaient leurs valeurs et leurs pratiques culturelles subtiles à la médiation des différends, avec un excellent taux de réussite; ces valeurs et ces pratiques ont eu de l'influence sur Bouchra. Même aujourd'hui, en tant que médiatrice professionnelle formée en Amérique du Nord, elle utilise plusieurs habiletés observées chez Jelali et Ramya.

Jelali et Ramya étaient des médiateurs dans une petite collectivité du Maroc, mais les attentes en matière de règlement des différends auxquelles ils faisaient face ressemblaient à celles du reste du pays. Bien que le Maroc soit une société multiethnique où différents groupes ont des pratiques culturelles différentes, sa population est composée à 99 % de musulmans; il y a donc une forte croyance dans les enseignements du Coran, y compris l'espoir d'une place dans le Jannah (paradis) pour les croyants.

BOUCHRA AZIZY

Bouchra Azizy possède une maîtrise en négociation, règlement des différends et consolidation de la paix. Mme Azizy est une médiatrice polyglotte (arabe, français et espagnol) d'expérience en différends familiaux, communautaires et interculturels. Elle est actuellement médiatrice dans le comté de Los Angeles et au centre de médiation familiale du sud de la Californie.

OLATUNJI ONIYAOMEBI

Olatunji Oniyaomebi est médiateur, facilitateur et spécialiste du règlement des différends en Californie, aux États-Unis. Il a obtenu sa maîtrise en négociation, règlement des différends et consolidation de la paix à la California State University, à Dominguez Hills. On peut écrire à Olatunji à l'adresse olamediator@gmail.com.

L'IAMC apprécie le soutien que lui offrent ses Membres collectifs :

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

Alberta Energy Regulator

Alberta Environmental Appeals Board

BD&P Burnet, Duckworth & Palmer LLP Law Firm

BLG Borden Ladner Gervais

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

COX & PALMER

Deloitte.

大成 DENTONS

DLA PIPER

GOWLING WLG

GRAHAM

IBC BAC

Imperial

Ismaili Conciliation and Arbitration Board of Canada

KPMG

MCINNES COOPER

MNP

SulhaSolutions Muslim Dispute Resolution Specialists

NORTON ROSE FULBRIGHT

OSLER

ROSE LLP

Shell Canada Limited

VERJEE & ASSOCIATES

Unifiées par la foi, les différentes ethnies marocaines s'attendent à ce que les simples différends communautaires se règlent entre voisins. En règle générale, les gens se perçoivent comme étant très tolérants et s'efforçant de promouvoir la paix. Servir Dieu est une partie essentielle de leur quotidien et la perspective de nombreux croyants du pardon repose sur les enseignements du Coran, dans lequel Dieu demande : [TRADUCTION] « *Si vous n'acceptez pas un repentir et êtes incapable de pardonner celui qui vous a fait du mal, comment pouvez-vous espérer que je vous pardonne?* » Ainsi, le repentir est très valorisé et il constitue la première étape de la guérison, tant pour celui qui a commis l'offense que pour sa victime. Selon les principes islamiques, le pardon est une obligation, un devoir éthique profond et essentiel. Par conséquent, au sein de la société marocaine, il est courant de voir la personne qui a commis une offense et sa victime se présenter des excuses mutuelles. Le repentir est fondamental et crucial pour l'atteinte de la paix, parce qu'il fait partie du tissu social et culturel. Il est un ingrédient essentiel du règlement des différends et prévient les conflits insolubles au sein des diverses collectivités.

Le respect de la décision du ou des médiateurs fait aussi partie des attentes au Maroc; la violation d'une telle attente expose le contrevenant au risque d'ostracisme, un résultat bien pire qu'un délit mineur, un simple différend ou un verdict. Ainsi, les artisans de la paix comme Jelali et Ramya veillent à ce que les différends soient réglés en dehors du système judiciaire.

Olatunji, le second co-auteur du présent article, a grandi au sein d'un foyer méthodiste et catholique, au Nigéria. Comme au Maroc, la culture au Nigéria est très contextuelle. Cependant, avec plus de deux-cent-cinquante ethnies, les cultures individuelles sont marquées par des différences. Malgré tout, les différentes ethnies s'attendent à ce que les simples différends communautaires se règlent entre voisins.

Durant son enfance à Lagos, Olatunji a vécu dans un immeuble qui, comme plusieurs autres dans la ville, abritait des gens de diverses ethnies et croyances — christianisme, islam, religions autochtones, etc. À peine une décennie s'était écoulée depuis la guerre civile nigérienne, au cours de laquelle plusieurs voisins s'étaient battus dans des camps opposés ou s'étaient réinstallés dans les régions particulières à leur ethnie. Les anciens alliés et ennemis étaient maintenant voisins et, à ce titre, on s'attendait à ce qu'ils règlent leurs différends mineurs. En raison de cette attente, les différends mineurs entre voisins aboutissent rarement devant les tribunaux, même si Lagos est la mégapole la plus peuplée d'Afrique.

Contrairement à Lagos, les différends mineurs entre voisins sont souvent inscrits au rôle des tribunaux dans le Canada et les États-Unis multiculturels, deux cultures peu contextuelles où les relations commencent et prennent fin rapidement et où la communication peut être une question de fait. Les parties prenantes peuvent provenir de cultures très ou peu contextuelles, ou d'un mélange de ces cultures, et leur expérience du pouvoir et leur interprétation du différend peuvent varier. Lorsque des voisins ne s'entendent pas, ces différends peuvent s'envenimer. C'est ce qui s'est produit lors d'un différend soumis à la médiation d'Olatunji, entre une Afro-Américaine et deux bijoutiers chinois, en Californie.

La femme avait acheté un collier en or, deux ans et demi plus tôt, croyant qu'il avait une valeur de deux carats de plus que ce qu'il n'en était réellement. Le bijoutier avait recommandé un nettoyage régulier pour éviter la décoloration et l'acheteuse avait apporté le collier pour le nettoyage, comme prévu. Lorsque la couleur a commencé à s'estomper, elle a abordé le problème avec le bijoutier. Ce dernier (le fils nord-américain de parents chinois) lui a expliqué que le collier se décolorait parce qu'il avait deux carats de moins que ce que croyait l'acheteuse, produisant le dossier de la boutique en preuve. Il lui a offert de l'échanger contre un collier de même qualité, mais l'acheteuse a refusé, accusant le vendeur d'escroquerie. Le bijoutier a à son tour accusé l'acheteuse de tentative d'arnaque.

La mère du bijoutier a tenté d'intervenir et les choses se sont envenimées. Des mots durs ont été prononcés et il a été demandé à l'acheteuse — qui avait acheté son premier bijou de l'ancien bijoutier, plus de trente ans plus tôt — de quitter la boutique. Des décennies de bonne volonté se sont envolées en fumée.

Neuf mois après l'incident, les parties se sont retrouvées devant le tribunal. L'acheteuse poursuivait le bijoutier pour le prix d'achat original, les frais de justice et douleur et souffrance. Sa belle-sœur, évaluatrice de bijoux professionnelle, l'appuyait. Étaient aussi présents la femme du jeune bijoutier et son fils. Dans ce tribunal en particulier, une partie peut mettre fin à la médiation en demandant un procès.

Lors de la médiation, l'acheteuse s'est exprimée la première. Elle a justifié sa demande par le fait qu'elle s'était sentie trompée. Ensuite, le fils du bijoutier a parlé au nom de sa mère âgée, la propriétaire originale de la boutique, dont l'anglais était médiocre. Il a souligné que puisque l'acheteuse avait porté le collier pendant plus de deux ans, sa demande était injuste. L'or pur est de vingt-quatre carats. Le collier de l'acheteuse était un alliage à cinquante pour cent; même avec deux carats de plus, il se serait décoloré. Le bijoutier a retiré son offre de remplacement, puisque l'acheteuse avait porté le différend devant les tribunaux, sans compter que, lorsque la mère du bijoutier a tenté d'intervenir, l'acheteuse lui a dit de se mêler de « ses maudites affaires chinoises ». Le jeune bijoutier chinois a exigé que l'acheteuse abandonne le dossier. Son attitude a presque mis fin à la médiation, si ce n'était de sa mère qui est intervenue, calmant les nerfs de son fils, mais aussi de l'acheteuse afro-américaine et de sa belle-sœur.

La culture chinoise est plutôt caractérisée par le « pouvoir supérieur », à savoir qu'un degré de respect supérieur est accordé aux aînés. La culture nigérienne d'Olatunji était aussi une culture de pouvoir supérieur. Par conséquent, il soupçonnait que, aux yeux de la mère chinoise, le poids de l'insulte était plus grand que les aspects financiers du différend. Olatunji a formulé une hypothèse selon laquelle, à moins que l'acheteuse présente des excuses à la mère, un règlement mutuellement satisfaisant serait impossible; la mère avait été victime d'un manque de respect par une personne plus jeune qu'elle, et une telle insulte n'était pas facile à oublier. Malgré des interactions étalées sur des décennies, les deux femmes étaient des étrangères du point de vue culturel et l'acheteuse afro-américaine ne comprenait pas que la bijoutière plus âgée prenne cette insulte si à cœur.

En gardant cela à l'esprit, Olatunji a demandé à parler aux parties séparément. Les bijoutiers devaient sortir de la pièce et attendre dans le couloir, mais il les a rattrapés. Tapant légèrement le

dos du fils, il lui a dit : « Retirer l'échange de collier est un jeu de pouvoir. » Il est ensuite parti, avant que les bijoutiers n'aient le temps de lui répondre. Son intervention reposait sur la croyance voulant que les personnes qui participent à une négociation sont embrouillées dans un conflit psychologique — un dilemme du type « devrais-je? » ou « ne devrais-je pas? » — et que toute personne peut considérer toute chose comme étant importante ou pas importante (Oniyaomebi, 2018). Une position de négociation est donc une réalité construite qui peut être inversée. Olatunji espérait aussi que son opinion négative (« jeu de pouvoir ») ramènerait les bijoutiers à leur position initiale. Malgré tout, il croyait toujours qu'une excuse allait être le facteur décisif. Comme allait le démontrer la suite, il avait raison.

Dans une réunion privée avec l'acheteuse, Olatunji a entendu la belle-sœur de l'acheteuse reconnaître que les produits de coloration pour les cheveux pouvaient décolorer un collier s'il n'était pas en or pur. Il a également appris que le reçu d'achat original indiquait un montant en dollars pour le collier, mais pas le nombre de carats, ce qui était la pratique habituelle du bijoutier. La belle-sœur de l'acheteuse a convenu que cette pratique mettait les bijoutiers chinois aux commandes; en fait, selon elle, elle avait déjà tenté à maintes reprises de faire reconnaître ce problème à l'acheteuse, en vain.

À ce moment, Olatunji a demandé à la plaignante si elle pouvait envisager la possibilité de présenter des excuses au bijoutier, et elle a accepté — craignant maintenant le pire. Malgré cela, Olatunji a reconnu que l'acheteuse n'aurait pas poussé le différend aussi loin si elle n'avait pas éprouvé un véritable sentiment d'injustice.

De leur côté, les bijoutiers savaient que le reçu d'achat leur était favorable. Dans une réunion privée, le fils a confié à Olatunji que, dans un dossier où c'est la parole de l'un contre la parole de l'autre, l'acheteuse allait probablement perdre. Faisant appel au sens de l'équité des bijoutiers, Olatunji leur a demandé d'envisager la possibilité de payer les frais de justice et de représenter leur offre originale d'échanger le collier, comme geste de bonne foi. En échange, le dossier serait rejeté sans préjudice et l'entente exigerait de l'acheteuse qu'elle apporte le bijou pour des nettoyages réguliers. « Nous préférons aller en procès », a répondu le fils.

Olatunji leur a poliment cité à la mère un proverbe en yoruba, sa langue au Nigéria : « Eni t'óba fé télé tùtù, a dó mi s'iwaju. » On peut le traduire par *celui ou celle qui désire marcher sur un sol meuble arrose le sol*. Il lui a rappelé qu'une relation qui dure depuis plus de trente ans vaut la peine d'être préservée. Par conséquent, a-t-il soutenu, sa demande de négociation était raisonnable. De plus, une réciprocité directe et indirecte pouvait aller loin dans leur quartier (l'acheteuse avait laissé entendre que plusieurs personnes attendaient impatiemment le résultat de l'affaire). « Nous préférons voir le juge! » a coupé le jeune bijoutier. Cependant, Olatunji savait que la mère prendrait la décision définitive. Il a donc continué à lui présenter ses arguments, mentionnant que l'acheteuse était prête à présenter des excuses. À ce moment, la mère a interrompu son fils et a accepté les conditions, mais seulement si l'acheteuse promettait également de parler d'elle et de son fils en bien dans la collectivité.

