Vol. 30, No. 1
Printemps 2021

Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien

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

L'IAMC lance un modèle cadre de règlement de différends pour l'industrie de la construction!

page 40

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

VOL. 30, NO. 1 PRINTEMPS 2021

DANS CE NUMÉRO

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

4 Message du président
..... *Elton Simoes, MBA, M.R.D, IDP-C, Méd.A, Arb.B*

5 Écoutez - la conversation entre Nasser Chahbar, notre Rédacteur adjoint, et des médiateurs nouveaux et en herbe
..... *Nasser Chahbar, J.D., Méd.B*

9 La PRD asynchrone : faire tomber de leur piédestal les processus en personne
..... *Marc Bhalla, LL.M. (RD), Méd.A, Arb.B*

12 Choix de la loi applicable aux conventions d'arbitrage : commentaire sur l'affaire Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb, [2020] UKSC 38
..... *Lauren Tomasich, LL.B, Stephen Armstrong, J.D.*

17 La conception d'un processus transformateur pour le règlement des différends
..... *Ali Soleymaniha*

21 Critique - Camouflaged Aggression in Organizations: A Bimodal Theory
..... *Jennifer Webster, B.A., LL.B.*

24 Passif ou interventionniste : préserver des règles du jeu équitables en arbitrage commercial
..... *Joel Richler*

28 Défis et confidentialité dans l'arbitrage commercial : *Halliburton v. Chubb*
..... *Joel Richler*

32 La confidentialité dans l'arbitrage commercial international : un mécanisme en réponse à des préoccupations croissantes
..... *Sahaj Mathur*

37 Le droit d'appel et l'arbitrage commercial : Le bon, la brute et le truand
..... *L'honorable Clément Gascon*

DANS CHAQUE NUMÉRO

33 Prix McGowan - Appel de mises en candidature pour 2021
42 Félicitations à nos nouveaux titulaires !

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

Rédacteur adjoint :
Nasser Chahbar, J.D., Méd.B, Chahbar Mediation Group, London

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 au numéro du printemps 2021 du *Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien.*

Depuis le dernier numéro, nos contributeurs ont fait des recherches et écrit intensément sur une variété de sujets pertinents pour les praticiens. Avant de décrire le contenu de ce numéro, une célébration est de mise.

Tout d'abord, un membre de notre comité de rédaction, ***William (Bill) G. Horton***, a reçu le Prix d'excellence de l'Association du Barreau de l'Ontario en méthodes alternatives de règlement des conflits, le 3 décembre 2020. Félicitations, Bill.

Deuxièmement, j'ai le plaisir de vous présenter ***Nasser Chahbar***, qui a travaillé à l'élaboration de ce numéro et qui s'ajoute à notre comité de rédaction bénévole, à titre de rédacteur adjoint. Bienvenue, Nasser, et merci. Je l'ai invité à se présenter aux lecteurs, et voici ce qu'il a proposé :

> « Je m'appelle Nasser Chahbar et je suis médiateur breveté (principal) chez Chahbar Mediation Group. Je suis diplômé en sociologie (B. Arts) et en droit (J.D.), ce qui m'a amené à développer une passion et un amour profonds pour la PRD.
>
> Tout au long de mes études, j'ai vu le besoin criant de mécanismes de changement efficaces et pratiques pour tous. À mon avis, c'est ce qu'apporte la polyvalence de la PRD. Grâce à sa flexibilité et sa nature adaptable inhérentes, nous sommes en mesure de mettre l'élément humain au cœur des différends. Grâce à la PRD, nous pouvons nous attaquer de front aux véritables enjeux, sans avoir à compliquer le processus. D'où mon amour pour la PRD : c'est une méthode simple et réelle pour résoudre les problèmes quotidiens de la société.
>
> Je suis ravi et honoré de servir à titre de rédacteur adjoint du *Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien,* un espace de dialogue important dans le domaine en constante progression et en évolution de la PRD. Tout au long de cette aventure, j'espère continuer à travailler avec des gens parmi les plus brillants et les plus édifiants que j'ai rencontrés. Je tiens à remercier l'IAMC et la rédactrice en chef du *Journal,* Geneviève Chornenki, de cette merveilleuse occasion. »

Les articles de ce numéro informent les lecteurs et leur permettent de réfléchir sur un éventail de sujets concernant la PRD. Dans une table ronde convoquée par Nasser, trois médiateurs en herbe de différents horizons — ***Laurence Laporte***, ***Areta Marshall***, et ***Ryan Goodman*** — nous révèlent ce qui les a attirés vers la PRD et décrivent les pressions subies sur le terrain en raison de leur âge et de leur niveau d'expérience. ***Marc Bhalla*** fait gentiment tomber de son piédestal le modèle de médiation traditionnel au profit de la médiation asynchrone. ***Lauren Tomasich*** et ***Stephen Armstrong*** aident les lecteurs à comprendre les conséquences d'une décision de la Cour suprême du Royaume-Uni sur le choix de la loi applicable aux conventions d'arbitrage. ***Ali Soleymaniha*** décrit une conception holistique des processus de règlement des différends fondée sur une bonne compréhension des systèmes complexes. ***Jennifer Webster*** critique un nouveau livre destiné à aider les praticiens à analyser les différends dans des contextes organisationnels. Dans le premier de deux articles, ***Joel Richler*** explore la dichotomie apparente entre un arbitre passif et un arbitre interventionniste. Dans son deuxième article, il guide les lecteurs dans une affaire récente de la Cour suprême du Royaume-Uni sur la communication et la confidentialité dans l'arbitrage. ***Sahaj Mathur*** examine également la confidentialité dans l'arbitrage commercial international, et ***L'honorable Clément Gascon*** partage son expérience et son analyse à titre de juriste en matière d'appel des arbitrages au Canada.

Nous espérons que nos lecteurs apprécieront ces articles et en tireront profit. Nous vous invitons à partager ce numéro avec vos collègues, clients et amis. Les numéros précédents du Journal sont accessibles sur CanLII, à *https://www.canlii.org/fr/doctrine/revues/43*.

Merci à toutes les personnes 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.

Genevieve A. Chornenki
Rédactrice en chef

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

Geneviève est l'autrice de *Don't Lose Sight* (2021) et elle a coécrit *Bypass Court* (2015). Elle est titulaire d'un certificat en écriture créative de l'Université de Toronto et d'un certificat en édition de l'Université Ryerson. Première présidente de la section de PRD de l'Association du Barreau de l'Ontario, elle est également la lauréate du tout premier prix de l'association pour l'excellence dans le domaine de la PRD.

Message du président

Je suis heureux de m'adresser à vous à titre de président, pour la toute première fois depuis mon élection en octobre 2020. J'ai auparavant siégé au conseil d'administration de l'IAMC à titre de directeur représentant l'ADRBC (dont j'étais le président), et ce, depuis 2014. J'ai hâte de me mettre au service de nos membres, de nos affiliés et des usagers de la PRD et de faire la promotion de notre travail en tant que fédération.

Comme nous le savons, le vivons et le ressentons tous, nous passons à travers une période difficile et sans précédent, qui entraîne son lot d'occasions et de responsabilités pour les chefs de file du règlement des différends. Les praticiens de la PRD, plus particulièrement ceux qui forment le système de la PRD, peuvent être à la base d'un avenir meilleur soutenu par les valeurs fondamentales de l'IAMC, à savoir la responsabilisation, la collaboration, l'excellence, l'intégrité et le leadership.

Dans ses efforts sans relâche pour demeurer à la fine pointe des pratiques exemplaires en matière de PRD au Canada et dans le monde, l'IAMC continuera de mettre l'accent sur la compréhension de ses membres et de ses usagers et sur la réponse à leurs besoins, en travaillant en collaboration avec ses affiliés régionaux et en mobilisant ses membres dans le cadre d'importantes initiatives.

L'IAMC travaillera de concert avec ses affiliés pour soutenir ses membres, tant dans la pratique de la PRD, par la formation et l'information, que dans la promotion de la PRD auprès de ses usagers potentiels, en vue de donner à ses membres un accès à de nouvelles occasions professionnelles.

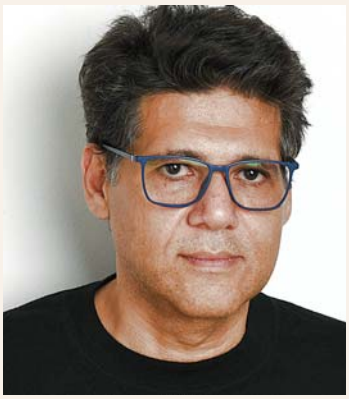
L'un de nos principaux objectifs est d'offrir de meilleurs avantages et services à nos membres et à nos clients. À cette fin, entre autres initiatives, l'IAMC construit une plateforme technologique évoluée pour mieux servir ses membres et promouvoir l'accès des usagers aux services offerts par les membres. En même temps, l'IAMC accroît les efforts de promotion de ses membres, de ses titres professionnels et de ses services auprès des entreprises et des gouvernements.

Fidèle à ses valeurs fondamentales, le soutien de jeunes praticiens récemment formés et la promotion de l'accès des minorités à la profession constituent non seulement une étape nécessaire de l'engagement de l'IAMC envers la diversité et l'inclusion, mais également un investissement dans la santé, la vigueur et l'avenir de notre profession.

La diversité et l'inclusion continueront d'être au cœur du travail de l'IAMC dans la poursuite de ces objectifs. Un élément essentiel pour y parvenir est le développement, en partenariat avec nos affiliés, de systèmes de soutien professionnel qui favorisent l'accès des nouveaux praticiens de la PRD non seulement à la formation, mais aussi aux occasions professionnelles, de sorte à bien les positionner pour réussir dans le domaine de la PRD.

En tant que principal organisme de règlement des différends au Canada, l'IAMC continuera de faire croître et de protéger la valeur de votre investissement dans votre adhésion et vos titres professionnels. Nous sommes heureux de votre soutien et de votre mobilisation et je suis honoré de l'occasion de vous servir. N'hésitez pas à me communiquer vos commentaires et vos défis (*eltonsimoes@adric.ca* *https://www.linkedin.com/in/eltonsimoes/*). Je suis toujours prêt à échanger.

Pour 2021, je vous souhaite la santé et la prospérité.



ELTON SIMOES, MBA, M.R.D, IDP-C, MÉD.A, ARB.B

Elton Simoes est un arbitre, un médiateur, un négociateur, un consultant, un administrateur et un dirigeant d'entreprise accompli. Il pratique l'arbitrage, la médiation et la médiation-arbitrage dans des différends commerciaux complexes, confidentiels et soumis à des délais serrés. Il a vécu, travaillé et étudié au Canada, aux États-Unis, en Amérique latine et en Europe. Il possède une solide formation universitaire en affaires, en droit, en gouvernance d'entreprise et en règlement des différends.

BLG | VOS AVOCATS AU CANADA

Une expertise canadienne de portée mondiale

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 des avocats chefs de file spécialisés dans le règlement des différends. Nos membres possèdent une vaste expérience de la représentation de clients actifs dans des secteurs variés, 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

Vos avocats au Canada

Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., S.R.L. est une société à responsabilité limitée de l'Ontario.

Écoutez

la conversation entre Nasser Chahbar, notre Rédacteur adjoint, et des médiateurs nouveaux et en herbe

La PRD est un domaine non réglementé ouvert aux praticiens de tous horizons. Cela en fait-il un domaine facile d'accès?

À la faculté de droit où j'ai eu le privilège d'étudier auprès de certains parmi les meilleurs praticiens de la PRD au Canada, il m'est apparu évident qu'être médiateur était pour moi un choix encore plus naturel que celui d'être avocat. Mon parcours vers la médiation comportait cependant de nombreux obstacles, notamment mon âge et mon « inexpérience ». D'autres pratiquants en herbe de la PRD m'ont dit qu'ils avaient eu à faire face à des sentiments limitatifs similaires et ils ont accepté d'en parler ouvertement. J'ai donc convoqué une table ronde virtuelle pour sonder et donner la parole à trois nouveaux praticiens et en herbe issus de divers milieux, afin qu'ils puissent parler de leurs expériences. J'espère qu'en recensant certains des défis auxquels ils font face, le domaine de la PRD pourra commencer à revoir ce que signifie être un praticien efficace. En même temps, je souhaite encourager et soutenir tous les pratiquants en herbe qui envisagent de se lancer dans l'un des parcours les plus enrichissants et les plus stimulants du monde professionnel d'aujourd'hui.

NASSER CHAHBAR, J.D., MÉD.B,
Nasser Chahbar est le propriétaire et directeur de *Chahbar Mediation Group*, un cabinet de PRD qui offre principalement des services de médiation en ligne. Il est coprésident de la section de médiation en ligne de l'*ADR Institute of Ontario*. Nasser est diplômé de Western University avec un B.A. en sociologie. Il a ensuite obtenu son diplôme en droit (J.D.) à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

Parlez-nous de vous et de ce qui vous a attiré vers la PRD.

***Laurence Laporte* - Mon intérêt pour la PRD vient d'un** intérêt plus large envers la compréhension des relations humaines.

Le différend est au cœur de nos vies, que ce soit au niveau interpersonnel ou au niveau social et politique plus large.

J'ai trouvé dans la PRD de nouvelles perspectives qui aident à mieux comprendre comment le différend, dans toutes ses dimensions, peut être utilisé comme une possibilité de changement constructif.

Il y a sept ans, j'ai eu l'occasion de me familiariser avec la PRD, grâce à une formation en médiation civile et commerciale. Cela a confirmé mon intérêt pour le travail avec les différends, le dialogue et les relations humaines. Après un diplôme en médiation interculturelle à l'Université de Sherbrooke, j'ai travaillé comme médiatrice sociale à l'Institut Pacifique, un organisme communautaire de Montréal. Dans ce rôle, j'ai animé des médiations et j'ai accompagné des personnes qui vivaient des différends, soit avec leurs voisins, dans leur milieu familial ou en lien avec des espaces communautaires partagés. J'ai par la suite continué à travailler au sein de cet organisme à titre de formatrice et de consultante en règlement des différends, dans des environnements de travail diversifiés. J'achève actuellement une maîtrise en travail social à l'Université de Montréal.