Une entente de règlement a été signée et les parties ont discuté amicalement et ont quitté ensemble le palais de justice.

Cette affaire illustre comment une personne peut être active dans plusieurs cultures de manière simultanée. Le fils né en Amérique du bijoutier chinois fonctionnait selon la culture de pouvoir supérieur de sa mère. Malgré cela, son ton était direct et ses commentaires mettaient plus l'accent sur l'avantage judiciaire, démontrant l'influence de la culture occidentale. Sa mère chinoise, malgré le fait qu'elle réside en Amérique du Nord depuis longtemps, s'attendait à ce que les non-dits soient compris. L'influence de sa culture chinoise faisait en sorte qu'elle accordait plus de valeur aux excuses et à sa réputation dans le quartier qu'à l'avantage judiciaire. Les comportements différents de la mère et du fils illustrent que, même au sein d'une famille, les différences culturelles peuvent avoir des incidences sur l'ampleur, la perception et le règlement d'un différend. Par conséquent, les médiateurs doivent être conscients des cultures dans lesquelles les parties au différend sont les plus actives, particulièrement si les parties s'identifient à des cultures très différentes.

Il est tentant d'attribuer l'existence de différends mineurs entre voisins devant les tribunaux à une « culture prompte à la poursuite », mais ce différend particulier était complexe du point de vue interculturel. Lorsque l'acheteuse a informé le bijoutier de la décoloration du collier pour la première fois, leurs objectifs, leurs émotions et leurs différences culturelles incompatibles leur ont fait perdre l'occasion d'atténuer le différend et d'empêcher qu'il s'envenime. Ultimement, l'acceptation par l'acheteuse de l'offre originale du bijoutier démontre comment les sous-produits des différences culturelles — les stéréotypes, les préjugés, les malentendus, les erreurs fondamentales d'attribution[2] et les émotions négatives — peuvent créer des œillères qui précipitent et enracinent un différend.

Si un tribunal s'était penché sur l'affaire, l'acheteuse afro-américaine aurait probablement tout perdu, y compris l'échange de bijoux et les frais judiciaires. Cependant, malgré leur victoire, les bijoutiers chinois auraient pu subir la perte la plus lourde si l'acheteuse avait diffusé son insatisfaction à leur sujet dans la collectivité. Cela leur aurait coûté beaucoup, une possibilité dont la mère était plus consciente que le fils.

Heureusement, les deux parties ont « gagné » dans cette affaire, comme l'enseignaient Jelali et Ramya au Maroc.

Références

Intercultural Communication: High- and Low-Context Cultures. 18 août 2016. *Southern University Online Learning*. https://online.seu.edu/articles/high-and-low-context-cultures/.

McLeod, S. (2018). Fundamental Attribution Error. *SimplyPsychology*. https://www.simplypsychology.org/fundamental-attribution.html.

Oniyaomebi, O. (2018). Everything is important, still nothing is important. https://www.mediate.com/articles/oniyaomebio1.cfm.

Zimmermann, K.A. (12 juillet 2017). What is culture? Definition of culture. *Live Science*. https://www.livescience.com/21478-what-is-culture-definition-of-culture.html.

1 Une culture très contextuelle repose sur la communication et les signes non verbaux; les messages ne peuvent donc être compris sans une forte mise en contexte. Les cultures asiatiques, africaines, arabes, d'Europe centrale et latino-américaines sont généralement considérées comme des cultures très contextuelles. À l'opposé, une culture peu contextuelle repose sur la communication explicite; l'information est donc plus précise et plus définie. Les cultures dont les racines se trouvent en Europe occidentale, comme l'Australie, le Canada et les États-Unis, sont généralement considérées comme des cultures peu contextuelles.

2 La tendance à supposer que les actions d'une personne dépendent du « type » de cette personne, plutôt que sur les forces sociales et environnementales qui l'influencent.

TELUS Communications Inc. c. Wellman :

La Cour suprême du Canada renforce l'autonomie des parties à l'arbitrage dans le contexte des recours collectifs

MICHAEL D. SCHAFLER, ARB.B

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

CHRISTINA PORRETTA

Christina Porretta est une associée au sein du groupe-conseil de recherche du cabinet Dentons Canada, S.E.N.C.R.L., qui fournit des avis sur des questions juridiques complexes ou nouvelles à des clients ou à des avocats du cabinet. Mme Porretta travaille en étroite collaboration avec les avocats plaidants pour fournir un soutien stratégique aux clients engagés dans un litige ou un arbitrage. Elle est régulièrement appelée pour rédiger des documents pour des affaires complexes de différends commerciaux et de recours collectifs.

MARINA SAMPSON, ARB.A

Marina Sampson a été admise au Barreau de l'Ontario en 2003 et est avocate commerciale et partenaire du groupe de pratique de Denton en litige et en prévention et règlement des différends. Elle a obtenu la désignation Arb.A en 2017. Elle possède une grande expérience dans la défense des recours collectifs et à titre d'avocate-conseil dans les arbitrages commerciaux.

Introduction

Au Canada, de nombreux contrats de consommation contiennent des clauses d'arbitrage qui exigent que tout litige découlant d'une transaction avec un consommateur soit déterminé par voie d'arbitrage privé. Ces clauses excluent souvent toute forme de règlement collectif des différends. Ces dernières années, la plupart des administrations canadiennes ont adopté des lois qui l'emportent sur ces clauses. Par conséquent, les consommateurs canadiens, malgré tout engagement contractuel contraire, peuvent recourir aux tribunaux judiciaires en cas de différend avec un fournisseur, y compris par un recours collectif. Cependant, ce n'est pas toujours le cas lorsque le litige comprend des personnes qui ne sont pas des consommateurs, même si elles sont assujetties au même contrat avec le fournisseur que les consommateurs, mais plutôt des personnes à qui les lois sur la protection du consommateur ne s'appliquent pas.

Dans un jugement majoritaire dans l'affaire *TELUS Communications Inc.* c. *Wellman*[1], la Cour suprême a confirmé qu'un recours collectif intenté au nom de tels non-consommateurs constitue une tentative inadmissible de se soustraire à un arbitrage contractuel obligatoire. Dans une décision partagée à cinq contre quatre, deux points de vue divergents ont été exprimés. D'une part, la majorité a respecté l'objectif déclaré de la législature de veiller à ce que les parties à une convention d'arbitrage valide la respectent, a confirmé le degré de certitude et de prévisibilité associé aux conventions d'arbitrage et a renforcé le principe de l'autonomie des parties dans le contexte commercial. D'autre part, la minorité a exprimé des inquiétudes quant au fait que l'arbitrage, dans de tels cas, nuise à l'objectif d'un meilleur accès à la justice en raison des coûts de l'arbitrage individuel.

La décision de la majorité dans l'affaire *Wellman* est conforme à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Seidel* c. *TELUS Communications Inc.*[2], rendu il y a huit ans dans le contexte législatif de la Colombie-Britannique. L'affaire *Seidel* concernait également un différend survenu dans le cadre d'un contrat de téléphonie cellulaire entre Telus et l'un de ses clients, qui désirait intenter un recours col-

lectif. Le contrat comportait lui aussi une clause d'arbitrage obligatoire et Telus a demandé le sursis du recours collectif en vertu de l'*Arbitration Act* de la Colombie-Britannique[3]. Dans un fonctionnement similaire, la Cour a rendu une décision partagée à cinq contre quatre, affirmant que la clause d'arbitrage devait s'appliquer « en l'absence d'intervention de la législature »[4]. Par conséquent, la Cour a sursis aux réclamations des non-consommateurs en faveur de l'arbitrage, tandis que les réclamations relatives à la protection du consommateur ont été autorisées devant les tribunaux judiciaires sous la forme d'un recours collectif.

Avant la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Wellman*, la Cour d'appel de l'Ontario avait interprété la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*[5] de l'Ontario comme accordant au tribunal judiciaire la discrétion d'autoriser les réclamations de consommateurs devant le tribunal (outrepassant la clause d'arbitrage obligatoire) au motif que les non-consommateurs étaient « inextricablement liés » aux réclamations de protection des consommateurs. La Cour d'appel de l'Ontario avait déjà exprimé cette opinion dans l'arrêt *Griffin v. Dell Canada Inc.*[6] en 2010 et l'avait maintenue dans sa décision dans l'affaire *Wellman*[7].

La Cour suprême, tant dans le cas de Seidel que dans son renversement de la décision de la Cour d'appel dans l'affaire Wellman, a confirmé la notion de l'autonomie des parties et a maintenu la politique sous-jacente aux lois canadiennes en matière d'arbitrage : les parties à une convention d'arbitrage valide devraient respecter leur convention, même lorsqu'une clause d'arbitrage obligatoire est prévue dans un contrat type. Il ne faut pas laisser des considérations politiques détourner le libellé de la loi de manière à écarter l'arbitrage obligatoire lorsque la législature l'autorise.

Le contexte législatif en Ontario

Le point de départ de l'analyse de la Cour est l'article 7 de la *Loi sur l'arbitrage* de l'Ontario, dont l'intention législative première est de promouvoir l'arbitrage.

Sursis

(1) Si une partie à une convention d'arbitrage introduit une instance à l'égard d'une question que la convention oblige à soumettre à l'arbitrage, le tribunal judiciaire devant lequel l'instance est introduite doit, sur la motion d'une autre partie à la convention d'arbitrage, surseoir à l'instance.

Exceptions

(2) Cependant, le tribunal judiciaire peut refuser de surseoir à l'instance dans l'un ou l'autre des cas suivants :

1. Une partie a conclu la convention d'arbitrage alors qu'elle était frappée d'incapacité juridique.
2. La convention d'arbitrage est nulle.
3. L'objet du différend ne peut faire l'objet d'un arbitrage aux termes des lois de l'Ontario.
4. La motion a été présentée avec un retard indu.
5. La question est propre à un jugement par défaut ou à un jugement sommaire.

Poursuite de l'arbitrage

(3) L'arbitrage du différend peut être engagé et poursuivi pendant que la motion est devant le tribunal judiciaire.

Conséquence du refus de surseoir

(4) Si le tribunal judiciaire refuse de surseoir à l'instance :

a) d'une part, aucun arbitrage du différend ne peut être engagé;

b) d'autre part, l'arbitrage qui a été engagé ne peut être poursuivi, et tout ce qui a été fait dans le cadre de l'arbitrage avant que le tribunal judiciaire ne rende sa décision est sans effet.

Convention s'appliquant à une partie du différend

5) Le tribunal judiciaire peut surseoir à l'instance en ce qui touche les questions traitées dans la convention d'arbitrage et permettre qu'elle se poursuive en ce qui touche les autres questions, s'il constate :

a) d'une part, que la convention ne traite que de certaines des questions à l'égard desquelles l'instance a été introduite;

b) d'autre part, qu'il est raisonnable de séparer les questions traitées par la convention des autres questions[8].

Décision sans appel

(6) La décision du tribunal judiciaire n'est pas susceptible d'appel. [Nous soulignons.]

Décisions des tribunaux inférieurs

L'affaire *Wellman* était un recours collectif proposé concernant des réclamations de consommateurs et de clients commerciaux (les non-consommateurs) contre Telus et ses entités apparentées, alléguant que Telus avait facturé des sommes excessives à ses clients sans communiquer sa pratique de facturation[9]. Les contrats de l'intimée avec ses clients prévoyaient certaines conditions standards, notamment une clause d'arbitrage obligatoire. L'intimée a reconnu que, en vertu des protections accordées par les droits substantifs et procéduraux prévus par la *Loi sur la protection du consommateur* (LPC) de l'Ontario, la clause d'arbitrage était exécutoire à l'endroit des consommateurs (qui représentaient

environ 70 % des parties au recours collectif)[10]. Cependant, invoquant le paragr. 7 (5) de la *Loi sur l'arbitrage*, l'intimée a demandé un sursis partiel des réclamations des clients commerciaux (environ 30 % des parties au recours collectif), alléguant que ces réclamations n'étaient pas régies par la LPC.

Après avoir entendu ensemble la requête en sursis partiel et la demande de certification, la juge Conway a refusé d'accorder le sursis partiel et a certifié le groupe de parties au recours collectif. Invoquant l'arrêt *Griffin*, elle a conclu qu'il aurait été déraisonnable de séparer les recours des clients commerciaux des recours des consommateurs, cela pouvant conduire à [TRADUCTION] « l'inefficience, un risque d'incohérence des issues et une multiplicité d'instances »[11]. Telus a fait appel de cette décision au motif que la juge des requêtes a erré en invoquant l'arrêt *Griffin*, qui, selon Telus, avait été infirmé par la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Seidel*. Telus a fait valoir que, à la lumière de l'arrêt *Siedel*, le paragr. 7 (5) de la *Loi sur l'arbitrage* ne peut être interprété comme conférant une compétence sur des réclamations que les parties ont accepté de soumettre à l'arbitrage et que ces réclamations sont assujetties à la disposition de sursis obligatoire du paragr. 7 (1).

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel. Écrivant pour la majorité, la juge van Rensburg a énoncé que l'arrêt *Griffin* n'avait pas été renversé ni modifié par l'arrêt *Seidel*, étant donné que l'arrêt *Griffin* était [TRADUCTION] « conforme en principe avec l'arrêt *Seidel*, mais rendu dans un contexte législatif distinct »[12]. L'arrêt *Seidel* s'inscrit dans le contexte du cadre législatif de la Colombie-Britannique en matière d'arbitrage et de protection du consommateur, tandis que l'arrêt *Griffin* s'inscrit dans le contexte des lois ontariennes. Ces cadres législatifs distincts ont motivé les résultats distincts de chaque affaire, plus particulièrement :

- le paragr. 7 (5) de la LPC de l'Ontario exclut expressément les contrats de consommation de l'arbitrage obligatoire, tandis que la loi équivalente de la Colombie-Britannique ne contient pas une telle disposition[13];
- la *Loi sur l'arbitrage* accorde un plus grand pouvoir d'intervention aux tribunaux judiciaires en matière d'arbitrage que la législation équivalente de la Colombie-Britannique, qui prévoit un droit d'intervention très limité[14].

Dans ses motifs de décision, la juge van Rensburg a souligné l'importance du contexte législatif lorsque vient le temps de décider si une clause d'arbitrage obligatoire doit s'appliquer :

> [traduction] Le fait d'accepter la primauté de l'arbitrage sur la procédure judiciaire lorsque les parties ont contractuellement convenu du recours à l'arbitrage ne change en rien l'analyse de l'arrêt *Griffin* ni la détermination du présent appel. Au contraire, les arrêts *Seidel* et *Griffin* acceptent tous deux le fait que les conventions d'arbitrage doivent généralement être appliquées, que toute restriction à la liberté des parties en matière d'arbitrage doit se trouver dans la loi du territoire et que le pouvoir des tribunaux judiciaires d'intervenir dans cette liberté dépend du contexte législatif.
>
> [...]
>
> Par conséquent, les tribunaux judiciaires de l'Ontario peuvent exercer leur pouvoir discrétionnaire pour refuser d'appliquer une clause d'arbitrage qui couvre certaines réclamations dans un recours, lorsque d'autres réclamations ne sont pas assujetties à l'arbitrage national. C'est ce choix législatif qui est au cœur de l'analyse. La bifurcation des recours dans l'affaire *Seidel* provient

Ce guide discute de l'importance de l'accessibilité dans le cadre du processus de médiation et apporte des idées concrètes visant à l'améliorer.

Sujets abordés :

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

LE LIVRE EST GRATUIT*

Commandez un exemplaire par courriel : *admin@adric.ca*

*Des frais de port et de manutention peuvent s'appliquer.

du régime législatif de la Colombie-Britannique, et a été décrite comme une « une […] issue s'accord[ant] avec le choix du législateur de la Colombie-Britannique d'assortir l'art. 172 de limites aussi étroites » : *Seidel*, paragr. 50. L'on pourrait ajouter que la bifurcation des recours dans l'affaire *Seidel* était également le fait de l'absence, dans la législation en matière d'arbitrage de la Colombie-Britannique, d'un pouvoir discrétionnaire similaire à celui dont disposent les tribunaux judiciaires en vertu du paragr. 7 (5) de la *Loi sur l'arbitrage*[15].

Dans ses motifs de décision à l'appui de la majorité, le juge Blair a convenu que l'arrêt *Seidel* n'avait pas annulé l'arrêt *Griffin*, puisqu'il ne portait pas sur les mêmes questions. Il a toutefois exprimé des réserves quant à l'à-propos de l'arrêt *Griffin* en ce qui concerne le sursis partiel des réclamations des non-consommateurs. Il a remis en question le droit des demandeurs à [traduction] « éviter ce qui serait autrement des obstacles substantifs et législatifs à une instance judiciaire en présence d'une demande assujettie à l'arbitrage, par le simple fait d'ajouter des demandes de consommateurs (qui ne peuvent être sursises en vertu de la LPC ontarienne) à des demandes de non-consommateurs (généralement assujetties à un sursis obligatoire) et en enveloppant toutes les demandes sous le couvert du recours collectif »[16].

Les motifs de décision de la majorité de la Cour suprême

Telus a obtenu l'autorisation d'en appeler devant la Cour suprême du Canada. Elle a soutenu que, en vertu du paragr. 7 (5) de la *Loi sur l'arbitrage*, un tribunal judiciaire n'a pas le pouvoir de refuser de surseoir à des instances assujetties à une convention d'arbitrage par ailleurs valide et exécutoire. Au contraire, les seules exceptions à la disposition générale de sursis sont prévues au paragr. 7 (2) et, sauf si l'une de ces exceptions s'applique, les demandes assujetties à l'arbitrage *doivent* faire l'objet d'un sursis. Selon elle, étant donné qu'aucune des exceptions ne s'appliquait, les demandes des clients commerciaux devaient faire l'objet d'un sursis et être soumises à l'arbitrage[17]. Ainsi, la seule question devant la Cour suprême consistait à savoir si, dans le contexte d'une proposition de recours collectif englobant des demandes de consommateurs et de non-consommateurs, où seules les demandes de non-consommateurs étaient assujetties à une convention d'arbitrage valide et contraignante, le tribunal judiciaire disposait d'un pouvoir discrétionnaire, en vertu du paragr. 7 (5) de la *Loi sur l'arbitrage*, de refuser de surseoir aux demandes des non-consommateurs.

En écrivant pour la majorité, le juge Moldaver interprète l'art. 7 à l'égard de l'objet de la *Loi sur l'arbitrage*, conformément aux choix politiques de la législature inscrits dans la *Loi sur l'arbitrage* et d'autres lois pertinentes[18]. À cet égard, il affirme que le paragr. 7 (5) de la *Loi sur l'arbitrage* n'accorde pas aux tribunaux judiciaires le pouvoir discrétionnaire de refuser de surseoir à une réclamation assujettie à une convention d'arbitrage. Empruntant le texte de l'arrêt *Seidel*, il déclare que le paragr. 7 (5) n'est pas une « dérogation législative à la liberté des parties de choisir l'arbitrage »[19]. Bien que les consommateurs demeurent libres d'intenter leurs recours devant un tribunal judiciaire, ce n'est pas le cas des clients commerciaux, qui demeurent plutôt assujettis aux conventions d'arbitrage qu'elles ont conclues, et qui les expose au sursis en vertu du paragr. 7 (1) de la *Loi sur l'arbitrage*.

Le juge Moldaver reconnaît la préoccupation du juge Blair quant à la possibilité que des clients commerciaux soient ajoutés à un recours collectif concernant des consommateurs :

> Si des nonconsommateurs qui sont liés par une convention d'arbitrage valide pouvaient courtcircuiter le paragr. 7 (1) de la *Loi sur l'arbitrage* simplement en joignant leur réclamation à celle d'un consommateur et en invoquant le paragr. 7 (5) de la *Loi sur la protection du consommateur*, cette disposition deviendrait un moyen pour que les réclamations des nonconsommateurs « se greffent » à celles de consommateurs[20].

Il interprète ensuite les deux conditions préalables établies au paragr. 7 (5) de la *Loi sur l'arbitrage* comme suit :

- La première condition (a) exige que l'instance porte sur (i) au moins une question qui *est* traitée dans la convention d'arbitrage et (ii) au moins une question qui *ne l'est pas*.
- Si cette condition préalable est satisfaite, le tribunal judiciaire doit ensuite déterminer s'il est raisonnable de diviser les deux questions, de sorte que la seconde condition préalable soit également satisfaite en vertu de l'al. 7 (5) *b*).
- S'il est raisonnable de diviser les questions, le paragr. 7 (5) permet alors au tribunal judiciaire de surseoir à l'instance sur la question traitée dans les conventions d'arbitrage et de permettre la poursuite de l'instance sur les questions qui *ne sont pas* traitées dans les conventions d'arbitrage.
- Subsidiairement, si le tribunal judiciaire devait déterminer qu'il *n'est pas* raisonnable de diviser les deux questions, de sorte que la seconde condition préalable *n'est pas* satisfaite, la règle générale du paragr. 7 (1) s'applique et le tribunal judiciaire doit surseoir à l'instance[21].

En l'espèce, la majorité a jugé que le recours collectif proposé et intenté par M. Wellman ne portait que sur une seule question — la surfacturation alléguée — et que la question relevait clairement des conventions d'arbitrage conclues par les consommateurs et les clients commerciaux. Par conséquent, la première condition préalable du paragr. 7 (5) n'était pas satisfaite et, donc, l'analyse a pris fin. Comme le paragr. 7 (5) ne s'appliquait pas, il fallait surseoir aux réclamations des clients commerciaux en vertu de la règle générale du paragr. 7 (1) de la *Loi sur l'arbitrage*.

Les motifs de décision de la minorité

Les juges Abella et Karakatsanis ont rédigé une dissidence inhabituellement forte, caractérisant l'approche de la majorité comme la représentation d'un « retour au textualisme », « créant […] un univers de règlement des différends qui a pour effet de contraindre les parties à un litige à dépenser des milliers de dollars en vue de régler un différend qui ne vaut qu'une fraction de ce coût »[22]. La minorité affirme que l'objectif général de la *Loi sur l'arbitrage* est de promouvoir l'accès à la justice en donnant aux parties le choix de régler leurs différends en dehors du système judiciaire. La minorité préfère l'interprétation du paragr. 7 (5) de la Cour d'appel dans l'arrêt *Griffin* et de la juge van Rensburg du tribunal d'instance inférieur, puisqu'elle « [évite] les conséquences inacceptables tout en renforçant les objets et le fonctionnement efficace des régimes législatifs pertinents »[23].

Les juges minoritaires ont conclu que rien dans le libellé de la disposition n'oblige un tribunal judiciaire à interpréter le paragr. 7 (5) (ni l'art. 7 dans son ensemble) sur la base partie-partie. Au contraire, selon eux, la disposition est plutôt axée sur les « questions à l'égard desquelles l'instance a été introduite »[24]. En l'espèce, ils jugent que la convention d'arbitrage de Telus traite seulement de quelques-unes des questions qui font l'objet de l'instance, à savoir les demandes des clients commerciaux, tandis que les demandes des consommateurs sont d'« autres questions » non assujetties à l'arbitrage. Par conséquent, le point de vue de la majorité veut que l'al. 7 (5) *b*) accorde au juge des requêtes le pouvoir discrétionnaire de déterminer s'il est raisonnable de diviser les questions traitées dans la convention (les demandes des clients commerciaux) des autres questions (les demandes des consommateurs)[25].

Conclusion

Ultimement, les arrêts *Wellman* et *Seidel* ne permettent pas aux tribunaux judiciaires canadiens d'appliquer les clauses d'arbitrage obligatoires avec plus de vigueur qu'avant. L'approche qui demeure veut plutôt que les tribunaux judiciaires analysent la question de savoir si l'on peut autoriser un recours collectif proposé à déroger à une clause d'arbitrage par ailleurs applicable. Cette analyse dépendra largement du contexte législatif et des réclamations soulevées par le recours collectif putatif et des participants au recours.