À titre de future travailleuse sociale, je n'ai pas l'intention de travailler particulièrement dans le domaine de la PRD pour l'instant. Cependant, je sais que je travaillerai sur les différends humains. Les outils et les perspectives que m'ont donnés mes antécédents en PRD m'aideront certainement à établir des relations de confiance avec les personnes et les familles et à les accompagner dans la gestion de leurs divers différends.

***Areta Marshall* - C'est la capacité d'aider les gens à s'aider** eux-mêmes qui m'a attirée vers la PRD. Ces gens ont leur mot à dire sur l'issue de leur différend.

Je n'avais pas l'intention de devenir médiatrice à plein temps. Je pensais d'abord devenir coach de vie et j'ai décidé de retourner aux études pour suivre des cours dans ce but. Au fil du processus, j'ai réalisé que la médiation avait également un sens pour moi, en tant que compétence transférable.

Le coaching et la médiation encouragent les gens à développer les compétences nécessaires qui les aideront à résoudre leur propre différend. Je vais certainement poursuivre une carrière dans la PRD et j'espère diriger ma propre entreprise un jour.

Je viens du domaine du droit administratif et des assurances. Je me considérerais comme une personne ordinaire, avec de nombreuses années de vie et d'expérience de travail derrière moi.

Au quotidien, mes proches et les membres de ma famille me demandaient mon avis, car ils étaient convaincus que je ferais toujours preuve de neutralité. J'ai constaté que si j'écoutais vraiment ce qu'ils avaient à dire et que je posais les bonnes questions, ils étaient capables de changer de perspective et de voir tous les côtés. Ils ont ainsi pu prendre des décisions plus éclairées

pour eux-mêmes. Cela me passionne et je suis heureuse de faire partie d'un tel milieu. C'est ce que la médiation m'apporte.

***Ryan Goodman* - Si, alors que je postulais dans des cabinets** d'avocats de droit commercial, vous m'aviez demandé comment je voyais ma carrière dans 12 ans, retourner à la faculté de droit n'aurait pas fait partie de mes plans. Mon parcours jusqu'à ce moment ne s'est pas fait en ligne droite. Par contre, chaque petit détour m'a emmené jusqu'ici et a renforcé ma croyance dans la valeur de la PRD pour la profession juridique.

Cela fait presque deux ans que j'ai ouvert ma pratique de médiation. J'en suis à un point où je la développe en ajoutant d'autres jeunes avocats qui possèdent des connaissances juridiques spécialisées différentes des miennes. J'ai certainement l'intention d'en faire une carrière.

J'ai commencé ma carrière juridique dans un grand cabinet d'avocats national, où j'ai pratiqué en fiscalité des entreprises et en litige fiscal. J'ai ensuite brièvement pratiqué en droit de la famille, avant de passer à la défense en assurance et de devenir associé dans un petit cabinet de litige à Toronto.

En 2017, j'ai obtenu mon certificat en règlement des différends de l'Université York. En 2018, j'ai créé ma propre entreprise, où je consacre l'ensemble de ma pratique à la médiation, principalement dans les domaines de l'assurance et des dommages corporels. J'ai par la suite obtenu mon accréditation de médiateur breveté (Méd.B.) auprès de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada.

Subissez-vous ou avez-vous subi des pressions compte tenu de votre âge ou de votre niveau d'expérience?

***Laurence Laporte* - Absolument. Autant la formation donne de** bonnes bases à intégrer dans le rôle de médiatrice, autant vous apprenez beaucoup par la pratique… et je crois que vous n'arrêtez jamais d'apprendre.

Ce qui m'a beaucoup aidée à gagner en confiance, c'est le fait d'être entourée d'une équipe de collègues formidables qui m'ont permis d'apprendre. J'ai souvent travaillé en comédiation, un travail formidable pour recevoir de la rétroaction constructive et pour découvrir vos forces et vos difficultés particulières. Je crois également que le fait de s'engager dans une pratique d'autoréflexion aide à mettre votre expérience à profit.

***Areta Marshall* - Des pressions? Certains jours, je me** demandais ce que je faisais! Je travaillais à plein temps, je travaillais à temps partiel et je suivais un programme de PRD très intensif à temps partiel à l'Université York.

Je songeais à changer de carrière à la moitié de ma vie et je ne savais pas trop ce que je faisais. Quand j'ai réalisé que c'était ma destinée, je suis restée concentrée sur mon objectif. Je faisais souvent de l'exercice, ou plutôt quand je le pouvais. Mon réseau de soutien, composé de personnes qui croyaient que je ferais une bonne médiatrice, m'a vraiment aidée.

***Ryan Goodman* - Les avocats peuvent être lents à changer.** Nous aimons les précédents! Comme jeune avocat, il est difficile de démarrer une pratique de médiation. En effet, certains avocats peuvent craindre de mettre de nouvelles personnes à l'essai, ou encore des personnes qui, à leur avis, n'ont pas assez d'expérience. J'ai trouvé que le meilleur moyen pour surmonter cette difficulté est de se préparer. Mon objectif pour chaque médiation est d'être plus préparé que l'avocat. Avant une médiation, je fais souvent des recherches de la jurisprudence et des lectures supplémentaires, outre tout ce qui est mentionné dans les mémoires, afin de bien connaître les nuances d'un schéma factuel particulier.

Comment avez-vous évolué depuis vos débuts?

***Laurence Laporte* - Je crois que travailler en tant que** médiatrice sociale m'a aidée à mieux écouter, car la médiation est avant tout de l'écoute. Ce qui m'a le plus marquée, c'est le pouvoir que le fait d'être entendue et reconnue peut donner à une personne, de constater à quel point elle peut s'ouvrir à vous lorsqu'elle se sent en sécurité, respectée et valorisée. À mon avis, c'est la meilleure partie du travail : sentir que vous avez déjà aidé quelqu'un en l'écoutant, en écoutant ses histoires, ses émotions, ses

Prix d'excellence en prévention et règlement des différends

Félicitations à William G. Horton, ancien rédacteur en chef et membre du comité de rédaction du Journal, est lauréat du Prix d'excellence de l'Association du Barreau de l'Ontario en méthodes alternatives de règlement des conflits. Le prix lui a été décerné le 3 décembre 2020. Le prix reconnaît les contributions et les réalisations de leadership, d'intégrité et de professionnalisme en prévention et règlement des différends. La rédactrice en chef actuelle du Journal, Geneviève Chornenki, a été la première lauréate de ce prix en 1999.

peurs. Ensuite, en tant que médiatrice sociale, votre rôle est d'aider les parties à s'écouter les unes et les autres, à partager, à se voir. Toutefois, vous savez qu'en tant que personne qui écoute, vous avez déjà joué un rôle en aidant les parties à donner un sens à leur différend et à se sentir reconnues.

***Areta Marshall* - À mon avis, il y a toujours place à l'évolution,** et la véritable évolution vient de l'apprentissage continu. Je constate que je suis moi-même plus sûre de moi que je ne l'étais auparavant dans ma façon d'aborder les choses. J'utilise les compétences que j'ai acquises pour poser les questions qui aideront une personne à mieux comprendre quels sont ses problèmes. Et maintenant, la plupart du temps, j'aborde ma vie en tant qu'observatrice. Je m'étonne de constater à quel point c'est naturel, alors que ça ne l'était pas il y a quelques mois.

***Ryan Goodman* - J'ai été personnellement surpris de voir à** quel point il est difficile, en tant qu'avocat, de se débarrasser de « l'avocat » comme caractéristique déterminante de mon identité professionnelle et personnelle. J'ai même commencé cette table ronde en disant : « Je suis avocat. »

Ces deux dernières années, je suis arrivé à un endroit où être avocat fait partie de ce que je suis en tant que professionnel, mais je ne suis plus défini par cette seule désignation.

Que pensez-vous que le domaine de la PRD, ou de la médiation en particulier, peut offrir au monde?

***Laurence Laporte* - La PRD peut être appliquée et intégrée à** de nombreux autres domaines. Je crois qu'une diversité de professionnels bénéficierait d'une formation en règlement des différends, non pas dans le but de travailler comme médiateurs brevetés, mais pour diversifier et enrichir leurs compétences et leurs perspectives. Je songe aux professionnels des domaines de la santé et des services sociaux, de la fonction publique, de l'éducation, de l'application de la loi et bien d'autres. Les jeunes gagneraient également à être initiés aux compétences en règlement des différends dès leur plus jeune âge. En somme, nous devons viser collectivement à ce que chaque personne soit habilitée à gérer les différends de manière constructive, dans une diversité de contextes. À cet égard, le domaine de la PRD a beaucoup à offrir. Il serait possible de bâtir davantage de ponts entre ce domaine et d'autres professions.

***Areta Marshall* - La PRD offre des choix et aide à établir un** équilibre. Avoir des choix vous donne la parole au sujet d'un résultat qui va dans votre intérêt supérieur. L'équilibre vous permet d'adopter une approche holistique pour remédier aux déséquilibres de pouvoir par la médiation. Je crois que la PRD a un bel avenir, compte tenu de ce qui se passe dans le monde aujourd'hui. Les tribunaux étaient surchargés avant et ils le demeurent avec la COVID-19. Cet arriéré prendra des années à se résorber. La PRD a été mise en œuvre précisément pour apporter de l'aide dans ces situations. Je crois que de nombreux systèmes juridiques réaliseront son importance dans le monde. Par ailleurs, pour ceux qui ne peuvent se permettre une longue bataille judiciaire, la médiation est une solution.

Je crois que les praticiens en herbe de divers horizons qui souhaitent apporter des changements dans un mode différent seront à l'avant-garde quand viendra le temps d'aider les gens à développer les compétences nécessaires pour trouver des options et des solutions par eux-mêmes grâce à la médiation. Nous vivons dans un monde relationnel différent de celui qui est privilégié par notre esprit. À mon avis, les personnes qui parviennent à trouver l'équilibre entre les deux sont plus aptes à faire preuve de créativité dans leur approche à l'égard du règlement des différends.

***Ryan Goodman* - Dans le domaine juridique, la PRD peut offrir**

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 des Règles nationales de médiation. - La norme idéale

des solutions rapides et abordables aux différends les plus litigieux. Vous allez découvrir mon nerd intérieur, mais il y a quelques mois, ma femme et moi avons revisionné les sept saisons de l'une de mes émissions préférées, *Star Trek: Next Generation*. J'ai réalisé que le capitaine Picard est, au fond, un médiateur. Une introspection a suivi. J'ai cherché à savoir si je me suis retrouvé là où je suis à cause de mon amour pour un personnage de fiction, mais j'ai aussi pris conscience que les médiateurs peuvent avoir une valeur intrinsèque aux échelles micro et macro.

À part mon côté nerd, à l'échelle macro, les médiateurs ont un rôle crucial à jouer dans notre système de justice, en particulier à la lumière de la pandémie. Compte tenu de la suspension et de la reprise répétées des procès civils devant jury en Ontario, les justiciables devront attendre des années avant d'accéder à la justice. La médiation est un processus qui réunit les parties en temps opportun, et la médiation en ligne rend la justice encore plus accessible. Elle n'est pas parfaite, mais je prédis la croissance de la médiation en ligne, car elle constitue une solution de rechange rentable qui permet d'alléger la pression exercée sur le système judiciaire en cette période de crise.

1 Note de la rédaction : Comme tous les praticiens de la PRD ne connaissent pas le terme « médiation sociale », nous avons demandé à Mme Laporte de nous l'expliquer. Voici ce qu'elle nous a écrit : « En français, on dit "médiation sociale", et c'est pourquoi j'ai traduit par "social mediation". Toutefois, "community mediation" pourrait aussi convenir, puisqu'il s'agit de médiation dans des contextes communautaires ou sociaux. Un autre terme utilisé en français pour désigner ce type de travail est "médiation citoyenne". Cependant, là où j'ai travaillé, nous faisions une distinction entre les "médiateurs sociaux" et la "médiation citoyenne", puisque cette dernière exige un médiateur *bénévole* qui fait partie de la communauté. Au contraire, à titre de médiateurs sociaux, nous étions rémunérés. Nous étions un type de *travailleur communautaire spécialisé en médiation* (entre membres de la famille, voisins, locataires et propriétaires, résidents et institutions ou organismes, etc.). De plus, la "médiation sociale" (comme nous l'entendons) est un service gratuit pour les participants. Là où j'ai travaillé, ce service en particulier était financé par un arrondissement de la ville, ce qui le rendait accessible à tous ses résidents. D'autres arrondissements de Montréal payaient aussi nos services dans des cas particuliers. Dans tous les cas, c'est la ville qui paie, jamais les résidents. »

Crédit photo : Audrey Mc Mahon

LAURENCE BOURCHEIX LAPORTE, (ELLE), M.A. EN MÉDIATION INTERCULTURELLE

Laurence termine actuellement sa maîtrise en travail social et a travaillé dans les dernières années avec différents organismes communautaires. Sa formation en médiation l'a amenée à travailler comme médiatrice sociale et conseillère en résolution de conflits à l'Institut Pacifique, un organisme communautaire de Montréal.

ARETA MARSHALL, MÉD.B

Areta Marshall a récemment obtenu son diplôme du programme de PDR à l'Université York et est actuellement membre de l'ADRIO et de l'IAMC. Areta a obtenu le titre Méd.B à la suite de son stage avec Bruce Ally, fondateur de *A Place for Mediation*, dans le domaine des dommages corporels et du droit du travail.

RYAN GOODMAN, B.A., LL.B., MÉD.B

Ryan a été admis au Barreau de l'Ontario en 2010. Il a commencé sa carrière en fiscalité des entreprises et en litige fiscal. Par la suite, il a brièvement pratiqué en droit de la famille, avant de passer à la défense en assurance et en dommages corporels. En 2018, il a fondé le *Goodman Mediation Group* où il agit à titre de médiateur dans les domaines de l'assurance et des dommages corporels. *www.goodmanmediationgroup.com*

La PRD asynchrone : faire tomber de leur piédestal les processus en personne

MARC BHALLA, LL.M. (RD), MÉD.A, ARB.B

Marc Bhalla, LL.M. (RD), Méd.A, Arb.B, membre du CIArb (il/lui) [biracial], est un médiateur, un arbitre et un formateur qui exerce sa profession en ligne. Marc est titulaire d'une maîtrise en droit en règlement des différends de la Osgoode Hall Law School. Il est médiateur agréé et détient des titres professionnels d'arbitre d'ordre national et international. Pour en savoir plus sur Marc, visitez *www.456dr.ca*.

Lorsque la pandémie de COVID-19 a fait des rassemblements une activité inappropriée, de nombreux praticiens du règlement des différends au Canada ont adopté le règlement des différends en ligne (« RDL »), en utilisant par exemple des plateformes comme Zoom, Teams ou d'autres modes de vidéoconférence. Les premières expériences ont tenté de reproduire les processus en personne. Bien que la vidéoconférence semble le permettre, un tel état d'esprit passe à côté d'occasions de combler les lacunes des processus en personne traditionnels. Autrement dit, le RDL nous donne la chance non seulement de reproduire les processus en personne, mais de les améliorer.

Le grand-père du RDL, Colin Rule, insiste sur les possibilités d'amélioration depuis des années, voire des décennies. En tant que directeur du RDL d'eBay et de PayPal de 2003 à 2011, Rule a constaté que les personnes qui participent à un litige ne souhaitent pas d'échanges vidéo avec la partie adverse. Ces personnes ne désirent pas non plus les tracas qu'entraîne la coordination des échanges en direct. En fait, selon Rule, les parties à un litige sur eBay ne se soucient même pas de connaître le vrai nom de la partie adverse[1]. En général, cette attitude impersonnelle est impensable pour ceux qui considèrent le processus de règlement des différends dans une optique traditionaliste.

Je préfère le RDL asynchrone, au format texte, à la vidéoconférence en temps réel, car il favorise l'accès à la justice. Dans ma pratique de médiation, l'élément le plus difficile est la planification. Je n'ai pas assez de doigts dans une main pour compter le nombre de participants à la plupart de mes médiations. Il est difficile de trouver un moment opportun où tout le monde est disponible pour se réunir et un lieu approprié et pratique. Alors que la vidéoconférence offre un certain degré de commodité en évitant les déplacements[2], elle exige quand même un échange en temps réel, ce qui peut être ardu pour des personnes occupées. Elle exige également un équipement de pointe et une connexion Internet stable. Les processus téléphoniques surmontent certains problèmes d'équipement, mais la problématique temporelle demeure.

Dans son livre de 2019, *Truth Be Told: My Journey Through Life and the Law*, Beverley McLachlin a expliqué comment son fils avait réglé un problème avec son propriétaire par une audience téléphonique. « Tout ce qu'il avait à faire était d'être au téléphone à une certaine heure, un certain jour, » écrit-elle[3] [TRADUCTION]. Comme pour les vidéoconférences, les audiences téléphoniques évitent en effet d'avoir à se réunir dans un lieu particulier, mais je souhaite aller plus loin. Pourquoi toutes les parties à un différend doivent-elles être disponibles pour le traiter en même temps?

Le RDL asynchrone au format texte n'exige pas la participation de tout le monde en même temps. Les parties contribuent au processus en plusieurs étapes, en respectant des délais de contribution. Songez à ce processus comme à des étudiants qui rédigent un travail dans le cadre d'un cours. Chacun fait ses recherches et rédige son devoir au moment où il lui est individuellement convenable de le faire, et tous respectent collectivement la date limite de remise. Dans le cadre du règlement des différends, cette flexibilité existe depuis les années 1990. Elle visait tout d'abord à éliminer les difficultés posées par la distance géographique et les différents fuseaux horaires. Dans les années 2020, elle est devenue nécessaire à l'échelle locale, puisque nous avons tous une vie occupée et des horaires variables. Avec le règlement des différends asynchrone, les participants n'ont pas besoin de s'absenter du travail ni d'engager des coûts pour s'adapter à la disponibilité des autres. En supprimant cette forme de planification, nous rendons le règlement des différends plus accessible.

Autant je suis un fervent adhérent de l'accessibilité accrue et des possibilités qui apparaissent avec la nature 24/7 du RDL au format texte, autant mon amie et conceptrice de processus approfondis, Nicole Aylwin, souligne l'envers de la médaille de l'accès à la justice. Le RDL au format texte risque-t-il d'être trop accessible? Le concept ne vise pas à améliorer la capacité des gens à faire quelque chose pour régler leurs différends; il modifie plutôt comment et quand ils participent. Quelles sont les répercussions pour des parties qui participent au règlement des différends dans l'interface familier de leur téléphone intelligent, alors qu'elles y sont collées 24 heures sur 24, 7 jours sur 7? Lorsque nous répartissons une médiation de trois à quatre heures en une série de plus petits morceaux sur trois à quatre semaines, quelle en est la conséquence sur la santé mentale des parties? Qu'en est-il du stress et de l'anxiété qui découlent des interactions anticipées et inconnues, y compris du moment où

elles peuvent avoir lieu? N'y a-t-il pas des moments où il vaut mieux tout régler en même temps et passer à autre chose? Je crois que ce sont là des considérations légitimes. Elles soulignent l'importance de tirer parti de la flexibilité offerte par le règlement des différends pour « adapter le forum au problème[4] ». Un processus clair, qui est compris par les participants et qui présente des limites claires sur le mode et le moment de participer, ainsi que sur les attentes envers les autres, peut répondre à certaines de ces préoccupations et permettre de tirer parti des avantages du RDL au format texte.

Dans mon expérience d'appui au RDL au format texte, j'ai observé deux réponses courantes et contradictoires des sceptiques à la question de savoir quels sont les processus les mieux adaptés. Certains estiment que les processus adversatifs sont mieux adaptés au RDL au forma texte, puisque les éléments du lien humain, qui entrent parfois en jeu dans des processus de conciliation comme la médiation, n'est pas nécessaire dans ces processus[5]. Ces éléments comprennent la possibilité de comprendre les intérêts et les intentions des autres parties au différend et de préserver les relations. Alors que les critiques du RDL citent l'absence de personnalisation, s'inquiètent de la confidentialité et déplorent l'occasion ratée de « créer une dynamique » présente lors d'une médiation en temps réel[6], la médiation en ligne au format texte offre des avantages absents des processus traditionnels. Parmi ceux-ci se trouve la possibilité d'utiliser des pauses entre les événements du processus pour obtenir des informations ou des conseils. Considérons également l'expérience de la procédure pour les participants.

Je connais beaucoup de gens qui ne sont pas à l'aise avec la méthode traditionnelle de commander une pizza. Parler au téléphone pour passer la commande et interagir en personne avec un inconnu à la réception de la pizza n'est pas l'idée que tout le monde se fait d'un moment agréable. Et voici la livraison de repas sans contact. L'option au format texte n'exige pas d'échange sonore ni physique en direct. Elle offre plutôt une communication plus approfondie en offrant le statut ponctuel de la livraison au-delà de toute garantie de délai offerte lors de la commande. La technologie est utilisée non seulement pour fournir des informations plus précises, ce qui ajoute un élément réassurant au processus, mais aussi pour rendre la participation au processus plus agréable. Dans cette optique, il faut se rappeler que plusieurs jeunes générations de Canadiens ne souscrivent pas à la mentalité du téléphone comme le moyen de communication le plus rapide et le plus confortable. Les recherches du professeur Noam Ebner sur le RDL ont confirmé que la communication au format texte est le principal mode de communication de plusieurs jeunes générations. Par conséquent, il constitue le mode de communication avec lequel les jeunes sont le plus à l'aise[7].

En prenant du recul, on constate que le cadre traditionnel de la médiation dans un cabinet d'avocats ou dans un lieu de réunion physique formel est intimidant et inconnu pour la personne moyenne. Je crois en la justice procédurale et je suis d'avis que l'expérience des participants au processus de règlement des différends est tout aussi importante que le résultat. Éliminer ce qui met les gens mal à l'aise ne peut qu'améliorer leur expérience. À cette fin, pendant que nous plaisantons sur le fait que la vidéoconférence a éliminé le besoin de vêtements formels en bas de la taille, le RDL au format texte nous offre plus que cela. Nous pouvons participer de partout, à tout moment et comme nous le souhaitons.

Si les hauts formels avec pantalon de pyjama définiront un jour la mode en temps de pandémie, le RDL asynchrone offre davantage que le bonheur d'une tenue confortable. Lorsque nous mettons sur un piédestal les processus en personne traditionnels et que nous cherchons à les reproduire, nous négligeons leurs lacunes, notamment les préjugés inhérents à la fois à la structure du processus et aux personnes qui y participent. Songez au racisme systémique et au sexisme. Considérez les préjugés inconscients que nous avons tous, inspirés de la façon dont les gens se présentent. Alors que les traditionalistes croient à tort que les signaux non verbaux sont supprimés dans le RDL au format texte[8], ne pas obliger les parties à se présenter physiquement ou de manière audible lorsqu'elles participent au règlement des différends comporte certains avantages. Ces derniers concernent non seulement les jugements que les autres nous imposent, mais notre autojugement lorsque nous nous identifions aux diverses étiquettes que la société utilise pour nous catégoriser. Parmi ceux-ci se trouvent les attentes sur la façon dont nous sommes « censés » nous comporter en raison de nos étiquettes de sexe, d'âge et de race. En offrant aux participants à un processus de règlement des différends la liberté de s'y engager en tant qu'eux-mêmes, et non pas selon la représentation qu'ils se font de ce que l'on attend d'eux, il est possible d'améliorer l'expérience de la procédure et d'éliminer le caractère artificiel intégré aux formalités de nos processus traditionnels[9].

Cela conduit à la deuxième critique courante du RDL au format texte. Cette critique qui favorise son utilisation pour des processus de conciliation, mais non pour des processus adversatifs. Le raisonnement sous-jacent appelle au degré d'aisance avec les méthodes traditionnelles, telles l'évaluation de la crédibilité et la pondération des éléments de preuve — la mentalité selon laquelle un décideur doit regarder le témoin dans les yeux pour déterminer sa crédibilité[10]. Cette critique néglige tous les biais qui entrent en jeu dans les méthodes traditionnelles. Par exemple, certaines cultures considèrent qu'il n'est pas respectueux de regarder la personne qui décide dans les yeux. De même, une personne souffrant d'anxiété pourrait être physiquement incapable de le faire[11]. Même si je crois que la technologie nous offre des options pour créer un processus au moins tout aussi approprié que le processus traditionnel, je voudrais aller un peu plus loin en évoquant à nouveau l'expérience procédurale. Considérez l'environnement intimidant dans lequel un témoin offre traditionnellement un témoignage, ainsi que l'expérience du processus pour les parties qui se représentent elles-mêmes.

Ce sentiment reconnaît que les personnes touchées par la détermination d'un décideur doivent, pour accepter cette décision, avoir l'impression d'avoir été entendues et d'avoir eu la possibilité de présenter des arguments complets[12]. L'une des préoccupations est que le RDL au format texte puisse empêcher les parties de croire qu'elles ont eu « leur moment en cour ». Je crois que cela revient au fait que les décideurs doivent faire preuve d'empathie avec les personnes qui se trouvent devant eux, plutôt que de se concentrer sur la plateforme utilisée pour la procédure. Il existe différentes façons de faire

preuve d'empathie. Nous connaissons tous des juges qui participent à des débats en direct sans empathie aucune pour les personnes devant eux; la même dynamique peut s'appliquer aux arbitres qui font leur travail à l'abri des regards du public. Le RDL n'empêche pas les décideurs de faire preuve d'empathie. Plutôt, les occasions de démontrer de l'empathie se manifestent différemment dans un environnement asynchrone au format texte. Il faut en tenir compte.

En fin de compte, le RDL est perturbateur. Vous ne pouvez pas simplement prendre un processus traditionnel et y ajouter de la technologie pour réaliser le plein potentiel du RDL. Différentes approches et compétences sont nécessaires. Une réflexion plus approfondie devrait être accordée à la conception des processus, au-delà d'une simple tentative de reproduire les processus en personne traditionnels.

1 Rule, Colin, *ODR — Essential Skills for Resolving Disputes Remotely*, Osgoode Hall Law School, 18 juin 2020 [non publié]. Colin Rule a prononcé le discours d'ouverture de ce programme.

2 Pour être franc, la vidéoconférence n'a pas vraiment éliminé le besoin de trouver un lieu de réunion, puisque chaque participant doit quand même trouver un emplacement physique approprié pour se joindre à la réunion. Ce que la vidéoconférence permet d'éliminer, ce sont les coûts associés à la recherche d'un lieu commun où tous peuvent être présents, y compris le coût de la location d'une salle (le cas échéant), les déplacements et le stationnement.

3 McLachlin, Beverley. *Truth Be Told: My Journey Through Life and the Law*, Toronto, Simon & Schuster, 2019, p. 316.

4 Sander, Frank E.A. « The Varieties of Dispute Processing », The Pound Conference, St. Paul, Minnesota, avril 1976.

5 Cette expérience comprend ce que certains appellent les aspects « délicats » de la médiation, qui aident les personnes parties à un différend à mieux se comprendre et qui offrent la possibilité d'améliorer les relations.

6 Je crois qu'il existe des possibilités d'échanges synchrones au sein des processus asynchrones. La flexibilité de ces processus n'exige tout simplement pas que chaque partie soit disponible au même moment.

7 Ebner, Noam. « Negotiation via Email », « Negotiation via Text Messaging » et « Negotiation via Videoconferencing », publiés sous la direction de Honeyman, Christopher et Andrea Schneider (dir.), *The Negotiator's Desk Reference*, vol. 1, nº 45, St. Paul, DRI Press (2017), p. 115-170 [en anglais seulement].