Par exemple, selon l'interprétation du paragr. 7 (5) de la majorité, malgré que l'approche adoptée dans l'arrêt *Griffin* puisse sembler avoir été renversée, l'analyse de l'arrêt *Wellman* appliquée aux faits de l'arrêt *Griffin* ne change en rien l'issue de cette décision. Dans l'affaire *Griffin*, non seulement le recours collectif proposé comportait des réclamations traitées par la clause d'arbitrage, mais il comportait des réclamations qui n'étaient pas traitées par la clause d'arbitrage (à savoir, des réclamations alléguant une infraction à la *Loi sur la concurrence*). Selon les motifs de décision de la majorité, cela suffirait à satisfaire à la première condition préalable du paragr. 7 (5). Le tribunal judiciaire pourrait ensuite exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser de surseoir à l'instance, autorisant toutes les réclamations en cour, s'il déterminait qu'il serait déraisonnable de diviser les questions traitées dans la convention d'autres questions (ce que la Cour a ultimement conclu dans l'affaire *Griffin*).

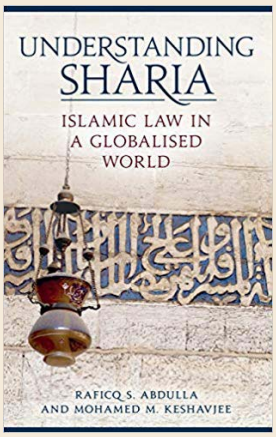
La majorité a demandé à la législature de l'Ontario de répondre à certaines préoccupations politiques soulignées dans sa décision, si elle le juge nécessaire, notamment :

- l'accès à la justice et aux tribunaux judiciaires;
- l'utilisation abusive des clauses d'arbitrage dans les contrats d'adhésion;
- la réduction des groupes;
- la multiplicité des instances;
- la difficulté à distinguer les consommateurs des non-consommateurs[26].

Cependant, tant que la législature ne modifiera pas la *Loi sur l'arbitrage* (si elle le fait), la décision de la majorité dans l'affaire *Wellman* confirme que lorsqu'une instance est présentée sous la forme d'une proposition de recours collectif, le paragr. 7 (5) de la *Loi sur l'arbitrage* accorde aux tribunaux judiciaires le pouvoir discrétionnaire de surseoir à l'instance.

---

1 2019 CSC 19 [*Wellman*].
2 2011 CSC 15.
3 RSBC 1996, chap. 55.
4 *Seidel*, *supra*, note 2, paragr. 2.
5 L.O. 1991, chap. 17 [*Loi sur l'arbitrage*], paragr. 7 (5).
6 2010 ONCA 29, demande d'en appeler à la Cour suprême refusée.
7 2017 ONCA 433 [*Wellman CAO*]. Voir aussi notre article précédent « Le Canada est-il prêt pour l'arbitrage collectif? *Une discussion sur les implications de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire Wellman* c. *Société TELUS Communications* », Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien, vol. 26, no 2, Automne/Hiver 2017.
8 Les législatures de la Colombie-Britannique, du Québec, de l'Île-du-Prince-Édouard, de Terre-Neuve-et-Labrador, du Yukon, des Territoires du Nord-Ouest et du Nunavut n'autorisent pas le sursis partiel dans leurs dispositions semblables au paragr. 7 (5) de la *Loi sur l'arbitrage* de l'Ontario.
9 Le recours se concentre sur l'allégation voulant que Telus se soit engagée dans une pratique dissimulée d'« arrondissement » de la durée des appels à la minute suivante, de sorte que les clients se sont fait facturer des montants excessifs et n'ont pas eu droit au nombre de minutes prévues.
10 Voir le paragr. 7 (5) de la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, chap. 30, Ann. A [LPC], qui invalide les clauses d'arbitrage dans la mesure où elles empêcheraient des parties à un recours collectif étant qualifiées de « consommateurs » d'intenter un recours collectif, comme celui intenté par M. Wellman, ou de s'y inscrire. En effet, la LPC protège explicitement les consommateurs d'un sursis de l'instance en vertu de la *Loi sur l'arbitrage* : voir *Wellman*, supra, note 1, paragr. 4.
11 *Wellman CAO*, *supra*, note 7, paragr. 17.
12 *Ibid.*, paragr. 59.
13 *Ibid.*, paragr. 65-67.
14 *Ibid.*, paragr. 68-73.
15 *Ibid.*, paragr. 63-73.
16 *Ibid.*, paragr. 105.
17 *Wellman*, *supra*, note 1, paragr. 7.
18 Comme la LPC, note 10, et la *Loi sur les recours collectifs de 1992*, L.O. 1992, chap. 6; *Wellman*, *ibid.* paragr. 47.
19 *Wellman*, *ibid.*, paragr. 8.
20 *Wellman*, *ibid.*, paragr. 98.
21 *Wellman*, *ibid.*, paragr. 100-101.
22 *Wellman*, *ibid.*, paragr. 109.
23 *Wellman*, *ibid.*, paragr. 110.
24 *Wellman*, *ibid.*, paragr. 148.
25 *Wellman*, *ibid.*, paragr. 171.
26 *Wellman*, *ibid.*, paragr. 77.



Understanding Sharia, Islamic Law in a Globalised World

Raficq S. Abdulla et Mohamed M. Keshavjee

Londres : I.B. Tauris, 2018, 321 pages, (couverture rigide) ISBN 9781788313193

Une critique de Max Blitt, c.r., membre du Barreau et avocat, Calgary, Alberta, Canada

MAX BLITT, C.R.

Max Blitt est aujourd'hui un associé du cabinet juridique Spier Harben, où il exerce principalement en droit de la famille, en immobilier et en testament et succession. Sa vaste expérience comprend les enjeux internationaux relatifs aux enfants et les affaires de propriété internationales. Il est officier commis par la Cour en règlement des différends (QBAB) et instructeur en négociation et en évaluation et défense des droits au CPLED.

Le Canada, en tant que pays attaché au pluralisme, est aujourd'hui un symbole d'espoir pour l'ensemble de l'humanité. En même temps, on assiste à de nombreux débats sur le rôle de la religion dans la sphère publique, plus particulièrement dans le domaine de la justice privée, où se pratiquent l'arbitrage et la médiation. En règle générale, les groupes confessionnels ont montré une préférence pour que l'éthique et les valeurs de leur foi s'appliquent en cas de différends et de recherche de règlement. Cependant, certains membres de la société canadienne, qui ont l'impression que les modes judiciaires différents peuvent nuire aux groupes vulnérables comme les femmes, les minorités et les enfants ou les personnes du mauvais côté du pouvoir, expriment des préoccupations légitimes en matière de droits de la personne. La prévention et le règlement des différends (la PRD) a des adeptes et des détracteurs dans ces cas.

Avec les années, la question des modes judiciaires différents est devenue un enjeu en ce qui a trait au règlement des différends familiaux et au rôle de la charia, selon le portrait qu'en font les médias populaires, dans les délibérations. La charia est perçue comme un système draconien, punitif et prémoderne, défini au fil des ans par une interprétation patriarcale. Les valeurs éthiques plus profondes de la charia sont obscurcies et le fait qu'elle contient un mécanisme intégré pour répondre à la fois à la nécessité (*darura*) et à l'intérêt public (*maslaha*) et que chaque jour ces mécanismes sont utilisés dans le monde musulman est souvent ignoré.

Understanding Sharia, Islamic Law in a Globalised World est un livre accessible et informatif écrit par deux avocats de common law, un avocat médiateur canadien et un membre du Barreau anglais, destiné au lecteur profane instruit. Les auteurs ne passent pas outre les enjeux controversés associés à la charia, mais les abordent avec raison, réflexion et compréhension.

Abdulla et Keshavjee, dans un texte réjouissant, présentent les origines de l'islam, de la charia et de leur évolution, de la période classique à la modernité, dans le contexte d'autres civilisations et d'autres systèmes juridiques. Les auteurs ont jugé qu'un texte clair et facile à lire était nécessaire. La charia est une source de malentendus tant au sein qu'à l'extérieur du monde musulman.

Les auteurs entraînent le lecteur de l'Arabie préislamique à nos jours. Tout en soulignant que moins de dix pour cent des versets du Coran sont de nature strictement légale, les auteurs nous font découvrir qu'un vaste corps législatif a évolué au fil des siècles depuis le temps du prophète. De 661 à 750, une expansion rapide s'est produite dans de nombreux pays avec le développement du droit dans les Omeyyades. La nouvelle démographie englobait un mélange de cultures, de races et de croyances différentes et tous ces changements ont eu lieu dans le siècle suivant la Révélation. Les années 750 à 1258 ont amené le regroupement des écoles de droit sous les Abbassides, arrivés au pouvoir en tant que descendants de al-Abbas, un oncle du prophète.

Au dixième siècle, l'empire fatimide (909-1171) connut son essor. Il s'agissait de la première dynastie chiite issue de la famille du prophète (ahl al bayt) à diriger un empire maritime; cet empire s'étendait de la côte Atlantique africaine jusqu'au sud de la Méditerranée, englobant en outre la péninsule arabique. Cet empire était dirigé par les califes imamites ismaéliens, ancêtres de l'Aga Khan. La loi chiite y était la loi de l'État, mais le pluralisme juridique y était encouragé et pratiqué.

Les auteurs nous entraînent vers le Maroc, où des changements profonds permirent à un mariage d'être dissous par le mari ou la femme. Ils nous conduisent aussi en Tunisie, où des modifications semblables

au droit de la famille ont pavé la voie à l'égalité entre les hommes et les femmes. Dans les années 1970, des changements ont conduit à l'émergence de la PRD comme solution de rechange au litige. Cette tendance a entraîné plusieurs musulmans de la diaspora, principalement au Royaume-Uni, à établir des conseils de la charia pour régler les différends familiaux (voir *Islam, Shari'a and Alternative Dispute Resolution: Mechanisms for Legal Redress in the Muslim Community*, par Mohamed M. Keshavjee, Londres : I.B. Tauris, 2013). Les auteurs expliquent en détail les différences d'interprétation de la loi de Dieu entre les sunnites et les chiites, en donnant des exemples en matière d'héritage, de divorce et de mariage.

Au chapitre intitulé « The Multiple Manifestations of Sharia », les auteurs abordent des règles de la charia qui heurtent même de nombreux musulmans. Parmi les exemples cités, notons l'apostasie (*riddah*), qui demeure une offense passible de la peine de mort ou d'un long emprisonnement dans plusieurs pays musulmans (page 119) et le blasphème, qui, selon l'islam, constitue des paroles ou des gestes qui ont pour but de nuire à Dieu ou de profiter de Lui, de son prophète Mahomet et d'autres, notamment la bonne réputation d'Aisha, la femme du prophète (page 125). Les auteurs soulignent le potentiel toxique d'une accusation de blasphème sur des minorités comme les chrétiens, les yézidis et les chiites dans les pays à majorité sunnite. Des cas bien connus, comme ceux d'Asia Bibi et d'Amina Lawal, sont examinés et analysés dans le contexte des principes culturels et de la charia.

Dans leur discussion sur les règles de la charia en matière de finances, les auteurs soulignent que l'argent ne devrait pas être un moyen de faire plus d'argent. Il ne doit pas servir d'instrument d'échange ni de produit en soi. L'ouvrage explore et explique les véhicules financiers conformes à la charia en émergence. En ce qui concerne sa pertinence aujourd'hui, les auteurs soulignent que la PRD en tant que processus cadre bien avec la charia, pourvu qu'elle s'applique toujours dans le respect de la lettre et de l'esprit des lois publiques des pays où vivent les musulmans. Le Coran appuie la PRD que les musulmans pratiquent depuis des siècles (page 173) et encourage les croyants à conclure des règlements négociés, appelés *sulh*, plutôt que d'opter pour un processus judiciaire. Tous les processus de PRD recherchent la justice en permettant aux parties de trouver une solution qui leur donnera satisfaction à toutes les deux, en favorisant le compromis et en étant à l'écoute des intérêts de l'autre partie (page 178).