8 En fait, les processus au format texte présentent des signaux non verbaux, mais ils le font d'une autre manière. Pour les comprendre, une sensibilisation culturelle est nécessaire.

9 Bhalla, M.A., « Gender Identity & Text-Based, Online Mediation », *La revue de règlement des différends de McGill,* vol. 6 nº 3 (2019-2020), 57-75; en ligne : <https://mjdr-rrdm.ca/articles/volume-6/gender-identity-text-based-online-mediation/> [perma.cc/KN64-UH3K] [en anglais seulement].

10 Bhalla, Marc. « Catch Up or Get Left Behind… Arbitrating Online in 2019 » (présenté lors de « Expanding the Pie », 34e assemblée générale annuelle et conférence de l'ADR Institute of Ontario, Toronto, 6 juin 2019 [non publié].

11 Bhalla, Marc. « Let's Talk – Helping is What ADR Practitioners Do », *ADR Athletics,* 29 janvier 2020; en ligne : <https://adrathletics.ca/home/letstalk>.

12 Jacob, Robin. « Knowledge of the World and the Act of Judging », *Osgoode Review of Law and Policy*, vol. 2.1 (2014), 22-28, p. 25.

Choix de la loi applicable aux conventions d'arbitrage : commentaire sur l'affaire *Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb,* [2020] UKSC 38

LAUREN TOMASICH, LL.B

Lauren est partenaire du contentieux à Osler et personne-ressource principale du Groupe d'arbitrage national et international. Lauren possède une vaste expérience de l'arbitrage national et international, sous diverses règles de procédure. Elle s'intéresse particulièrement aux moyens de mettre à profit la procédure d'arbitrage pour un règlement efficace des différends visant l'atteinte des objectifs stratégiques et commerciaux des parties.

STEPHEN ARMSTRONG, J.D.

Stephen Armstrong est associé à la firme Osler, Hoskin et Harcourt, s.r.l. C'est un passionné du droit de l'arbitrage. En 2019-2020, il a été auxiliaire juridique auprès de l'honorable Suzanne Côté, juge à la Cour suprême du Canada.

Une décision récente de la Cour suprême du Royaume-Uni peut faciliter la détermination de la loi applicable à une clause d'arbitrage dans un contrat commercial, lorsque les parties n'ont pas explicitement exprimé cette préférence.

Un contrat commercial international contenant une clause d'arbitrage engage potentiellement trois systèmes de loi distincts. Le premier est la loi applicable au contrat principal contenant la clause d'arbitrage. Le deuxième est la loi procédurale de l'arbitrage, soit la loi sur l'arbitrage du « siège » ou du lieu choisi pour l'arbitrage dans la clause d'arbitrage. Le troisième système potentiellement pertinent est la loi applicable à la clause d'arbitrage qui régit, entre autres, la validité et la portée de la convention entre les parties de soumettre les différends à l'arbitrage.

Les parties aux contrats commerciaux internationaux incluent souvent un choix explicite de la loi applicable au contrat principal et la loi du siège de l'arbitrage, mais l'omettent en général pour la loi qui régit la clause d'arbitrage elle-même. Par exemple, les parties peuvent stipuler que leur accord est régi par la loi russe, et tout différend devant être résolu par arbitrage à Londres, en Angleterre. Dans ce cas, la loi applicable au contrat principal est la loi de la Russie et la loi applicable à la procédure de l'arbitrage est la loi de l'Angleterre. Mais quelle loi régit les questions relatives à la clause d'arbitrage elle-même?

La loi applicable à la clause d'arbitrage est une question importante dont il faut tenir compte lors de la rédaction de contrats internationaux contenant une clause d'arbitrage. En particulier, lorsque les parties choisissent la loi d'une juridiction pour régir le contrat principal et prévoient un siège d'arbitrage dans une autre juridiction, des questions importantes, telles la question de savoir si un différend relève du champ d'application de la clause d'arbitrage ou la validité de la clause, peuvent être décidées différemment dans ces différents systèmes juridiques. Ce scénario soulève la difficile question de savoir si les parties ont voulu que la clause d'arbitrage soit régie par la loi applicable au contrat principal ou par la loi du siège de l'arbitrage.

La Cour suprême du Royaume-Uni a récemment prodigué des conseils utiles sur cette question dans l'affaire *Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb,* [2020] UKSC 38. Elle a établi une règle générale selon laquelle le choix de la loi applicable au contrat principal doit être interprété comme le choix implicite de la loi par les parties pour la convention d'arbitrage, même lorsque la loi applicable au contrat principal diffère la loi du siège de l'arbitrage. En l'absence de *tout* choix de loi, cependant, la Cour a estimé que la loi du siège de l'arbitrage sera généralement le système juridique le plus étroitement lié à la convention d'arbitrage et, par conséquent, la loi applicable à la clause d'arbitrage.

Contexte général et historique de la procédure

En février 2016, une centrale électrique de Berezovskaya, en Russie, a été gravement endommagée par un incendie. Enka était un sous-traitant dans la construction de l'usine et Chubb était l'assureur du propriétaire de l'usine. Le propriétaire avait cédé les droits détenus par l'entrepreneur général dans le cadre de son contrat de sous-traitance avec

Enka. En mai 2019, exerçant son droit de subrogation, Chubb a engagé une procédure devant un tribunal de Moscou contre Enka pour des dommages-intérêts liés à l'incendie de l'usine.

Le contrat de sous-traitance d'Enka, cependant, contenait une clause prévoyant un arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, et établissant Londres, en Angleterre, comme lieu de l'arbitrage. Enka a entamé une procédure devant la Cour de commerce d'Angleterre, demandant une ordonnance interdisant à Chubb d'intenter une action qui soit en violation de la clause d'arbitrage (injonction anti-poursuites). Elle a également demandé au tribunal de Moscou de suspendre le procès.

Les parties ont adopté des positions opposées sur la loi applicable à la clause d'arbitrage. Chubb a fait valoir que la clause d'arbitrage était régie par la loi russe, puisque les parties avaient implicitement choisi la loi russe pour le contrat principal. Elle a également soutenu que la Cour de commerce anglaise devrait refuser de se prononcer sur la question par courtoisie ou discrétion judiciaire[1], étant donné la procédure de suspension en instance devant le tribunal à Moscou. Enka, pour sa part, a fait valoir que la clause d'arbitrage était régie par la loi anglaise en tant que loi du siège de l'arbitrage. Elle a également soutenu qu'un tribunal anglais pouvait accorder une injonction anti-poursuites, peu importe la loi applicable, puisque l'arbitrage avait pour siège l'Angleterre.

La Cour de commerce a rejeté la demande en injonction anti-poursuites d'Enka, au motif que l'Angleterre n'était pas le forum le plus approprié pour demander un tel recours[2]. La Cour d'appel anglaise a infirmé la décision de la Cour de commerce et a accordé l'injonction anti-poursuites. La Cour d'appel a conclu que le siège de l'arbitrage est toujours un forum approprié pour demander une injonction anti-poursuites[3]. La Cour d'appel a également établi une règle générale selon laquelle, en l'absence de choix explicite de la loi applicable à la convention d'arbitrage, la loi du siège de l'arbitrage devrait être considérée comme le choix implicite présumé de la loi applicable à la clause d'arbitrage[4].

La décision de la Cour suprême

Dans un jugement majoritaire de trois juges sur cinq, la Cour suprême du Royaume-Uni a rejeté l'appel de Chubb, confirmant ainsi la décision de la Cour d'appel anglaise d'accorder l'injonction anti-poursuites. À l'unanimité, les cinq membres de la Cour n'étaient toutefois pas d'accord avec la décision de la Cour d'appel, selon laquelle la loi du siège de l'arbitrage devrait être le choix présumé de la loi applicable à la clause d'arbitrage. Ils ont plutôt estimé que, lorsque les parties ont choisi une loi pour régir le contrat principal, ce choix doit être leur choix présumé pour la clause d'arbitrage.

Lord Hamblen et Lord Leggat ont rédigé les motifs pour la majorité. Ils commencent par l'analyse bien connue du choix de la loi applicable en deux étapes de la common law, qui prévoit qu'un contrat est régi par : 1) la loi expressément ou implicitement choisie par les parties; ou 2) à défaut d'un tel choix, la loi avec laquelle le contrat a le lien le plus étroit et le plus réel[5]. En appliquant ce cadre, la majorité a estimé qu'un choix de loi pour le contrat principal, qu'il soit explicite ou implicite, doit généralement être interprété comme un choix implicite de la loi applicable à la clause d'arbitrage[6]. Les juges dissidents, Lord Burrows et Lord Sales, étaient d'accord avec la majorité sur ce point[7]. La majorité s'est appuyée sur la pure logique, selon laquelle « la clause d'arbitrage fait partie du contrat dont les parties ont convenu qu'il serait régi par le système juridique précisé[8] » [TRADUCTION]. Ils ont estimé que cette approche apporte de la certitude, de l'uniformité et de la cohérence, tout en évitant une complexité et un élément artificiel inutiles[9]. Il faut cependant souligner qu'il ne s'agit que d'une présomption de choix implicite, qui peut être réfutée lorsque les circonstances justifient une inférence différente.

La majorité a également fourni des indications sur les cas où la présomption peut être réfutée. En particulier, elle a réaffirmé ce qu'elle a appelé le « principe de validation », un principe général d'interprétation contractuelle qui prévoit qu'une interprétation qui confirme la validité du contrat doit être préférée à une interprétation qui le rendrait invalide ou inefficace d'un point de vue commercial[10]. De l'avis de la majorité, s'il existe un risque sérieux que la clause d'arbitrage soit invalide ou inopérante en vertu de la loi choisie pour le contrat principal, il est possible d'en déduire que les parties n'avaient probablement pas l'intention que leur clause d'arbitrage soit régie par cette loi. En outre, la majorité a reconnu qu'un choix de siège d'arbitrage peut impliquer un choix implicite de la loi applicable à l'arbitrage lorsque la loi du siège d'arbitrage exige qu'un arbitrage soumis à sa loi procédurale le soit également à sa loi substantielle en matière de clauses d'arbitrage[11].

En l'absence de choix de loi explicite ou implicite pour le contrat principal ou pour la clause d'arbitrage, la majorité a estimé que

Dentons. Un chef de file en 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 un membre de notre équipe canadienne.

Dentons, le cabinet d'avocats du futur.

大成 DENTONS

dentons.com

© 2021 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

la loi du siège d'arbitrage a généralement le lien le plus étroit et le plus réel avec la clause d'arbitrage[12]. Il en est ainsi parce que la common law accorde une grande importance au lieu d'exécution en tant que facteur de rattachement et que le siège de l'arbitrage est le lieu d'exécution de la convention d'arbitrage[13]. La loi applicable au contrat principal, en revanche, est moins susceptible d'avoir un lien aussi important avec la clause d'arbitrage, car les obligations de fond du contrat principal visent un objet et un objectif distincts de ceux de la convention d'arbitrage, et les parties choisissent souvent un siège neutre pour l'arbitrage, sans lien avec le lieu d'exécution des obligations de fond du contrat principal[14]. La majorité a également souligné que son approche était conforme au sous-alinéa 36 (1) a) i) de la *Loi type de la CNUDCI* et à l'alinéa V (1) a) de la *Convention de New York*, interprétés comme suggérant que la loi du siège de l'arbitrage devrait être considérée comme un facteur de rattachement important dans l'analyse du choix de la loi[15]. Les juges dissidents se sont dissociés de la majorité sur ce point. À leur avis, la loi applicable au contrat principal est généralement celle qui a le lien le plus étroit et le plus réel avec la clause d'arbitrage[16].

La majorité a également discuté du commentaire de la Cour de commerce voulant que l'Angleterre ne soit peut-être pas le forum le plus approprié pour accorder une injonction anti-poursuites. De l'avis de la majorité, la Cour de commerce a erré en cette matière, puisque l'effet du choix de Londres, en Angleterre, comme siège de l'arbitrage est une subjugation à la compétence des tribunaux anglais pour accorder une injonction en vue d'empêcher les parties d'agir en violation de leur convention d'arbitrage[17]. En réponse à la prétention de Chubb, à savoir qu'un tribunal anglais devrait néanmoins s'en remettre au tribunal étranger pour des raisons de courtoisie, la majorité a déclaré que la courtoisie avait « peu ou pas de rôle à jouer dans les cas où une injonction anti-poursuites est demandée pour violation de contrat »[18] [TRADUCTION]. Les juges dissidents ont convenu avec la majorité que les tribunaux anglais n'étaient pas tenus de reporter leur décision en attendant l'issue d'une procédure devant un tribunal étranger[19].

Sur le fond de l'appel, la majorité a conclu que le contrat de sous-traitance ne contenait ni un choix explicite ni un choix implicite de la loi applicable[20]. Elle a donc conclu que la loi applicable à la convention d'arbitrage est le droit anglais, car le siège de l'arbitrage est Londres, en Angleterre[21]. Chubb n'a pas contesté le fait que, si la

Communiquez votre message
aux spécialistes en PRD et aux clients dans tout le Canada!

Tarifs compétitifs et options de marketing

PUBLIEZ UNE ANNONCE DANS :

- le prestigieux ***Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien***, publiée deux fois par an, distribué à plus de 2 400 membres de l'IAMC, membres de cabinets, d'organisations et de bibliothèques, et maintenant disponible sur *CanLII*
- le bulletin ***Perspectives PRD***, publié au format électronique quatre fois par an, distribué à plus de 2 400 membres de l'IAMC et des utilisateurs finaux de services de PRD, y compris les avocats internes et leurs parties
- le ***Bulletin de l'IAMC***, publié au format électronique et envoyé mensuellement aux 2 400 membres de l'IAMC dans tout le Canada
- le bulletin « ***ADR Canada – News & Events*** », au format électronique, en anglais uniquement, envoyé quatre fois par an aux membres collectifs, intervenants et amis de l'IAMC

à partir de seulement **158$** par encart

Profitez des publicités créatives de l'IAMC pour promouvoir vos services.

CONSULTEZ NOTRE CARTE DE TARIFS
416-487-4733 / sans frais 1-877-475-4353
advertising@adric.ca

clause d'arbitrage est régie par le droit anglais, il n'y a alors aucune raison de modifier l'ordonnance de la Cour d'appel. Sur ces motifs, la majorité a rejeté l'appel. Les juges dissidents auraient cependant conclu que les parties avaient implicitement choisi la loi russe pour régir le contrat de sous-traitance et que ce choix doit s'étendre à la clause d'arbitrage[22]. Ils auraient par conséquent renvoyé la demande à la Cour de commerce pour trancher les questions en vertu de la loi russe.

Service d'accréditation des cours de l'IAMC

L'IAMC est une source d'information de premier plan en matière de formation et de cours en PRD pour l'ensemble du Canada. Faites vos demandes d'information à ce sujet à la page Service d'accréditation des cours de notre site Web. Un cours accrédité par l'IAMC permet d'inscrire votre institution sur notre site Web et vous donne le droit d'affirmer que votre cours satisfait, en tout ou en partie, aux critères des titres professionnels de l'IAMC.

Apprenez-en davantage.

Commentaire

Les lignes directrices de la Cour suprême du Royaume-Uni sont les bienvenues. Cette question de common law est sous-développée dans la jurisprudence canadienne. Il convient de noter que les piliers fondamentaux des motifs de la majorité sont généralement applicables dans toutes les juridictions de common law du Canada. La jurisprudence canadienne de la common law utilise le même cadre juridique de choix en deux étapes pour les contrats[23]. Les provinces de common law ont adopté des lois de mise en œuvre de la *Loi type de la CNUDCI* et de la *Convention de New York*, qui, comme il a été mentionné, contiennent des dispositions suggérant que la loi du siège de l'arbitrage devrait être un facteur de rattachement fort en l'absence d'un choix de la loi applicable. Ainsi, la décision de la Cour suprême du Royaume-Uni semble persuasive pour une cour ou un tribunal d'arbitrage qui applique les règles canadiennes du choix de la loi de la common law aux contrats internationaux qui contiennent une convention d'arbitrage.

La situation n'est pas aussi claire en ce qui concerne les contrats interprovinciaux. Les règles de la common law en matière de choix de la loi applicable s'appliquent aussi aux contrats interprovinciaux[24]. Il n'y a toutefois pas d'équivalent au sous-alinéa 36 (1) a) (i) de la *Loi type de la CNUDCI* ni à l'alinéa V (1) a) de la *Convention de New York* dans la législation nationale sur l'arbitrage pour suggérer une règle par défaut en faveur de la loi du siège de l'arbitrage en l'absence de choix. Par conséquent, l'approche des juges dissidents consistant à privilégier la loi applicable au contrat principal par rapport à la loi du siège de l'arbitrage comme ayant un lien plus étroit et plus réel avec la clause d'arbitrage pourrait avoir un certain poids dans le cas d'arbitrages nationaux prévoyant un lieu d'arbitrage différent par rapport à la source de la loi applicable au contrat principal. Néanmoins, la jurisprudence canadienne présente des règles cohésives en matière de choix de la loi applicable, par opposition à une distinction entre les contrats internationaux et les contrats interprovinciaux.

Dans l'ensemble, la décision de la Cour suprême du Royaume-Uni d'établir une règle générale assimilant le choix des parties de la loi applicable au contrat principal au choix implicite de la loi applicable à la clause d'arbitrage semble être conforme à la pratique et aux attentes commerciales. Il n'est pas rare de voir des clauses de loi applicable et des clauses d'arbitrage rédigées en parallèle dans les contrats internationaux. Néanmoins, les parties qui accordent la priorité à la certitude en matière de loi applicable à leur convention d'arbitrage peuvent envisager d'exprimer un choix de loi particulière pour la clause d'arbitrage dans leur contrat. Les parties doivent toutefois garder à l'esprit qu'un choix explicite de la loi applicable à la convention d'arbitrage laisse peu de place, sinon aucune, à l'application du principe de validation si le choix de la loi aboutit au caractère inexécutoire de la clause d'arbitrage. Comme toujours, le choix du siège de l'arbitrage, de la loi applicable au contrat principal et de la loi applicable à la clause d'arbitrage doit être soigneusement réfléchi, étant donné son importance pour garantir l'efficacité de l'engagement des parties à soumettre leurs différends à l'arbitrage.

1 L'expression « courtoisie judiciaire » fait référence à la déférence et au respect que les tribunaux nationaux accordent aux décisions des tribunaux étrangers.
2 *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Ors*, [2019] EWHC 3568 (Comm), paragr. 113.
3 *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Ors*, [2020] EWCA (Civ.) 574, paragr. 42.
4 *Ibid.*, paragr. 91, 109.
5 *Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb*, [2020] UKSC 38, paragr. 27. Certains tribunaux divisent le critère en trois éléments : 1) choix explicite de la loi; 2) choix implicite de la loi; et 3) le lien le plus réel et le plus substantiel. Il ne semble cependant pas y avoir de différence de fond entre ces différentes formulations. Voir *BNA v. BNB*, [2019] SGCA 84, paragr. 44-48.
6 *Ibid.*, al. 170 (iv).
7 *Ibid.*, paragr. 266.
8 *Ibid.*, paragr. 43-58.
9 *Ibid.*, paragr. 53.
10 *Ibid.*, paragr. 95-109.
11 *Ibid.*, paragr. 94.
12 *Ibid.*, paragr. 121.
13 *Ibid.*, paragr. 121.
14 *Ibid.*, paragr. 122-123.
15 *Ibid.*, paragr. 127-128, 132-136.
16 *Ibid.*, paragr. 257.
17 *Ibid.*, paragr. 174, 179.
18 *Ibid.*, paragr. 180.
19 *Ibid.*, paragr. 261, 293.
20 *Ibid.*, paragr. 155.
21 *Ibid.*, paragr. 156-169, 171.
22 *Ibid.*, paragr. 207-230.
23 *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Segundo Casteleiro Y Colmenares*, [1967] SCR 44, 62 DLR (2d), 138; *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Company,* [1939] AC 277, [1939] 1 All ER 513 (JCPC).
24 *Lilydale Cooperative Limited v. Meyn Canada Inc.,* 2015 ONCA 281.

Titres professionnels pour médiateurs et arbitres

Les titres professionnels décernés par l'IAMC dans les domaines de la médiation et de l'arbitrage identifient et distinguent ceux qui les détiennent. Ils prouvent aux clients potentiels que vous avez suivi la formation requise et que vous possédez un niveau d'expérience reconnu par vos pairs, selon l'évaluation objective d'un comité de praticiens chevronnés et respectables.

Méd.A, Méd.B, Arb.A, Arb.B, Méd.-Arb.A, et maintenant, expert familial, tel que Méd.B(Fam)!

L'apposition de ces titres[1] à votre nom accroit votre crédibilité et met en avant vos compétences. Reconnus à l'échelle du pays, ces titres indiquent que vous appartenez à une organisation nationale qui se consacre à la promotion des PRD et soulignent votre engagement dans l'exercice de vos fonctions et votre désir de vous perfectionner par la formation continue.

Les titres Méd.A (médiateur agréé) et Arb.A (arbitre agréé) sont les principaux titres généralistes canadiens des médiateurs et des arbitres de haut niveau; ce sont les titres les plus élevés décernés par l'IAMC.

Les titres Méd.B (médiateur breveté) et Arb.B (arbitre breveté) sont des titres de premier niveau. Ils reconnaissent une formation et une expérience moyenne et constituent une base solide pour l'obtention d'un titre d'échelon supérieur.

Le nouveau titre Méd.-Arb.A (médiateur-arbitre agréé) est offert aux membres qui détiennent à la fois le titre Méd.A et le titre Arb.A et qui ont suivi une formation particulière de l'IAMC. Le titre Méd.-Arb est unique dans le monde des PRD. Il exige un processus distinct, conçu pour répondre aux besoins des parties dans un processus de règlement des différends personnalisé. Pour l'obtenir, le praticien doit faire preuve d'un haut niveau de compétence.

Ces titres sont reconnus et respectés dans l'ensemble du Canada et à l'échelle internationale. Ils sont souvent considérés comme étant le critère minimum pour être inscrit sur les listes de spécialistes, y compris celles du gouvernement fédéral.

Pour obtenir plus de renseignements et pour connaitre les critères d'admissibilité, visitez *ADRIC.ca/fr*

[1] Tous les titres sont des marques commerciales (MC) de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada. inc.

La conception d'un processus transformateur pour le règlement des différends

ALI SOLEYMANIHA

Doté d'une expérience en génie et en conception de systèmes, Ali est un coach expérimenté en différends et en négociation. Il possède plus de 20 ans d'expérience en coaching dans la gestion des différends, en formation à la négociation, en gestion du changement et en développement d'équipes opérationnelles et stratégiques auprès d'organisations de plusieurs secteurs, notamment l'informatique, l'électronique, l'automobile, la pétrochimie et les services bancaires et financiers.

Introduction

Avant de concevoir ou de mettre en œuvre un processus de règlement des différends, il faut un processus de planification pour éviter les surprises et les pièges ainsi que pour minimiser le risque d'échec. Sans une planification évoluée, il n'y a pas de direction vers laquelle aller, pas de priorités sur lesquelles concentrer des ressources limitées, et aucun sentiment d'avancement ni de réussite. D'un autre côté, on ne peut pas prédire ni se préparer à chaque possibilité. Dès le début de la mise en œuvre, il faudra ajuster, adapter, corriger le tir et changer en réaction à des découvertes ou à des situations imprévues, en particulier face à ces systèmes dynamiques que sont les êtres humains — qui peuvent percevoir, penser et réagir de nombreuses façons, créant de nouvelles possibilités à chaque tournant et rendant inefficaces les plans conçus précédemment.

Cet article explore les caractéristiques des systèmes complexes et suggère un nouveau cadre pour la conception des processus de règlement des différends. Il tient compte la nature dynamique et complexe des systèmes humains et de la qualité en constante évolution des systèmes de règlement des différends.

Notre tendance aux modèles par étapes

Quel que soit le cadre ou le modèle utilisé, la conception des processus de règlement des différends commence par un concepteur qui donne un sens au différend, saisit la dynamique du comportement chez tous les participants, comprend la situation et le contexte dans lesquels le différend s'est produit, acquiert une compréhension des objectifs et établit le fondement sur laquelle le système doit être construit.

Alors que nous tentons de comprendre la dynamique de la conception du processus de règlement des différends, notre perception par étapes et notre cerveau, axé sur la catégorisation, nous poussent naturellement vers des visualisations comme celle que l'on retrouve à la figure 1. Cette approche réductionniste, qui repose essentiellement sur principe de la non-contradiction d'Aristote[1], est nettement répandue aujourd'hui. Elle nous incite à regrouper, par habitude, des activités similaires en étapes ou en stades, suivis d'autres étapes ou stades. Le plus souvent, cette même approche par étapes a servi à modéliser le comportement humain ou les interactions humaines.

Les modèles aident l'esprit d'un débutant à mieux saisir un système complexe en lui permettant de se concentrer sur ses aspects essentiels (étapes, catégories). La réalité de la vie est cependant beaucoup plus complexe. Les étapes, phases ou stades de ces modèles sont si indissociablement interconnectés et intrinsèquement imbriqués que, dans le monde réel, ils se matérialisent rarement isolément les uns par rapport aux autres.

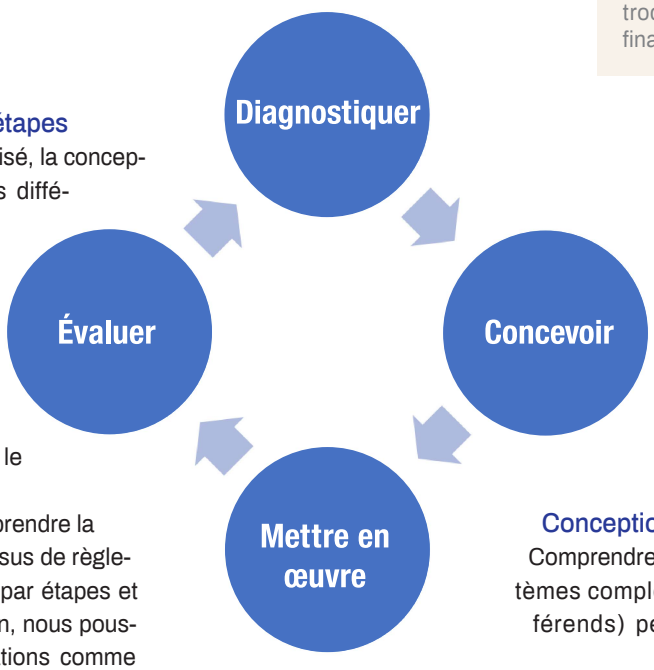


Figure 1.
Les quatre étapes de base de la conception d'un système de règlement des différends, adapté de Sander et Bordone (2005)

Conception de systèmes complexes

Comprendre la dynamique et la nature des systèmes complexes (y compris les systèmes de différends) permet l'émergence d'une approche plus holistique, comme l'illustre la figure 2.

Plus un système est complexe, plus ses composants et son fonctionnement interne seront interdépendants. En conséquence, même le lancement d'un diagnostic créera un changement au sein du système, provoquant la « mise en œuvre » en même temps que le « diagnostic ».

Imaginez que deux collègues choisissent un tiers pour régler leur différend ou les accompagner dans leur différend. Les premières questions et les dialogues initiaux entre les participants auront des effets sur l'ensemble des personnes qui interviennent dans le

processus : les esprits curieux commencent à absorber les signaux visuels, auditifs et tactiles (p. ex., la poignée de main), acquérant plus de connaissances et se forgeant une compréhension de ceux qui les entourent. Toute question posée par le spécialiste du règlement des différends peut déclencher des émotions et développer la compréhension de l'une ou l'autre des parties.