C'est avec vif intérêt que le critique a lu les commentaires des auteurs concernant l'absence de pays musulmans parmi les signataires de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, promulguée en octobre 1980 (Convention de La Haye). Le gouvernement canadien fait la promotion d'un dialogue entre un nombre égal de pays occidentaux et musulmans. Cette initiative, auquel le critique a participé au nom d'Affaires étrangères Canada, a été établie en 2009 à la suite de ce qui est connu comme la Conférence de Malte numéro 3. Des réunions ont été organisées pendant plusieurs années, donnant lieu à un cadre de collaboration entre des juges des pays musulmans, des spécialistes et d'autres institutions (page 179). Depuis le lancement de ce processus, le Maroc et d'autres pays musulmans ont signé la Convention de La Haye. Le résultat de cette initiative, principalement promue par le dialogue, le respect mutuel et une intention véritable de trouver de nouvelles solutions à des problèmes humains communs (*maslaha* dans la charia), est qu'aujourd'hui 500 millions de musulmans font partie de la Convention de La Haye, alors qu'elle avait été accueillie avec antipathie.

Les auteurs discutent de la charia et des droits de la personne, soutenant que les spécialistes islamiques qui travaillent dans les établissements d'enseignement supérieur occidentaux sont capables de critiquer les notions occidentales tout en développant un discours sur les droits de la personne d'un point de vue islamique qui met l'accent sur l'objectif suprême de la charia (*maqasid*) au prix de la *fiqh* (jurisprudence) ancrée fermement dans le temps. Il ne fait aucun doute que cela pourra être utile dans l'évolution du débat sur les droits de la personne. Enfin, selon les auteurs, la charia présente un certain degré de souplesse, appuyé par des doctrines comme *maslaha* (intérêt public), *maqasid* (objectif) et *darura* (nécessité), tout en soulignant que l'interprétation continue des textes est au cœur de toutes les religions et de tous les systèmes de droit — séculaires comme religieux.

Le livre constitue un atout précieux pour les lecteurs musulmans et non musulmans, en ce qu'il leur offre un aperçu d'un système juridique qui, d'une manière ou d'une autre, touche quelque 1,8 milliard de personnes dans 58 pays. Une lecture informative et éclairante.

Une expertise
de portée mondiale

BLG
Borden Ladner Gervais

Quand vient le temps de faire appel à une équipe de professionnels de l'arbitrage dévoués, vous ne voulez surtout pas vous tromper.

Fort d'une réputation de gagnants, le groupe Arbitrage de BLG réunit la crème des avocats spécialisés dans le règlement des différends. Nos membres possèdent une vaste expérience de la représentation de clients dans un large éventail de secteurs, allant de la construction à l'industrie minière en passant par l'énergie, l'aviation et bien plus encore, et ce, sous tous les principaux régimes de réglementation institutionnels.

blg.com/ArbitrageInternational

Avocats | Agents de brevets et de marques de commerce
Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., S.R.L. est une société à responsabilité limitée de l'Ontario.

Félicitations à nos nouveaux titulaires !

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) :

NOUVEAUX ARB.A

Leslie Belloc-Pinder, C.Arb (Sask.)
Roy Johnson, C.Arb (C.-B.)
Jack Zwicker, C.Arb (Ont.)

NOUVEAUX MÉD.A

Todd Archibald, C.Med (Ont.)
Jaemi Bertrand, C.Med (Alb.)
Angus Bickerton, C.Med (Ont.)
Debbie Cameron, C.Med (C.-B.)
James Clyke, C.Med (Ont.)
Erin Collens, C.Med (AT)
Sarah Daitch, C.Med (C.-B.)
Lindsay Foley, C.Med (C.-B.)
Leona Hamel, C.Med (Ont.)
Catherine Knapp, C.Med (C.-B.)
David Lewis, C.Med (MB)
Adina Lipsett, C.Med (AT)
Amy Robertson, C.Med (C.-B.)
Sylvia Skratek, C.Med (C.-B.)
Sheldon Toner, C.Med (C.-B.)

NOUVEAUX ARB.B

Carolina Barrocas, Q.Arb (C.-B.)
Ernest W. Belyea, Q.Arb (Ont.)
Meagan Bensadoun, Q.Arb (Ont.)
Summer Bradko, Q.Arb (Alb.)
Cleta Brown, Q.Arb (C.-B.)
Johanne Cavé, Q.Arb (Alb.)
Shelley Chrest, Q.Arb (C.-B.)
Ronald Dash, Q.Arb (Ont.)
Lindsay Foley, Q.Arb (C.-B.)
A.J. Fox, Q.Arb (Sask.)
Jaspal Kaur Gill, Q.Arb (Ont.)
Ryan Goldvine, Q.Arb (C.-B.)
Marsha Graham, Q.Arb (Alb.)
Benedict John Grebinski, Q.Arb (Sask.)
Nicholas Greer, Q.Arb (C.-B.)
George Karayannides, Q.Arb (Ont.)
Benjamin Kormos, Q.Arb (Alb.)
Gayle Langford, Q.Arb (Alb.)
Leslie Maerov, Q.Arb (C.-B.)
Kevin Magill, Q.Arb (Alb.)
Lisa Mastrobuono, Q.Arb (Ont.)
Michael Penner, Q.Arb (C.-B.)
Sandra Robertson, Q.Arb (Alb.)
Marg Romanow, Q.Arb (Sask.)
Andre Santamaria, Q.Arb (Ont.)
Karley Scott, Q.Arb (C.-B.)
Colleen Selby, Q.Arb (C.-B.)
Sarjit Singh Saran, Q.Arb (C.-B.)
Harveen Thauli, Q.Arb (C.-B.)
H. William Veenstra, Q.Arb (C.-B.)
Madison Walls, Q.Arb (Sask.)
Dawn Wattie, Q.Arb (C.-B.)
Cherie Williams, Q.Arb (C.-B.)
Dave Wilson, Q.Arb (Ont.)
Perry Erhardt, Q.Arb (Sask.)

NOUVEAUX MÉD.B

Meg Barker, Q.Med (Alb.)
Alexandra Black, Q.Med (Sask.)
Angela Bradley, Q.Med (Ont.)
Christina Clark, Q.Med (Alb.)
Nancy Coish, Q.Med (Atl.)
Daniela Druma, Q.Med (Ont.)
Melanie Edmunds, Q.Med (Alb.)
Marcya Ervick, Q.Med (Man.)
Vaishnavie Gnanasaravanapavan, Q.Med (Ont.)
Nicholas Greer, Q.Med (C.-B.)
Neil Hain, Q.Med (C.-B.)
Cindy Marie Imppola, Q.Med (Alb.)
Kari Jones, Q.Med (Alb.)
Crystal Klassen, Q.Med (Sask.)
Andrew Mannsbach, Q.Med (Ont.)
Barb Maxwell, Q.Med (Alb.)
Rola Mustafa, Q.Med (Alb.)
Shirley Nguyen, Q.Med (Ont.)
Treena Nickels, Q.Med (Ont.)
Catherine Pal, Q.Med (Ont.)
Pamela Power, Q.Med (Ont.)
Emile Ramlochan, Q.Med (Ont.)
Tara Rawski, Q.Med (Ont.)
Ben Rendle, Q.Med (Alb.)
Danie Roy, Q.Med (Atl.)
Shane Spice, Q.Med (Ont.)
Fernando Reis, Q.Med (Ont.)
Jeremy de Boer, Q.Med (Ont.)
Timothy Galvin, Q.Med (Ont.)
John Green, Q.Med (Atl.)
Carol Takahashi, Q.Med (Ont.)

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

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

Le caractère exécutoire des clauses de renonciation à l'arbitrage collectif aux États-Unis : Un saut dans le vide

Introduction

Les employés ou les consommateurs devraient-ils pouvoir se regrouper et, collectivement, soumettre à l'arbitrage leurs différends avec des sociétés dans le cadre d'un arbitrage collectif? Aux États-Unis, la question est controversée et les décisions judiciaires varient. Le problème d'une possible injustice causée par des clauses d'arbitrage obligatoires est exacerbé par une tendance récente : l'emploi croissant par de nombreuses entreprises des États-Unis de dispositions obligatoires interdisant les procédures collectives.

Renonciation à l'arbitrage collectif

L'arbitrage collectif est un type d'arbitrage qui permet aux parties d'entreprendre une procédure d'arbitrage au nom d'autres personnes dans une situation similaire. Il est plus facile d'y recourir que de lancer plusieurs procédures d'arbitrage individuelles portant sur le même différend, puisque les coûts et le travail sont partagés entre toutes les parties. Ce type d'arbitrage est courant en milieu de travail, où les travailleurs lésés de manière similaire conviennent de soumettre les différends à un arbitrage collectif.

Une fois l'arbitrage collectif défini, qu'est-ce qu'une renonciation à l'arbitrage collectif? Une renonciation à l'arbitrage collectif est une disposition contenue dans une convention d'arbitrage qui énonce que les employés acceptent de régler leurs différends en matière d'emploi de manière individuelle et acceptent de ne pas entreprendre un arbitrage collectif avec leurs collègues ni de se joindre à un tel arbitrage.

Les clauses de renonciation à l'arbitrage collectif ont vu le jour aux États-Unis vers la fin des années 1990, alors que des articles dans les revues spécialisées ont commencé à encourager les sociétés à envisager la possibilité d'inclure de telles interdictions dans leurs conventions d'arbitrage. Les clauses de renonciation à l'arbitrage collectif étaient en outre encouragées en raison du mode d'attribution des dommages-intérêts. Individuellement, chaque personne ne peut recevoir qu'un faible montant. Lorsqu'elles se regroupent, la poursuite devient tout à coup très rentable. Tous les plaignants se partagent le coût de l'affaire et le montant cumulatif accordé peut être considérable. Cependant, si les dommages individuels sont légers, il est un peu plus difficile d'entamer des poursuites individuellement.

Les sociétés préfèrent les procédures d'arbitrage entamées individuellement aux arbitrages collectifs, puisque, en cas de perte, elles doivent payer une somme importante à leurs adversaires, ce qui est beaucoup plus onéreux que ne le serait le fait de payer un seul adversaire. La possibilité de participer à un arbitrage collectif est importante. Parfois, c'est le seul moyen qui permet à la personne d'obtenir une compensation juste en cas de préjudice.

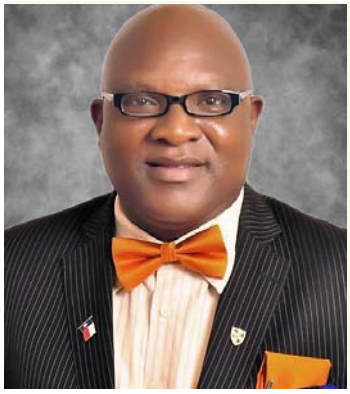
Convention d'arbitrage

Sans convention d'arbitrage, les clauses de renonciation à l'arbitrage collectif incluses dans un contrat d'emploi ne peuvent pas fonctionner. En effet, sans convention d'arbitrage, il ne peut y avoir d'arbitrage des différends. La *United States Arbitration Act*[1], souvent appelée la *Federal Arbitration Act* des États-Unis, prévoit :

> [TRADUCTION] ***Une disposition écrite dans une opération maritime ou un contrat faisant foi d'une opération de commerce visant à régler par l'arbitrage une controverse ultérieure découlant d'un tel contrat ou d'une telle opération, ou le refus d'exécuter un tel contrat ou une telle opération, en tout ou en partie, ou une entente écrite prévoyant de soumettre à l'arbitrage une controverse existante découlant d'un tel contrat, d'une telle opération ou d'un tel refus, sera valide, irrévocable et exécutoire, sauf dans la mesure ou il y a des motifs de droit ou d'équité exigeant la révocation de tout contrat[2].***

Qui plus est, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international[3] prévoit ce qui suit :

> **Une « convention d'arbitrage » est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de**



ADESINA TEMITAYO BELLO, PH. D., FCIARB, FCIB, FCS

Tayo Bello, FCIArb (R.-U.), médiateur agréé CEDR (R.-U.). Parmi ses qualifications, notons une maîtrise en économie (Lagos), une maîtrise en gestion bancaire et en finances (Ibadan), une maîtrise en science informatique (FUNAB), une maîtrise en droit (LL.M) (Londres) et un doctorat en droit international. Il donne le cours PRD, arbitrage et industrie pétrolière à l'université Babcock, au Nigeria.

droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée[4].