Lorsqu'il s'agit de systèmes complexes, il est presque impossible de poser un diagnostic sans provoquer de changement. Dès que le concepteur commence à interagir avec les participants, le processus de changement est entamé. Il peut s'avérer extrêmement difficile de déterminer le moment précis où commence ou s'achève l'étape « Diagnostiquer ».

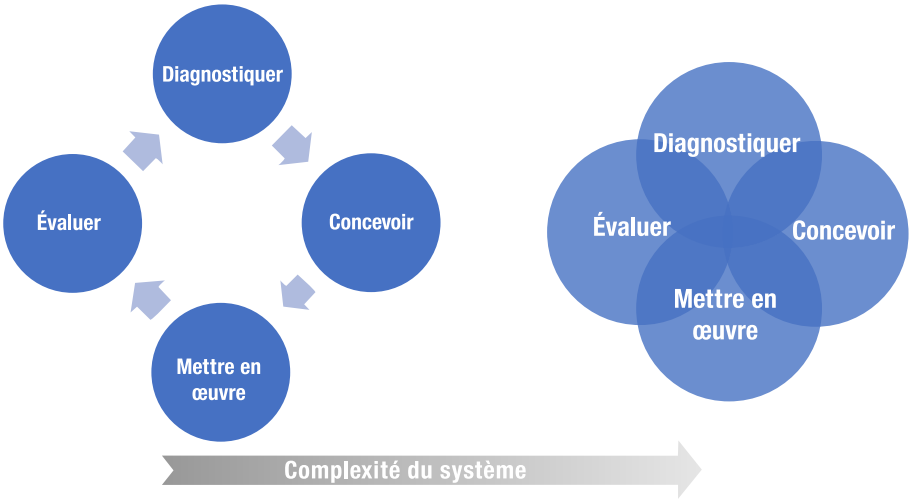


Figure 2.
D'une approche réductrice à une approche holistique

Ce défi est également présent du côté « Évaluer » du processus traditionnel. Plus le praticien du règlement des différends est habile, mieux il observe et reçoit la rétroaction, en particulier celle qui émerge inconsciemment (p. ex., le langage corporel), évalue continuellement sa performance et ses effets, et ajuste très légèrement ses tactiques et ses questions en conséquence tout en poursuivant le dialogue.

Le comportement humain est d'une complexité incommensurable : de multiples événements se produisent simultanément, tout est interdépendant et tout a un effet sur tout. L'emploi des modèles réductionnistes traditionnels pour faire face à un système aussi variable et complexe revient davantage à tenter de gérer le comportement et l'attitude d'un enfant à l'aide du modèle de la carotte et du bâton; ce modèle qui pourrait fonctionner sur certains animaux, et encore, seulement dans une certaine mesure.

La conception d'un processus transformateur pour le règlement des différends

Afin de ne pas réduire les processus complexes de règlement des différends à des catégories et des étapes mécaniques, il faut accepter leur nature interdépendante et transformatrice ainsi que s'ouvrir à la notion floue et nébuleuse voulant que *tout ait un effet sur tout*.

J'utilise l'expression « conception d'un processus transformateur » pour mettre en évidence l'état d'esprit nécessaire pour amorcer toute conception d'un processus de règlement des différends. Le changement et la transformation se produiront, quoi qu'il arrive. Ainsi, pour diriger le processus avec efficacité, le praticien doit gérer la transformation dès le départ et poursuivre jusqu'à la fin, la *fin* elle-même étant fluide, en formation et en évolution en fonction du dialogue entre les participants.

La conception du processus transformateur du règlement des différends est dynamique et vivante : le système de règlement des différends vit à travers tous les participants. Le système bouge et évolue constamment; le différend change et se transforme fréquemment; les participants expérimentent et apprennent sans cesse; le résultat définitif acquiert sa forme, sa structure et sa substance en cours de route.

La figure 3 illustre un modèle de conception de processus transformateur pour le règlement des différends. **Ce modèle ne se présente aucune étape ni aucun stade**. Plutôt, il se compose de sphères imbriquées et de composants concentriques, tous interdépendants, qui se produisent tous simultanément.

Composants essentiels de la conception d'un processus transformateur

Définition de l'avenir souhaité

Si les participants ne définissent pas bien à l'avance comment ils se représentent le succès ni ne définissent clairement ce qu'ils veulent obtenir du processus de règlement des différends ou de gestion des différends, le processus ne mènera pas à une fin satisfaisante.

Cette clarté de vision de ce qui est souhaitable peut ne pas se produire dès le départ chez tous les participants. Ces derniers peuvent changer de vision (ce qu'ils veulent, leur avenir souhaité) à mesure qu'ils en apprennent davantage les uns sur les autres et en savent plus sur les possibilités. De plus, certains participants pourraient même ne pas croire qu'ils ont l'option ou l'autorité d'envisager un avenir souhaité, même en rêve.

Ceux qui croient que tout est perdu auront l'air d'avoir cessé de demander de l'aide. Dès lors qu'on leur demande de se représenter l'avenir qu'ils souhaitent, ils figent devant l'indécision. Cependant, la simple présence des participants et leurs efforts continus pour trouver un moyen de résoudre leur différend sont des signes clairs pour le praticien qu'ils sont toujours en train de demander de l'aide. Les participants eux-mêmes ont besoin de le voir et de le comprendre. Indépendamment de la soif brûlante et de la chaleur accablante, ils doivent regarder au sol pour et constater qu'ils avancent toujours, dans l'espoir de trouver une oasis.

Les déséquilibres de pouvoir et les oppressions passées jouent un rôle important chez ceux qui, volontairement ou par la force, ont adopté un état d'esprit d'impuissance et d'incapacité plus prononcé. Le rôle du praticien

est de faciliter le processus de visualisation, en leur permettant de voir la lumière et en mettant en évidence et encourageant l'espoir *pour tous les participants.*

Apprentissage collectif

Dans ce modèle, le praticien n'est pas le seul à explorer, à comprendre et à apprendre sur le différend et les autres participants. Dans un processus efficace, toutes les personnes qui interviennent dans le différend en apprendront davantage sur les autres. Cependant, la réalité de la vie introduit un autre obstacle : les gens sont sur la défensive face à leurs idées et ils sont souvent fermés à l'idée d'apprendre.

Les croyances ne sont pas des recettes logiques; elles sont directement associées aux émotions et elles façonnent les comportements. Ce sont des éléments fondamentaux de notre identité en constante évolution. Les croyances, les valeurs et les opinions d'une personne forment son identité, et cette personne aura tendance à les défendre avec passion contre tout ce qui est perçu comme offensant ou agressif.

Protéger son identité — l'instinct de conservation — incite les personnes en situation de conflit à défendre leurs *positions* et à tenter de prouver que ce sont les bonnes. Cela mène à un état d'esprit gagnant-perdant. Ce comportement est décuplé en cas d'agression perçue, alors que toute *acceptation* sera considérée comme *battre en retraite*.

Le rôle du praticien, dans ce cas, est d'offrir une prise de conscience et des conseils en posant des questions efficaces, en amenant les participants à creuser et à se sonder plus profondément pour comprendre, plutôt que de prouver qu'ils ont raison. Les praticiens doivent créer un espace sûr dans lequel les participants ne percevront pas le dialogue comme des attaques verbales, un environnement dans lequel ils peuvent faire preuve d'un respect mutuel.

Création de solutions

Le différend, ou le conflit, est un état inconfortable. Il a tendance à provoquer des émotions et à manipuler les sentiments (Saunders, Lin, Milyavskaya, & Inzlicht, 2017, pp. 31-40). De plus, le conflit engendre le conflit; il se ramifie et se propage (Sharvit, 2014, pp. 252-261).

Il est naturel que des personnes en situation de conflit éprouvent des sentiments angoissants et des émotions négatives étouffantes. Si rien n'est fait, ces sentiments trouveront leur chemin, se répandront dans les conversations entre les participants, attiseront les flammes et aggraveront leur différend.

Un praticien orienté vers la résolution de problèmes mettra l'accent sur l'exploration et l'étude des problèmes, des points douloureux, des défis et des enjeux entre les participants, en essayant de trouver les causes profondes et en élaborant un plan d'action pour résoudre les problèmes et surmonter les défis.

D'un autre côté, un praticien axé vers la transformation mettra

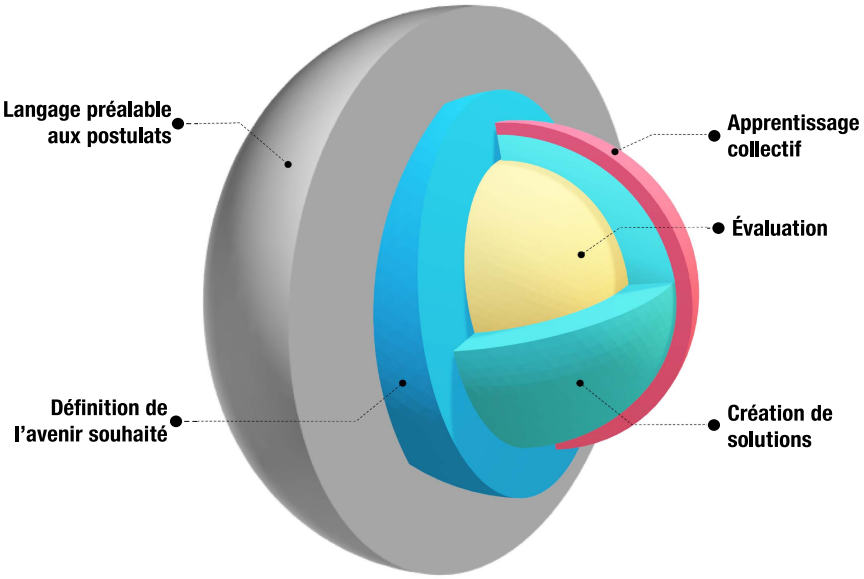


Figure 3.
Un modèle de conception de processus transformateur pour le règlement des différends

l'accent sur la facilitation d'un processus qui permet aux participants de découvrir leurs propres ressources et leurs propres forces, en trouvant les moments où ils ont vécu une relation plus satisfaisante ou ceux où ils ont su relever un défi, mettant ainsi en évidence leurs ressources et leurs réussites. Une solution émergera de ces réussites, puisque ce sont des choses qui ont déjà fonctionné. Les récits ont un sens pour les participants et ils ne sont pas déterminés par des conseils externes.

Le rôle du praticien est de faciliter et d'aider tous les participants à réfléchir, à se souvenir et à reconnaître les réussites, les ressources, les forces et les systèmes de soutien qui leur sont propres. Ils devront ensuite tirer parti de ces ressources pour construire en commun les voies qui relient leur situation actuelle à leur avenir souhaité, transformant ainsi leur vision en réalité. L'accent est mis sur la création de solutions plutôt que sur la recherche de problèmes.

Langage préalable aux postulats

Le fait de mettre l'accent sur la recherche de solutions et de réussites a un effet transformateur sur le langage utilisé par le praticien. Les questions auront des connotations positives et les conversations intégreront des suppositions constructives. D'où l'expression « langage préalable aux postulats ».

Dans la conception d'un processus transformateur, le praticien *croit* véritablement que les participants seront capables de réussir par eux-mêmes, rendant le langage préalable aux postulats du praticien authentique et honnête.

Évaluation

Un élément essentiel de ce modèle est de veiller à l'avancement et de maintenir l'élan de tous les participants. Le problème pour lequel les participants demandent de l'aide peut sembler immense et insurmontable au départ. Ils reçoivent donc un message d'espoir et de progression lorsque le praticien reconnaît chaque pas en avant et tous les accomplissements.

L'évaluation est un outil efficace pour ancrer les participants dans la réalité et éviter les négociations extrêmes. L'évaluation de l'état actuel par rapport à l'avenir souhaité mettra en lumière une voie à emprunter. Ce n'est peut-être pas *la* voie, mais elle démontre que l'objectif ne peut pas être atteint en une seule fois, faisant ainsi porter le dialogue sur l'étape suivante au lieu de s'en tenir à un objectif désiré et lointain.

Le rôle du praticien est d'évaluer l'avancement de tous les participants au différend par rapport à leur avenir souhaité, de rechercher des signes de progrès et de succès, de renforcer le message d'espoir, de démontrer les accomplissements à ce jour et de recentrer l'attention vers l'étape suivante, plutôt que sur des objectifs lointains.

Références

Sander, F. E., & Bordone, R. C. (2005). Early Intervention: How to Minimize the Cost of Conflict. *Harvard Business Review*, 3.

Saunders, B., Lin, H., Milyavskaya, M., & Inzlicht, M. (2017, September). The emotive nature of conflict monitoring in the medial prefrontal cortex. *International Journal of Psychophysiology, 119*, 31-40.

Sharvit, K. (2014, November). How conflict begets conflict - Activation of the ethos of conflict in times of distress in a society involved in an intractable conflict. *Journal of Experimental Social Psychology, 55*, 252-261.

Soleymaniha, A. (2014). *Embrace Happiness - The Art of Conflict Management.* iUniverse Inc.

The Metaphysics Research Lab, Center for the Study of Language and Information (CSLI), Stanford University. (2019, March 6). *Aristotle on Non-contradiction.* Retrieved from The Stanford Encyclopedia of Philosophy: https://plato.stanford.edu/entries/aristotle-noncontradiction/

[1] The Metaphysics Research Lab. Center for the Study of Language and Information (CSLI), Stanford University, 2019.

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.

- Élaborées pour les entreprises canadiennes et internationales.
- Le tout premier choix des entreprises, canadiennes ou non, pour régir leurs procédures d'arbitrage.

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

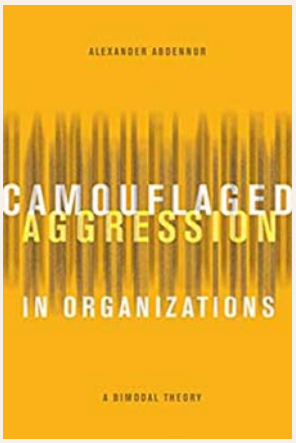
« Tout différend relatif à la présente convention ou découlant de celle-ci, ou portant sur une question juridique liée aux présentes sera réglé de façon finale par arbitrage conformément aux Règles d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada Inc. [ou aux règles simplifiées d'arbitrage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

Service d'administration professionnelle offert par l'IAMC

L'IAMC peut assurer l'administration de l'arbitrage pour les parties et leur apporter son soutien en assurant d'une grande partie de la logistique nécessaire au déroulement de l'arbitrage, comme la nomination ou la désignation d'un arbitre qualifié parmi sa liste de professionnels expérimentés et le suivi de l'arbitrage du début à la fin. Les frais de ce service sont modestes et les parties conservent le contrôle sur leur procédure.

En savoir plus.
https://adric.ca/fr/case-administration-services/

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



Camouflaged Aggression in Organizations: A Bimodal Theory

Alexander Abdennur,
University of Alberta Press, 2020

ASIN: B07W2V9D2Y

Une critique de : Jennifer Webster

JENNIFER WEBSTER, B.A., LL.B.
Jennifer Webster, B.A., LL.B., est médiatrice et arbitre en exercice privé, qui se consacre tout particulièrement au droit du travail et de l'emploi, ainsi qu'aux droits de la personne. Avant de se lancer dans l'exercice privé, elle agit comme médiatrice pour le *Federal Mediation and Conciliation Service*.

La compréhension et l'analyse des différends sont au cœur de notre pratique de médiateurs et d'arbitres. Pour exceller en tant que praticiens de la gestion des différends, nous devons continuellement apprendre et réfléchir sur les causes et les expressions des différends. Dans *Camouflaged Aggression in Organizations,* Alexander Abdennur nous invite à le faire à travers le prisme des sciences sociales.

Les auteurs qui ont précédé Abdennur ont exploré les causes des différends de diverses manières. Dans *The Mediation Process* (Jossey Bass, 1986), Christopher Moore proposait un cercle de différend dans lequel les causes du différend sont classées par valeurs, relations, données, intérêt et structure. Notre compréhension des causes des différends peut également s'appuyer sur la distinction entre les différends fondés sur les droits et les différends fondés sur intérêts. De plus, dans la pratique de la médiation et de l'arbitrage, le modèle des divers styles de différends, avec un renvoi particulier au travail de Ron Kraybill, peut être appliqué pour mieux comprendre les diverses réponses et approches au différend.

Dans *Camouflaged Aggression in Organizations,* Alexander Abdennur contribue à notre compréhension du différend au moyen d'une théorie détaillée de l'expression du différend par l'agression. Il définit l'agression comme « toute action ou inaction dirigée par un individu vers les objectifs conscients ou inconscients de causer du tort ou de la souffrance », soutenant qu'il existe deux modes d'agression : la confrontation et la non-confrontation.

La confrontation est un type d'agression directe, active et consciente. Lorsque l'agression s'exprime par la confrontation, Abdennur en déduit qu'il y a une clarté quant à l'intention, l'auteur, l'acte et la cible. En revanche, dans le mode de non-confrontation, il soutient que l'intention, l'auteur, l'acte et la cible sont masqués, de sorte que l'agression est « camouflée » [TRADUCTION].

Selon Abdennur, l'agression camouflée domine aujourd'hui nos organisations, pour des raisons à la fois structurelles et socioculturelles. L'auteur affirme que la structure des organisations offre une myriade de possibilités pour la pratique de l'agression camouflée, par exemple au moyen du contrôle de l'information, de la manipulation du temps, de la rigidité des processus et de l'inaccessibilité. De plus, notre société privilégie des valeurs et des normes anti-confrontation, de sorte que les pratiques d'agression camouflée se sont multipliées.

Abdennur décrit en profondeur les pratiques et les effets de l'agression camouflée. Son écriture s'inscrit principalement dans le prisme académique, qu'il accompagne de citations de ses travaux précédents ainsi que d'études publiées par d'autres scientifiques sociaux. Ses descriptions sont parfois difficiles à suivre, en particulier lorsque le vocabulaire est tiré de la recherche scientifique et sociale. Par exemple, Abdennur écrit qu'il existe une « régression phylogénétique vers le camouflage ». Cette notion pourrait être communiquée plus efficacement en évitant la référence statistique, « régression phylogénétique », pour plutôt indiquer que les êtres humains ont une prédisposition génétique au camouflage.

À la fin du livre se trouve un glossaire de six pages, utile pour mieux comprendre les notions présentées. Toutefois, la nécessité du glossaire met en évidence l'existence d'un nombre important de notions et de théories nouvelles et peu familières pour la plupart des lecteurs.

L'écriture d'Abdennur est plus accessible lorsqu'il offre un tableau de comparaison entre les modes de la confrontation et de la non-confrontation et lorsqu'il présente une liste de techniques d'agression camouflée. Il inclut des étiquettes et définit certaines formes d'agression camouflée dans le glossaire.

En voici quelques-unes.

Yoyo affectif. Exposition intermittente d'une émotion qui bascule de manière imprévisible entre l'affection et la froideur.

Coupage de l'herbe sous le pied. Le fait de s'engager dans des pratiques anxiogènes.

Blanchiment décisionnel. Rationalisation d'une décision personnellement motivée par le contexte des besoins et des restrictions de l'organisation.

Saupoudrage. Diffusion d'informations préjudiciables.

Feuillage organisationnel. Métaphore tirée du monde naturel; structures organisationnelles complexes où les agresseurs se mettent à l'abri.

Retrait de l'amour. Retrait délibéré de l'attention et de l'affection portées à quelqu'un.

Compte tenu de l'écriture théorique d'Abdennur, on aurait pu croire que son public cible initial était les universitaires et les spécialistes du comportement. Cependant, à mesure que le livre passe de la description à la prescription, il devient évident qu'il s'adresse aux gestionnaires et aux dirigeants d'organisations. En fin de compte, Abdennur a développé un guide destiné aux organisations, grâce auquel elles peuvent créer un environnement où l'agression camouflée est découragée au profit de la confrontation.

Abdennur conclut qu'il existe un déséquilibre entre les deux modes d'agression. Il décrit une stratégie tridimensionnelle à utiliser par les gestionnaires dans leur lutte contre l'agression camouflée. Voici ce qu'il propose aux gestionnaires : 1) comprendre et reconnaître le comportement agressif dans ses expressions camouflées; 2) utiliser des stratégies d'intervention pour gérer et réduire l'agression camouflée; et 3) affirmer la valeur de la confrontation en tant qu'expression de l'agression. Cette stratégie exige nécessairement de sensibiliser les gestionnaires et leurs employés à l'égard de l'agression camouflée, avant de s'attaquer aux structures organisationnelles qui l'encouragent. Selon Abdennur, l'équilibre entre les deux modes d'agression permettra à l'organisation de réduire les conflits, les problèmes de santé mentale et les épisodes de violence explosive.

Bien qu'Abdennur fournisse une analyse détaillée de l'agression dans les organisations, il n'aborde pas explicitement la dynamique de la race et du genre. Il souligne que les valeurs de la confrontation étaient perçues comme étant des valeurs fondamentales de la masculinité, sans davantage préciser l'incidence du genre et de la race sur l'expression de l'agression. À mon avis, son analyse aurait été plus riche s'il avait été plus spécifique et s'il avait examiné l'expérience des femmes, des personnes racisées et des membres de la communauté LBGTQ en tant que cibles et auteurs d'agressions camouflées, ainsi que le rôle et la pratique des microagressions contre les personnes marginalisées dans la structure de pouvoir traditionnelle d'une organisation. Il décrit en détail la manière dont les structures et les processus des organisations ont favorisé l'agression camouflée, sans considérer comment ces structures favorisent également des personnes particulières au sein de l'organisation.

Camouflaged Aggression in Organizations est un ouvrage profondément ancré dans les notions et les théories des sciences sociales. Le texte nécessite une lecture attentive si l'on souhaite bien comprendre l'appel d'Abdennur à un passage du mode camouflage au mode confrontation comme condition préalable à une amélioration systémique. J'ai néanmoins constaté qu'en réfléchissant à ses théories et à ses prescriptions de changement, je suis capable d'appliquer ces idées à ma propre analyse des différends. Les approches décrites par Abdennur pour les gestionnaires peuvent être adaptées aux interventions organisationnelles et en milieu de travail. Elles peuvent aider les médiateurs, les arbitres et les enquêteurs à déterminer dans quelle mesure les structures organisationnelles favorisent et soutiennent l'agression camouflée.

En tant que praticiens de la gestion des différends, nous pouvons nous appuyer sur les conseils d'Abdennur pour aider les personnes et les organisations à lutter contre l'agression camouflée, en faisant tomber les masques et en identifiant le comportement, l'auteur, les victimes directes et indirectes, ainsi que la blessure. Puisque le mode de confrontation implique de diriger le bon problème vers la bonne personne tout en faisant preuve de civisme, la médiation peut facilement favoriser le passage du camouflage à la confrontation. Comme le souligne Abdennur à la page 44 : « Cultiver la confrontation comme approche intellectuelle, éthique, méthode et, en fin de compte, partie intégrante de sa personnalité, est l'approche la plus viable pour résoudre les conflits au sein de l'organisation. » [traduction]

Perspectives PRD

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

ABONNEMENT SANS FRAIS

S'abonnez

Consultez les numéros antérieurs

Avantages de l'adhésion à l'IAMC

Reconnu comme étant le principal organisme de prévention et de règlement des différends (PRD), l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada établit des pratiques exemplaires pour le Canada et procure valeur et soutien à ses clients et à ses membres individuels et collectifs.

L'IAMC offre de la formation et des accréditations reconnues à l'international, fait la promotion de normes éthiques et de compétence professionnelle, et encourage le recours à toutes les formes de PRD dans les différends, tant privés que publics.

L'ADHÉSION OFFRE DES AVANTAGES PARTICULIERS, NOTAMMENT :

la visibilité et la mise en avant de vos compétences grâce à notre annuaire en ligne; l'accès aux logos de membre; des occasions professionnelles et des possibilités de mandats grâce à nos listes de spécialistes; diverses publications et ressources; du perfectionnement professionnel, incluant les conférences et les événements de l'IAMC et de ses affiliés; des rabais négociés pour les membres sur des programmes et des services utiles, y compris des programmes collectifs.

Programmes collectifs de l'IAMC

VIDÉOCONFÉRENCE ZOOM ENTERPRISE

Avez-vous de plus en plus besoin d'organiser des réunions en ligne durant ces périodes de forte affluence? L'IAMC propose un forfait exceptionnel qui comprend : le forfait Enterprise; des salles de pause; le partage d'écran; l'enregistrement illimité; un stockage illimité dans le nuage; des capacités de webinaire (jusqu'à 500 participants par réunion); des vidéos de formation et une assistance technique 24 heures sur 24, 7 jours sur 7.

zoom

ASSURANCE RESPONSABILITÉ CIVILE PROFESSIONNELLE

Le programme d'assurance responsabilité civile professionnelle collective de l'IAMC couvre la responsabilité civile en cas de dommages découlant de la prestation de tout type de services de PRD ou de l'omission d'avoir rendu de tels services. Bénéficiez d'une protection évoluée grâce à des remises exceptionnelles aux membres de l'IAMC. *À lui seul, cet avantage vaut très certainement le coût de l'adhésion!* Des protections facultatives sont offertes : responsabilité civile générale entreprise; assurance des frais juridiques personnelle; garantie contre les cyberrisques; assurance des biens; assurance des bureaux mobiles contre la perte; services de restauration de l'identité.

MARSH

PROGRAMME ÉVOLUÉ D'ASSURANCE AUTO ET HABITATION

Les membres de l'IAMC ont accès au programme TD Assurance Meloche Monnex. Ce programme offre la protection élargie à des tarifs privilégiés d'une vaste gamme de produits d'assurance habitation, auto et voyage, que vous pouvez personnaliser selon vos besoins. Sentez-vous en confiance grâce à une assurance auto ou habitation (maison, condominium ou appartement) qui répond à vos besoins.

TD Assurance

Pour en savoir plus sur tous les avantages offerts aux membres de l'IAMC : http://adric.ca/fr/membership/member-benefits/

Passif ou interventionniste : préserver des règles du jeu équitables en arbitrage commercial

Trois principes fondamentaux de l'arbitrage commercial s'attachent à la manière dont les arbitres traitent les parties, y compris au cours d'une audience.

JOEL RICHLER

Joel Richler exerce à titre d'arbitre et de médiateur indépendant à Arbitration Place et Bay Street Chambers 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. www.joelrichler.com

Premièrement, sauf si les parties en conviennent autrement, les arbitres doivent être neutres et impartiaux[1]. Deuxièmement, les parties ont droit à des occasions justes et égales de présenter leurs arguments et leurs moyens de défense[2]. Troisièmement, sauf si les parties en conviennent autrement, les arbitres doivent trancher les différends conformément à la loi applicable[3].

Que doivent donc faire les arbitres lorsqu'ils estiment qu'une affaire n'est pas correctement présentée, parce que les parties ont omis des faits importants, des autorités pertinentes ou des questions juridiques? Quels sont les rôles respectifs des arbitres et des avocats durant la procédure d'arbitrage et, en particulier, au stade de l'audience? Cet article examine ces questions dans le cadre d'arbitrages où les parties sont représentées par un avocat. Les obligations des arbitres traitant avec des parties non représentées ou non-juristes feront l'objet d'un autre article.

En matière internationale, il existe un fossé entre le régime de common law et le régime du droit civil. Dans le premier cas, les procédures d'arbitrage sont fortement influencées par les procédures typiques du contentieux (faute d'une meilleure expression, le modèle du système adversatif). Dans le deuxième cas, les procédures ressemblent davantage à celles d'un système judiciaire inquisitorial.