Une convention d'arbitrage est un contrat écrit par lequel deux parties ou plus conviennent de régler un différend en recourant à l'arbitrage comme mode de règlement. Il existe trois principaux types de conventions d'arbitrage : la clause d'arbitrage, l'accord d'arbitrage et la convention d'arbitrage intégrée par renvoi[5].

- **Clause d'arbitrage**
  La clause d'arbitrage est une clause qui régit le mode de règlement de tout différend futur découlant de l'entente conclue entre deux parties. Cette clause est souvent incluse dans le contrat et prévoit que tout différend découlant du contrat sera renvoyé à l'arbitrage. C'est la forme la plus courante de clause d'arbitrage. En présence d'une renonciation à l'arbitrage collectif, il est plus que probable que le contrat prévoie une clause d'arbitrage.
- **Accord d'arbitrage**
  Un accord d'arbitrage est une entente de soumission d'un différend à l'arbitrage après-coup. Il est moins courant que la clause d'arbitrage. Les accords d'arbitrage sont généralement beaucoup plus longs et beaucoup plus détaillés que les clauses d'arbitrage. Ils détaillent le différend et les enjeux entre les parties et consigne clairement ce qui est renvoyé à l'arbitrage[6]. Ce type d'arbitrage est rare dans le secteur de l'emploi et, lorsqu'il est utilisé et qu'il prévoit une renonciation à l'arbitrage collectif, il sera présumé que les deux parties ont convenu d'une telle renonciation, ce qui pourrait la rendre facilement exécutoire.
- **Convention d'arbitrage intégrée par renvoi**
  Ce type de convention d'arbitrage est nécessaire si l'entente qui fait l'objet du différend ne prévoit pas de clause d'arbitrage, mais renvoie clairement à un autre document qui contient une clause d'arbitrage. La clause d'arbitrage sera réputée avoir été intégrée à l'entente principale par le renvoi, dans l'entente initiale, à l'entente qui contient une clause d'arbitrage[7].

Possibilité de mise en œuvre du caractère exécutoire des renonciations à l'arbitrage collectif dans les conventions d'arbitrage

On n'insistera jamais assez sur la pertinence de l'arbitrage collectif. Il rend possible des poursuites qui seraient autrement impossibles d'un point de vue logistique ou économique[8]. Les sociétés de cartes de crédit, les banques, les fournisseurs de soins de santé et d'autres entreprises défenderesses n'aiment pas les arbitrages collectifs. Un grand nombre de ces sociétés ont trouvé des moyens pour éviter les arbitrages collectifs en imposant des conventions d'arbitrage[9] obligatoires et, plus récemment, des clauses de renonciation à l'arbitrage collectif. Les sociétés se servent maintenant souvent des clauses d'arbitrage présentes dans leurs ententes avec les clients et les employés pour gérer les risques de l'arbitrage collectif.

Le recours des sociétés aux clauses de renonciation à l'arbitrage collectif est motivé par la vision selon laquelle les plaignants exploitent la procédure de l'arbitrage collectif en vue d'obtenir des règlements injustes et des montants importants. Cette vision des choses est particulièrement présente chez les défenderesses dans les recours collectifs concernant des délits, la fraude de titres et les consommateurs, surtout en vertu des lois fédérales qui prévoient des dommages statutaires ou des dommages-intérêts triples, les honoraires d'avocats et les dépens[10]. Ces sociétés voient les clauses de renonciation à l'arbitrage collectif comme un moyen de se défendre contre des employés ou des consommateurs qui « se regroupent pour attaquer » les sociétés grâce au levier que procure le cumul d'un grand nombre de réclamations[11]. Pour justifier encore davantage ces clauses de renonciation, les sociétés allèguent que les nombreux avantages des plaignants à l'arbitrage compensent tous les désavantages ou les inconvénients qu'ils peuvent subir en sacrifiant leur droit de participer à un arbitrage collectif.

Comme on pouvait s'y attendre, les groupes de défense des consommateurs et des employés se sont fortement opposés à l'utilisation des clauses de renonciation à l'arbitrage collectif par les sociétés. Ces opposants aux clauses de renonciation à l'arbitrage collectif soutiennent que la capacité de cumuler les réclamations est essentielle si l'on veut protéger les droits des employés, des consommateurs, des membres des minorités, des patients, et d'autres, qui n'ont pas les ressources nécessaires pour intenter seuls une poursuite[12]. Qui plus est, de nombreuses réclamations individuelles sont seulement viables si elles sont présentées dans le cadre d'un recours collectif[13]. En effet, en interdisant les arbitrages collectifs dans le contexte des poursuite à « valeur négative », où la mesure de rétablissement prévue est minime par rapport aux coûts du litige ou de

l'arbitrage, les plaignants individuels sont réellement empêchés de poursuivre leur réclamation. Ainsi, les entreprises peuvent s'adonner sans balises à des comportements commerciaux qui entraînent des conséquences en apparence mineures et insignifiantes sur les personnes, mais qui, cumulées, donnent lieu à des retombées importantes pour la société en particulier[14].

Malgré l'opposition des groupes de défense des consommateurs et des employés, les clauses de renonciation à l'arbitrage collectif sont de plus en plus courantes, comme l'ont illustré certaines affaires récentes[15]. Par exemple, dans l'affaire Discover Bank *v.* Superior Court[16], des consommateurs ont contesté la légalité du calendrier de paiements de Discover. Cette opposition à une clause de renonciation à l'arbitrage collectif ne surprend guère, particulièrement dans le contexte des affaires de consommation, puisqu'aucun autre domaine du droit, outre les valeurs mobilières, ne suscite autant d'arbitrages collectifs. Selon le calendrier, les paiements des consommateurs qui n'étaient pas crédités à 13 h à la date d'échéance étaient considérés être en retard et assujettis à des frais de retard de 29,00 $, en plus de frais financiers. Toutefois, étant donné que les dispositions de modification prévues aux ententes avec les détenteurs de carte exigeaient que toutes les réclamations soient soumises à l'arbitrage et interdisaient aux consommateurs de recourir à l'arbitrage collectif[17], les clients de Discover étaient en pratique empêchés d'intenter un recours; individuellement, une somme en litige de 29,00 $ ne pouvant justifier les coûts d'un arbitrage.

Les employeurs aussi font un usage de plus en plus grand des clauses de renonciation à l'arbitrage collectif dans le contexte des plaintes concernant la discrimination et l'invalidité. Les affaires de l'article VII ont longtemps [TRADUCTION] « exemplifié le type de recours en matière de droits civiques que les tribunaux et les commentateurs décrivent comme convenant parfaitement à un règlement par l'arbitrage collectif »[18]. De telles réclamations ont longtemps été assujetties à des conventions d'arbitrage obligatoires[19]. Plus récemment, les employeurs ont commencé à intégrer des clauses de renonciation à l'arbitrage collectif à ces conventions d'arbitrage, dans le but de se protéger contre les réclamations regroupées. Par exemple, Circuit City a imposé des clauses de renonciation à l'arbitrage collectif à ses employés afin de minimiser son exposition aux plaintes pour discrimination et d'autres plaintes en matière d'emploi[20].

Bien que la portée des clauses de renonciation à l'arbitrage collectif demeure incertaine, au moins un spécialiste de pointe prévoit que ces clauses de renonciation ont le potentiel d'éliminer dans les faits les arbitrages collectifs en vertu du droit de la consommation et de l'emploi[21]. Peu importe si cette prédiction s'avère, il n'est pas exagéré de suggérer que les clauses de renonciation à l'arbitrage collectif seront de plus en plus fréquentes dans les contrats, dans un climat judiciaire largement favorable à l'arbitrage en général et aux clauses de renonciation à l'arbitrage collectif en particulier. En effet, un tel résultat semble très probable si l'on se fie aux articles récents publiés dans les journaux spécialisés qui conseillent aux sociétés d'inclure des clauses de renonciation à l'arbitrage collectif dans les conventions d'arbitrage[22].

Qui plus est, même les sociétés qui ont déjà conclu des contrats avec les consommateurs sont parfaitement capables d'apporter des modifications à ces contrats, en y insérant des dispositions de renonciation à l'arbitrage collectif, par des envois postaux, entre autres. Ainsi, en l'absence de contraintes pratiques importantes, il est à prévoir que les sociétés continueront de chercher à inscrire des clauses de renonciation à l'arbitrage collectif dans leurs relations contractuelles avec les consommateurs, les employés et d'autres tiers avec qui elles interagissent en tant que groupe.

En présence de clauses de renonciation à l'arbitrage collectif, la majorité des tribunaux ont maintenu leur validité contre les prétentions à savoir qu'elles sont abusives. Les Cours d'appel des États-Unis des troisième[23], quatrième[24], cinquième[25] et septième[26] circuits ont toutes appliqué les clauses de renonciation à l'arbitrage collectif figurant dans des contrats de consommation. De nombreux tribunaux de district ont également maintenu la validité de telles clauses[27], rejetant les prétentions des plaignants voulant que de telles dispositions soient abusives et contraires à l'intérêt public.

Dans l'affaire AT&T Mobility LLC *v.* Concepcion[28], la Cour suprême des États-Unis a rendu une décision signalant peut-être l'existence d'une mesure prophylactique pour les employeurs qui souhaitent proactivement éviter l'exposition à de telles poursuites. La Cour suprême a statué que la *Federal Arbitration Act* empêchait l'interdiction par la Californie des clauses de renonciation à l'arbitrage collectif dans les conventions d'arbitrage de consommation. D'aucuns ont soutenu que le raisonnement de la Cour suprême pourrait aussi être appliqué aux clauses de renonciation à l'arbitrage collectif dans le contexte de l'emploi. Les employeurs devraient pouvoir demander à leurs employés de signer des contrats d'embauche qui imposent comme condition à l'emploi que les litiges concernant les salaires soient réglés par un arbitrage contraignant plutôt que devant les tribunaux, et exiger en plus que ces litiges soient réglés sur une base individuelle seulement, par une renonciation au droit de participer à un recours collectif. Depuis l'affaire Concepcion, plusieurs tribunaux ont maintenu des conventions d'arbitrage contenant des clauses de renonciation à l'arbitrage collectif dans le domaine des salaires et des horaires, au motif qu'aucune loi en cette matière n'interdit de telles clauses.

Nonobstant l'opinion de la majorité, toutefois, certains tribunaux, notamment les tribunaux d'État de la Californie et de l'Illinois, ainsi que les tribunaux du neuvième circuit, ont refusé d'appliquer des clauses de renonciation à l'arbitrage collectif, les jugeant abusives[29] et soulignant que, en vertu de la *Fair Credit Billing Act*, la loi en vertu de laquelle la cause d'action du plaignant a été soulevée, la banque serait tenue de payer les honoraires d'avocat des plaignants et les dépens si les plaignants remportaient l'arbitrage, et, par conséquent, les plaignants et le procureur étaient incités à poursuivre sur une base individuelle, malgré la faible valeur pécuniaire de la réclamation individuelle[30] et, par conséquent, confirmant la décision du tribunal inférieur voulant qu'une renonciation contractuelle au droit à l'arbitrage collectif n'est pas abusive. Dans l'affaire *Rosen* v. *SCIL*[31], infirmant la décision du tribunal de première instance concluant au caractère abusif d'une clause de renonciation à l'arbitrage collectif, la Cour a jugé que, même si les réclamations individuelles des plaignants étaient mineures, les frais d'arbitrage pour les plaignants (125 $) n'étaient pas déraisonnables, qu'il n'y avait aucune limitation à la capacité d'un plaignant à faire valoir ses droits légaux substantiels en vertu de la *Consumer Fraud and Deceptive Business Practices*

Act de l'Illinois (y compris l'octroi de dommages-intérêts punitifs et des honoraires d'avocat) s'il remportait sa cause, et que, étant donné que la convention d'arbitrage avait été ajoutée à la convention de carte de crédit par les procédures de modification des conditions d'utilisation, [TRADUCTION] « si le plaignant ne désirait pas accepter les nouvelles conditions [. . .], il lui suffisait de cesser d'utiliser la carte ».

La décision de la Cour d'appel de l'Illinois dans l'affaire *Kinkel* v. *Cingular Wireless*[32], LLC 88, est l'une des plus récentes à appliquer la doctrine du caractère abusif d'une clause de renonciation à l'arbitrage collectif et elle illustre bien le raisonnement dans des affaires similaires. Dans l'affaire *Kinkel*, la Cour a affirmé qu'une disposition de renonciation à l'arbitrage collectif dans une convention d'arbitrage de téléphonie cellulaire était abusive d'un point de vue procédural et substantiel. La Cour a justifié son constat d'abus procédural sur le fait que la disposition était rédigée en très petits caractères, qu'elle était contenue dans un contrat d'adhésion et qu'elle était [TRADUCTION] « cachée » au milieu d'une longue page de « conditions ». En ce qui concerne l'abus substantiel, la Cour a déclaré que le coût pour entamer une procédure devant les tribunaux ou un arbitre, combiné aux coûts engagés pour présenter la réclamation (y compris la perte de salaire), éliminerait une « partie importante » de l'indemnité maximale pouvant être obtenue par le plaignant (en l'espèce, des frais d'annulation de 150,00 $)[33]. À noter, dans l'affaire *Kinkel*, la Cour a rejeté l'argument de la défenderesse selon lequel une procédure de recours collectif nuirait aux avantages de l'arbitrage simple ou les éliminerait, soulignant qu'il serait plus efficace de procéder par arbitrage collectif que de décider de la réclamation d'un plaignant parmi des milliers d'autres réclamations identiques[34]. En résumé, la Cour, dans l'affaire *Kinkel* a refusé d'appliquer la clause de renonciation à l'arbitrage collectif au motif que de telles clauses 1) empêcheraient dans les faits les plaignants ayant des réclamations de faible valeur de faire valoir ces réclamations; et 2) donneraient aux défenderesses une immunité quasi virtuelle en matière de responsabilité civile, dans un recours collectif ou autre[35].

Les clauses de renonciation à l'arbitrage collectif devraient-elles être exécutoires?

Après avoir examiné la signification des clauses de renonciation à l'arbitrage collectif, il est essentiel de se prononcer sur la question de savoir si l'on devrait favoriser ou non l'utilisation de telles clauses. Dire qu'il faudrait favoriser les clauses de renonciation à l'arbitrage collectif implique qu'il faudrait décourager l'arbitrage collectif, avec les effets suivants.

I. L'inutilité éventuelle des regroupements d'employés

Les regroupements formés par les employés dans certaines sociétés visent principalement la lutte pour les droits des employés qui en sont membres; l'un des moyens de lutte de ces organisations est le recours collectif. L'application des clauses de renonciation à l'arbitrage collectif agirait comme un empêchement aux droits de ces regroupements, qui deviendraient inutiles en peu de temps.

II. La détermination inefficace des différends

Décourager l'utilisation des clauses de renonciation à l'arbitrage collectif encouragera le règlement efficace des différends par l'arbitrage collectif. Intenter un recours collectif permet de s'assurer que l'affaire sera présentée à un tribunal arbitral en particulier et qu'une décision sera rendue. C'est ainsi qu'un différend est réglé de manière efficace. D'autre part, si les consommateurs et les employés individuels sont autorisés à entamer des recours individuels, cela exigera le recours à différents tribunaux et donnera lieu à plusieurs recours devant plusieurs tribunaux, ce qui pourrait alors enterrer l'employeur sous un trop grand nombre de procédures arbitrales simultanées; à long terme, le différend n'aura pas été réglé de manière efficace.

III. La réduction de la possibilité de se prévaloir d'indemnités plus faibles

L'une des principales raisons de l'inclusion des clauses de renonciations à l'arbitrage collectif dans les contrats est la réduction des montants perdus dans les affaires portées collectivement par des employés ou des consommateurs. Cela comprend les dommages-intérêts pécuniaires, importants ou mineurs. Cependant, si l'on autorise et que l'on applique les clauses de renonciation à l'arbitrage collectif, certaines parties lésées réclamant de faibles dommages-intérêts pécuniaires ne prendront pas la peine d'intenter un recours; d'avis que le montant dépensé pour la procédure arbitrale sera plus grand que l'indemnisation qu'elles pourraient obtenir, elles pourraient abandonner la revendication de leurs droits. Avec l'arbitrage collectif, même si vous êtes plus ou moins touché, vous recevrez quand même une indemnisation, que vous auriez autrement laissée tomber.

IV. L'augmentation des coûts de l'arbitrage

Lorsque les coûts de l'arbitrage sont divisés entre tous les

S'abonnez

Consultez les numéros antérieurs

Proposant des perspectives alternatives de règlement des différends pour les parties en PRD et leurs avocats.

- Comité de rédaction composé des médiateurs et arbitres les plus chevronnés du pays
- Articles brefs et pratiques
- Adapté à l'usage des professionnels de la PRD
- Quatre numéros par an

IAMC • ADRIC • INCORPORÉ EN 1974 45ème anniversaire

membres d'un arbitrage collectif, ces coûts sont relativement réduits et il devient alors plus facile pour les parties lésées d'entamer des procédures d'arbitrage. Si les clauses de renonciation à l'arbitrage collectif sont favorisées, certaines parties lésées seront incapables d'entamer des procédures arbitrales et d'obtenir une indemnisation, étant incapables de se permettre le coût de l'arbitrage.

V. Manque de coopération entre les travailleurs

Lorsque des différends sont soulevés au sujet d'une cause d'action commune et que les parties lésées décident de recourir à l'arbitrage collectif, les parties s'entendent sur les faits et les réclamations. Cela veille à ce que les employés coopèrent et comprennent que la nature de leurs griefs est collective et non individuelle, ce qui les aide à atteindre leurs objectifs et à obtenir une indemnisation convenable. Si l'on devait favoriser les clauses de renonciation à l'arbitrage collectif, les parties présenteraient des faits et des réclamations variées et les faits et les réclamations d'une autre partie pourront servir à nuire aux réclamations d'une première partie.

Lorsque l'on examine bien les conséquences de l'application des clauses de renonciation à l'arbitrage collectif dans le secteur de l'emploi, on constate que leur élimination est souhaitable et que l'on devrait permettre aux parties de signer des contrats qui comportent des conventions d'arbitrage exemptes de clauses de renonciation à l'arbitrage collectif.

Conclusion

Les relations commerciales comportent de plus en plus de volets et les sociétés, de plus en plus, intègrent des clauses de renonciation à l'arbitrage collectif et des conventions d'arbitrage obligatoires dans leurs contrats avec leurs employés, les consommateurs et d'autres. Étant donné la régularité de ces relations commerciales et le pouvoir de négociation des sociétés, ces dispositions sont généralement incluses dans les contrats. Jusqu'à maintenant, les tribunaux ont éprouvé des difficultés à élaborer une doctrine convenable pour s'attaquer aux problèmes causés par ces dispositions.

La clause de renonciation d'arbitrage collectif supprime le droit pour une personne de poursuivre en groupe. Certains états ont adopté des lois concernant ce type de renonciation, jugé intrinsèquement injuste. On peut exiger d'un employé qu'il signe la clause de renonciation pour pouvoir travailler. Malheureusement, cela signifie qu'il aura des options limitées en cas de problèmes au travail. Il pourrait être incapable d'obtenir une indemnisation juste en cas de dommages, étant donné le coût d'embauche d'un avocat ou l'existence d'une convention d'arbitrage.

Les clauses de renonciation à l'arbitrage collectif ne devraient pas être exécutoires : leurs inconvénients sont beaucoup plus importants que leurs avantages pour les consommateurs, mais surtout pour les employés. De telles clauses ont le potentiel de permettre aux employeurs de s'en tirer en cas de mauvais traitement de leurs employés, ouvrant la porte à une injustice qui ne devrait pas être encouragée dans l'arbitrage ni dans la société dans son ensemble.

RÉFÉRENCES

- Alan S. Kaplinsky et Mark J. Levin, *Excuse Me, But Who's the Predator? Banks Can Use Arbitration Clauses as a Defense*, Bus. L. TODAY, mai-juin 1998, 24.Gilles.
- Edward Wood Dunham, *The Arbitration Clause as Class Arbitration Shield*, 16 15 U.S.C. § 1681n (2006) (disposition de la *Fair Credit Reporting Act*, qui prévoit des dommages-intérêts statutaires, les honoraires d'avocats, les dépens et des dommages-intérêts punitifs en cas de violation [TRADUCTION] « délibérée » de la Loi).
- Myriam Gilles, *Opting Out of Liability: The Forthcoming Near Total Demise of the Modern Class Action*, 104 MICH.L.REV. 373, 376 (2005).
- Hilary B. Miller, *Drafting a Bulletproof Arbitration Agreement (and Donning Your Flak Jacket)*, 1362 PLI/CORP 159, 163 (mars-mai 2003) (détaillant comment les avocats peuvent utiliser les clauses d'arbitrage comme [TRADUCTION] « première ligne de défense contre les arbitrages collectifs »).
- Melissa Hart, *Will Employment Discrimination Class Arbitrations Survive?* 37 AKRON L. REV. 813, 813-14 (2004).
- Omar Khodeir et Ahmad Ghoneim, *Know Your Type. Three Types of Arbitration Agreements in a Nutshell*, http://www.tamimi.com/en/magazine/law-update/section-5/june-issue/know-your-type-three-types-of-arbitration-agreements-in-a-nutshell.html.
- Samuel Issacharoff et Erin F. Delaney, Credit Card Accountability, 73 U. CHI. L.REV. (paru en 2006), http://ssrn.com/abstract =789704.

1 Pub.L. 68-401, 43 Stat. 883.
2 Article 2 de la *United States Arbitration Act.*
3 Publication des Nations Unies, Ventes; E.08.v.4 ISBN 978-92-1-1333773-0.
4 Article 7 (1) de la Loi type de la CNUDCI
5 Omar Khodeir et Ahmad Ghoneim, *Know Your Type*. *Three Types of Arbitration Agreements in a Nutshell*, http://www.tamimi.com/en/magazine/law-update/section-5/june-issue/know-your-type-three-types-of-arbitration-agreements-in-a-nutshell.html consulté le 25 février 2019.
6 Supra, note 1.
7 Ibid
8 *Amchem Prods., Inc.* v. *Windsor*, 521 U.S. 591, 617 (1997).
9 Edward Wood Dunham, *The Arbitration Clause as Class Arbitration Shield*, 16
10 10 15 U.S.C. § 1681n (2006) (disposition de la *Fair Credit Reporting Act*, qui prévoit des dommages-intérêts d'origine législative, les honoraires d'avocats, les dépens et des dommages-intérêts punitifs en cas de violation « délibérée » de la Loi [TRADUCTION]).
11 Alan S. Kaplinsky et Mark J. Levin, *Excuse Me, But Who's the Predator? Banks Can Use Arbitration Clauses as a Defense*, Bus. L. TODAY, mai-juin 1998, 24.Gilles.
12 Med Ctr. Cars, Inc. v. Smith, 727 So. 2d 9, 19-20 (Ala. 1998) (les plaignants soutenaient que les dommages individuels étaient trop peu importants pour justifier le paiement de frais d'arbitrage de 500 $).
13 Samuel Issacharoff et Erin F. Delaney, *Credit Card Accountability*, 73 U. CHI. L.REV. (paru en 2006), *disponible à* http://ssrn.com/abstract =789704 et consulté le 25 février 2019.
14 Johnson v. Chase Manhattan Bank USA, N.A., No. 603101/02, 2004 WL 413213, at *4-8 (N.Y. Sup. Ct. 27 février 2004)
15 Tsadilas v. Providian Nat'l Bank, 786 N.Y.S.2d 478, 480 (N.Y. App. Div. 2004).
16 113 P.3d 1100 (Cal. 2005).
17 Bellavia v. First USA Bank, No. 02 C 3971, 2003 U.S. Dist. LEXIS 18907, *2-3 (N.D. Ill. 22 octobre 2003).
18 Melissa Hart, *Will Employment Discrimination Class Arbitrations Survive?,* 37 AKRON L. REV. 813, 813-14 (2004).
19 Fletcher v. Kidder, Peabody & Co., 601 N.Y.S.2d 686, 694 (N.Y. App. Div. 1993) (arbitrage convaincant d'accusations de discrimination raciale et de genre contre une société de courtage).
20 Gentry v. Superior Court, 37 Cal. Rptr. 3d 790, 791-92 (Cal. Ct. App. 2006), requête en examen accordée, 135 P.3d 1 (Cal. 2006).
21 Myriam Gilles, *Opting Out of Liability: The Forthcoming Near Total Demise of the Modern Class Action*, 104 MICH.L.REV. 373, 376 (2005).
22 Hilary B. Miller, *Drafting a Bulletproof Arbitration Agreement (and Donning Your Flak Jacket)*, 1362 PLI/CORP 159, 163 (mars-mai 2003) (expliquant comment les avocats peuvent utiliser les clauses d'arbitrage comme « première ligne de défense contre les arbitrages collectifs [TRADUCTION] »).
23 Lloyd v. MBNA Am. Bank, N.A., 27 F. App'x. 82, 84 (3d. Cir. 2002).
24 Snowden v. CheckPoint Check Cashing, Inc., 290 F.3d 631, 638 (4th Cir. 2002).
25 Iberia Credit Bureau, Inc. v. Cingular Wireless LLC, 379 F.3d 159, 176 (5th Cir. 2004).
26 Livingston v. Assocs. Fin., Inc., 339 F.3d 553, 559 (7th Cir. 2003).
27 Gipson v. Cross Country Bank, 294 F. Supp. 2d 1251, 1262-63 (M.D. Ala. 2003).
28 131 S. C. T. 1740;563 US 333, 179 L. Ed. 2d 742.
29 828 N.E.2d 812
30 Tsadilas v. Providian Nat'l Bank 786 N. Y. S.2d 478,480 (N.Y. App. Div. 2004).
31 LLC, 799 N.E.2d 488, 494, 496 (Ill. App. Ct. 2003).
32 828 N.E.2d 812
33 Ibid
34 Ibid
35 Ibid

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

Les Règles d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada définissent des protocoles clairs, modernes et sensés permettant de mener des procédures d'arbitrage efficaces.

http://adric.ca/fr/arbrules/

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

SERVICE D'ADMINISTRATION PROFESSIONNELLE OFFERT PAR L'IAMC

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

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

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

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

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

Lauréats des Prix d'honneur de l'IAMC

L'IAMC rend hommage aux anciens présidents, confrère, administrateurs émérites et les récipiendaires des prix McGowan pour leur soutien et leur contribution importante à la croissance et au développement des modes de PRD et de l'IAMC.

ANCIENS PRÉSIDENTS

1974-1975 **L. J. McGowan**
1975-1976 **J. T. Fisher**
1977-1979 **W. E. Hickey**
1979-1981 **P. B. Walters, C.Arb**
1981-1981 **B. V. Orsini**
1981-1984 **Joseph W. Myers**
1984-1985 **W. John C. Stikeman**
1985-1986 **Norman A. Richards**
1986-1988 **William G. Geddes**
1988-1990 **C. H. Laberge**
1990-1991 **D. C. Andrews**
1991-1994 **H. J. Wilkinson**
1994-1995 **Joanne H. Goss**
1995-1997 **Roman Evancic**
1997-1999 **Gervin L. Greasley**
1999-2000 **Heather A. de Berdt Romilly**
2000-2001 **Allan Stitt**, C.Med, C.Arb
2001-2002 **Kent Woodruff**, C.Med, C.Arb
2002-2004 **Barry C. Effler**, C.Arb
2004-2007 **P. David McCutcheon**, C.Arb
2007-2009 **Donald E. Short,** C.Arb, FCIArb
2009-2012 **R.J. (Randy) Bundus**
2012-2014 **James (Jim) Musgrave**, Q.C., C.Med, Q.Arb
2014 - 2017 **M. Scott Siemens**, C.Med
2017 - 2018 **Thierry Bériault**, Méd.A

MEMBRES DISTINGUÉS

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
William R. Kay
Winston E. Hickley, LLD, FEIC, PEng

MEMBRES HONORAIRES

B.W. Vigrass
Ancien président et secrétaire,
The Chartered Institute of Arbitrators

Cedric Barclay
Ancien président
The Chartered Institute of Arbitrators

Robert Coulson
Ancien président
American Arbitration Association

Richard J. Soper
Ancien président
The Chartered Institute of Arbitrators

DIRECTEURS ÉMÉRITES

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

MEMBRE HONORAIRE

L'hon. Thomas A. Cromwell

LAURÉATS DU PRIX D'EXCELLENCE LIONEL J. MCGOWAN

NATIONAL :

1999 **Roman Evancic** (C.-B.)
2000 **NIL**
2001 **William J. Hartnett** (ALB.)
2002 **Barry Effler**, C.Arb (MAN.)
2003 **P. David McCutcheon**, C.Arb (ONT.)
2004 **Noel Rea** (ALB.)
2005 **Gervin L. Greasley** (MAN.)
2006 **Gerald Ghikas**, C.Arb (C.-B.)
2007 **Bill Remmer** (ALB.)
2008 **Harold J. Wilkinson**, C.Arb (ONT.)
2009 **Donald E. Short**, C.Arb (ONT.)
2010 **William G. Horton**, C.Arb (ONT.)
2012 **Brian J. Casey** (ONT.)
2013 **Jeffrey Smith** (ONT.)
2014 **James (Jim) Musgrave**, Q.C., C.Med, Q.Arb (Atl.)
2015 **Anne M. Wallace**, Q.C., C.Med, C.Arb (SASK.)
2016 **Jim McCartney**, C.Med, C.Arb (ALB.)
2017 **Angus Gunn**, Q.C. (C.-B.)
2018 **M. Scott Siemens**, C.Med (SASK.)

RÉGIONAL :

1999 **Harry Hunter**, (BCAMI)
2000 **Kent Woodruff**, C.Med/C.Arb (BCAMI)
2001 **Annette Strug**, C.Med (ADRAI)
2002 **Bernie McMullan**, C.Arb (ADRIM)
2003 **Randy A. Pepper**, (ADRIO)
2004 **Gary Fitzpatrick**, C.Arb (BCAMI)
2005 **Gary T. Furlong**, C.Med (ADRIO)
2006 **Kenneth A. Gamble**, C.Med/C.Arb (ADRSK)
2007 **Mary T. Satterfield**, C.Med/C.Arb (ADRIO)
2008 **Sheila Begg**, C.Med/C.Arb (BCAMI)
2008 **Bill Diepeveen**, (ADRIA)
2009 **Tom W. Smith**, C.Med (ADRIA)
2010 **Richard H. McLaren**, C.Arb (ADRIO)
2011 **Camilla Witt**, (ADRIA)
2011 **Dr. Barbara Landau**, C.Med, Cert.F.Med (ADRIO)
2012 **Pamela Large-Moran**, C.Med, C.Arb (ADRAI)
2013 **Dr. Barbara Benoliel**, (ADRIO)
2014 **Claude Métras**, Méd.A/Arb.A (IMAQ)
2015 **Dr. Jennifer L. Schulz** (ADRIM)
2016 **Andrew D. Butt**, C.Med, Q.Arb (ADRAI)
2017 **Heather Swartz**, C.Med (ADRIO)
2018 **The Honourable Andrea Moen** (ALB.)

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 2018-2019

EXECUTIF

Andrew (Andy) D. Butt, Méd.A, Arb.A
Président et Administrateur général - St. John's, T.N.

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

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

Elton Simoes, Méd.A, Arb.B
Vice-Président, Président-Élu et Administrateur / Représentant de filiale – ADRBC, C.-B.

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

Michael Schafler, Arb.B
Vice-Président et Administrateur / Représentant corporatif – Dentons Canada LLP, Toronto, Ont.

Sara Ahlstrom, M.A., B.A., Méd.A
Secrétaire et Administratrice / Représentante corporatif – Dispute Resolution Services, Alberta Municipal Affairs, Edmonton, Alb.

ADMINISTRATEURS

Naïm-Alexandre Antaki
Administrateur / Représentant corporatif – Gowling WLG, Montréal, Québ.

Laura Bruneau, BA, LL.B, CMC
Représentante corporatif – Epiq Global, Ottawa, Ont.

Daniel Faucher, CStJ, B.Sc. AdeC, RCCtm
Administrateur / Représentant de filiale - IMAQ, Qc

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

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

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

Barrie Marshall, c.r., B.A., LL.B.
Administrateur / Représentant de filiale - ADRIA, Alb.

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

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

Jasmine Schulz, B.A.
Administratrice / Représentante de filiale – ADRIM, Man.

Wendy Scott, B.I.S., Méd.A
Administratrice / Représentante de filiale – ADRAI, Provinces de l'Atlantique

AUTRES ADMINISTRATEURS

Janet McKay
Directrice générale

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

Alberta Energy Regulator
Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., S.R.L.
Bureau d'assurance du Canada
Burnet, Duckworth & Palmer LLP
Canadian Institute for Conflict Resolution
Compagnie Pétrolière Impériale Ltée
Cox & Palmer
Deloitte LLP
Dentons Canada LLP
DLA Piper
Environmental Appeals Board
Gowling WLG
Graham Group Ltd.
Ismaili Conciliation and Arbitration Board of Canada
KPMG LLP
McInnes Cooper
MNP Law
Norton Rose Fulbright Canada LLP
Osler, Hoskin & Harcourt LLP
Rose LLP
Shell Canada Limited
Sulha Solutions
Verjee & Associates

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

NOS TARIFS PUBLICITAIRES

Communiquez votre message dans le Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien, destiné à plus de 2 000 membres de l'IAMC et un nombre croissant d'individus, de cabinets, d'organizations et de bibliothèques.
Dates de diffusion : mars et septembre
Date limite de remise du matériel : 6 semaines avant la date de diffusion CONTACTEZ : *journal@adric.ca*

Le Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien (ISSN 1192-537X) est publié deux fois par an par l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada Inc. @2019. 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.

NOUVEAUX tarifs réduits

à compter du 1er juillet 2019

	1 NUMÉRO	2 NUMÉROS
PAGE ENTIÈRE	468 $	850 $
DEMI-PAGE VERT.	292 $	525 $
DEMI-PAGE HOR.	292 $	525 $
QUART DE PAGE	158 $	285 $
BANDEAU DE PAGE	158 $	285 $

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

À L'AVANT-PLAN DE LA RÉSOLUTION DES DIFFÉRENDS AU CANADA
LEADING DISPUTE RESOLUTION IN CANADA

INSTITUT D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION DU CANADA INC.
407-234, rue Eglinton est
Toronto, Ontario, (Canada) M4P 1K5
Tél : 416-487-4733
Sans frais : 1-877-475-4353
Télécopieur : 416-901-4736
Courriel : *admin@adric.ca*
Site Web : *www.adric.ca*

ADR INSTITUTE OF BRITISH COLUMBIA
366-1275 West 6th Avenue
Vancouver, BC V6H 1A6
Sans frais : 1-877-332-2264 (en C.-B.)
Tél : 604-736-6614
Télécopieur : 604-736-6611
Courriel : *mcrelations@adrbc.com*
Site Web : *www.adrbc.ca*

ADR INSTITUTE OF ALBERTA
#225, Tower 1
3697 Mill Woods Road NW
Edmonton, AB T6K 3L6
Sans frais : 1-800-232-7214
Tél : 780-433-4881
Télécopieur : 780-433-9024
Courriel : *info@adralberta.com*
Site Web : *www.adralberta.com*

ADR INSTITUTE OF SASKATCHEWAN
Box 22015, RPO Wildwood
Saskatoon, SK S7H 5P1
Sans frais : 1-866-596-7275
Courriel : *info@adrsaskatchewan.ca*
Site Web : *www.adrsaskatchewan.ca*

ADR INSTITUTE OF MANITOBA
c/o 120 Sherbrook Street
Winnipeg, MB R3C 2B4
Sans frais : 1-877-489-7452
Courriel : *admin@adrmanitoba.ca*
Site Web : *www.adrmanitoba.ca*

ADR INSTITUTE OF ONTARIO
Suite 405, 234 Eglinton Avenue East
Toronto, ON M4P 1K5
Tél : 416-487-4447
Sans frais : 1-844-487-4447
(En dehors du GTA)
Télécopieur : 416-487-4429
Courriel : *info@adr-ontario.ca*
Site Web : *www.adr-ontario.ca*

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

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