Une simple comparaison entre les *International Bar Association Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (Règles de l'IBA) et les *Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration* (Règles de Prague) permet immédiatement de relever ces différences marquées. En vertu des Règles de l'IBA, les procédures d'obtention de la preuve sont clairement fondées sur le modèle de la common law. À l'opposé, les Règles de Prague visent expressément l'efficience des tribunaux par des techniques inquisitoires. Par exemple, en vertu des Règles de Prague, les tribunaux peuvent, selon le principe *jura novit curia* (« la cour connaît la loi »), appliquer des dispositions législatives que les parties n'ont pas invoquées s'ils le jugent nécessaire (sous réserve d'une consultation avec les parties).

Les arbitrages qui ont lieu au Canada (internationaux ou nationaux) adhèrent presque toujours au modèle de procédure adversatif de la common law. Une hypothèse importante, mais erronée, concernant la pratique de l'arbitrage au Canada veut que les arbitrages soient menés par des arbitres passifs qui laissent la présentation des affaires à des avocats d'égales compétence et expérience. Selon ce raisonnement, grâce au débat du processus adversatif, les arbitres seront bien placés pour tirer des conclusions de fait exactes, avant d'appliquer correctement les principes juridiques et de produire des sentences « correctes » imposées aux parties avec équité.

Lorsque des demandes d'annulation de sentences sont présentées au motif que les arbitres n'ont pas traité les parties de manière égale ni équitable ou que les parties n'ont pas eu la possibilité de présenter ni de répondre à certains éléments de leur dossier, les cours de révision examinent la procédure à travers le prisme de ce modèle. En conséquence, la plupart des arbitres s'inspirent des juges pour décider de leur comportement tout au long de la procédure d'arbitrage.

Il faut toutefois souligner que le modèle du système adversatif utilisé dans l'ensemble des arbitrages canadiens ne découle pas de normes d'arbitrage, mais d'une importation de la pratique du contentieux dans notre monde arbitral. En effet, à tout le moins au stade de l'audience, et nonobstant une utilisation des interrogatoires en chef écrits de plus en plus courante, la plupart des arbitrages se déroulent à la manière des procès privés. Les audiences commencent par des déclarations liminaires écrites ou orales; les témoins factuels et d'opinion des demandeurs sont présentés ou appelés dans l'ordre déterminé par l'avocat; ces témoins sont contre-interrogés; les témoins des intimés sont ensuite appelés et contre-interrogés; et les audiences s'achèvent par les observations finales des parties. Bien qu'il arrive que les arbitres posent des questions aux témoins, ils le font généralement à la suite du contre-interrogatoire et ces questions se limitent généralement à des éclaircissements. De nombreux arbitres fondent leur conduite en grande partie sur celle des juges de procès dans leur salle d'audience.

Ce n'est pas nécessaire et il ne devrait pas en être ainsi. On dit souvent que

les parties choisissent l'arbitrage afin d'éviter le modèle du procès relativement rigide, de sorte qu'il n'y a aucune limite empêchant les parties et les arbitres d'insuffler cet objectif dans leur conception des procédures d'audience. En prenant la conduite de l'arbitre comme exemple particulier, aucune raison de principe n'empêcherait un arbitre, même dans le contexte du système adversatif, d'intervenir auprès des témoins et des avocats à toutes les étapes de l'audience, y compris pendant l'interrogatoire des témoins, dans un but d'accroître l'efficience de la présentation des éléments de preuve et des arguments et de mieux comprendre les affaires qui lui sont présentées. Afin de se prémunir contre une éventuelle contestation après la sentence, les arbitres (en collaboration avec les avocats) peuvent prévoir des mécanismes particuliers qui les habilitent à jouer ce rôle dans leurs conditions de nomination et dans les ordonnances de procédure. Le fait que cela ne se fasse pas est facilement attribuable au conservatisme ou au manque d'imagination des arbitres et des avocats.

Cependant, même avec ces pouvoirs accrus, les arbitres sont et devraient toujours se préoccuper du fait qu'un comportement interventionniste puisse être considéré par un tribunal supérieur comme étant contraire aux principes de neutralité et de traitement juste et équitable. Cette préoccupation est présente dans de nombreux contextes, y compris les demandes d'ajournement, les demandes de modification du calendrier des affaires, les demandes d'autorisation de nouveaux témoins, les décisions en matière de preuve, etc. Dans ces situations, les arbitres seront toujours partagés entre le respect des procédures convenues et le risque que leur décision ouvre la porte aux demandes en annulation de sentence (méritoires ou non). Ultimement, les arbitres doivent être guidés par leurs propres déterminations de ce qui est « juste » dans une situation donnée. Ils devraient réfléchir à la manière dont leurs décisions seront perçues par toutes les parties. Ils devraient formellement (par des décisions de procédure ou des déclarations transcrites ou enregistrées) expliquer leurs décisions afin qu'une cour de révision puisse parfaitement comprendre pourquoi ces décisions ont été prises.

En ce qui concerne l'audience elle-même, si le but de l'arbitrage est de fournir aux parties des sentences conformes à la loi applicable, alors la tâche imposée aux arbitres consiste à produire ce résultat. Cela dit, l'arbitre doit être juste en s'acquittant de cette responsabilité. Lorsqu'un arbitre intervient, à quelque fin que ce soit, une partie peut facilement avoir l'impression que ses intérêts sont subordonnés à ceux de l'autre partie. Le besoin d'impartialité de l'arbitre est d'autant plus aigu dans un tel cas.

Dans la plupart des procédures d'arbitrage, les positions respectives des parties sont énoncées dans les déclarations liminaires de leurs allégations et défenses. À ce stade, les questions juridiques à résoudre sont connues des parties et des arbitres. Toutefois, les affaires évoluent. De nouveaux faits apparaissent souvent au cours des communications préalables à l'audience et au fur et à mesure des déclarations des témoins. De nouvelles questions juridiques émergent souvent de ces nouveaux faits. En règle générale, les avocats seront sensibles à ces nouvelles questions et ils les traiteront à fond durant l'audience et dans leurs observations finales.

Ce n'est cependant pas toujours le cas. Très souvent, une partie aura une meilleure appréciation des questions de droit ou de fait à résoudre. Cela peut résulter d'un déséquilibre des ressources entre les parties ou de différences dans la qualité de la représentation juridique. Il se peut aussi que les arbitres eux-mêmes décèlent des questions qui, selon eux, doivent être avant qu'ils puissent être à l'aise de rendre leur sentence. Lorsque de telles situations se manifestent durant l'audience, un dilemme s'impose souvent à l'arbitre, qui doit décider si, quand et comment il doit porter ces questions à l'attention des avocats.

Ici, un principe est absolu et incontestable. Chaque fois qu'un arbitre décide qu'il traitera d'une autorité, d'une affaire ou d'une question qui n'a pas été traitée par un avocat, il doit la présenter le plus tôt possible à l'avocat afin que ce dernier puisse la traiter. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de citer de jurisprudence pour cette proposition évidente, c'est principalement sur cette base qu'une sentence a été annulée et qu'un nouvel arbitrage a été ordonné dans l'affaire *Tall Ships Landing Development Inc. v. Corporation of the City of Brockville*[4]. De plus, les avocats doivent avoir la possibilité de s'opposer s'ils le souhaitent. Ils pourraient ne plus en avoir l'occasion dans le cadre d'une procédure postérieure à la sentence[5].

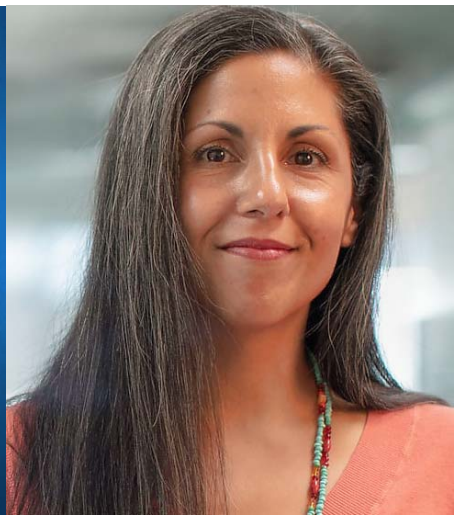
À mon avis, un deuxième principe est incontestable. Lorsqu'un arbitre découvre une question qui pourrait relever de sa compétence, il doit la porter à l'attention des parties dès que possible. Des problèmes de compétence peuvent survenir à tout moment dans un arbitrage, même aussi tard que pendant les délibérations de l'arbitre. Les arbitres ne peuvent pas agir au-delà de leur compétence et ils ne doivent pas présumer que le silence des parties sur une question est une acceptation implicite de cette compétence.

La situation problématique la plus courante est sans doute celle où une affaire importante n'est pas portée à l'attention d'un tribunal, par omission. Cela inclurait, par exemple, une affaire qui énonce un critère juridique devant être appliqué. Bien qu'une

Se connecter à la **PRD**

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

En savoir plus



audience d'arbitrage ne soit pas un procès et bien que les avocats ne soient pas des officiers du tribunal, comme ils le seraient dans un procès, ce n'est pas une position controversée en matière d'éthique professionnelle que de s'attendre à ce qu'un avocat porte les autorités pertinentes et probantes à l'attention de l'arbitre. Dans une telle situation, aucun avocat ne devrait être en mesure de s'opposer lorsqu'un arbitre invite un avocat adverse à examiner la portée possible d'une affaire clairement pertinente.

La situation est un peu plus difficile dans le cas où un arbitre est au courant d'une affaire, peut-être fraîchement tranchée ou provenant d'une autre juridiction, qui peut ou non avoir une incidence sur une position juridique défendue par une partie. Ce problème est plus nuancé. L'avocat pour qui la cause pourrait ne pas être utile est peut-être au courant de l'affaire, mais par un raisonnement parfaitement légitime, il a choisi de ne pas la porter à l'attention du tribunal. D'un autre côté, l'avocat pour qui l'affaire pourrait être utile peut être injustement assisté si un tribunal porte cette affaire à son attention.

Les arbitres doivent être très prudents avant d'intervenir dans ce cas. Un arbitre ne devrait pas simplement agir comme la « personne la plus intelligente dans la salle ». De plus, il serait très dangereux pour un arbitre d'intervenir uniquement en fonction d'une hypothèse d'inégalité des ressources ou de représentation inadéquate. Je crois que si un arbitre conclut que l'avis d'un avocat sur l'application possible d'une affaire lui est nécessaire, il devrait présenter l'affaire aux deux avocats et les inviter à faire des observations. Cela devrait se produire le plus tôt possible dans la procédure. Si l'arbitre prend connaissance de l'affaire au cours du processus de délibération, il doit demander à l'avocat de traiter l'affaire par des observations orales ou écrites supplémentaires. Même lorsque la communication est tardive dans la procédure, il est difficile d'imaginer qu'une partie perdante puisse contester de manière crédible une sentence au motif qu'elle a été appelée à traiter une affaire qui pourrait avoir une incidence sur la détermination des questions en jeu dans un arbitrage. Même là, lorsqu'un arbitre conclut qu'une affaire possiblement importante n'est pas vraiment nécessaire à son analyse ni à sa décision, il devrait faire preuve de réserve et ne pas communiquer l'affaire à l'avocat. Ainsi, toute possibilité de contestation fondée sur un traitement injuste se trouve éliminée. Facile à énoncer, mais difficile à appliquer, la « nécessité » devrait être le critère de l'arbitre.

La situation où un arbitre conclut qu'une partie a négligé un aspect très important de son affaire présente une plus grande difficulté. Elle peut se produire, par exemple, lorsqu'une partie néglige de traiter un critère juridique applicable ou, plus généralement, lorsqu'une théorie juridique importante est omise. De nombreux exemples viennent facilement à l'esprit. Aux fins de cette discussion, supposons que, dans une affaire qui dépend de l'exécution d'une obligation contractuelle, un défendeur néglige de plaider que l'obligation est inapplicable selon une théorie juridique comme l'iniquité. Ou encore, un intimé peut négliger de faire valoir que le contrat est nul pour une raison quelconque. Dans quelles circonstances un arbitre peut-il ou doit-il intervenir?

Encore une fois, je propose que les arbitres adoptent un critère de « nécessité ». Les arbitres ne doivent pas présumer que des questions juridiques importantes ont été omises. Au contraire, je suis d'avis que les arbitres devraient supposer que les avocats devant eux sont compétents (ou mieux) et que les deux parties ont pris des décisions stratégiques fondées sur une analyse appropriée et mesurée par rapport à leurs intérêts. S'il semble que des questions importantes ont été négligées, les arbitres devraient examiner attentivement s'ils croient pouvoir rendre des sentences sur la base des faits, des opinions et des observations juridiques présentés. Dans les cas où la chose est possible, il est inutile de soulever des questions supplémentaires qui ne serviraient guère à autre chose que de rendre une « meilleure » sentence, au risque de susciter des contestations après la décision.

Cependant, dans certaines situations, les arbitres estimeront devoir traiter de questions apparemment négligées par souci d'équité envers les parties. De telles situations doivent être considérées comme des exceptions. Lorsqu'elles surviennent, l'arbitre doit examiner attentivement les conséquences de traiter les questions, en particulier quant à l'obligation légale de traitement juste et équitable. Au besoin, les arbitres devraient expliquer clairement leurs préoccupations et indiquer les raisons pour lesquelles ils soulèvent ces questions. Ces raisons doivent être énoncées de manière neutre (dans toute la mesure du possible) et les deux parties doivent disposer de tout le temps raisonnablement nécessaire pour traiter la question, même si cela exige d'autoriser de nouveaux éléments de preuve ou retarder la fin de l'arbitrage.

Il n'y a pas de réponse facile à ces problèmes couramment rencontrés par les arbitres et il n'existe pas de formule magique pour résoudre les problèmes de justice et d'équité. Chaque cas comportera ses défis uniques. Pourvu que les arbitres soient sensibles à ces questions, et pourvu qu'ils tiennent compte des questions d'équité (même en prenant des décisions qu'une partie pourrait juger inéquitables), les contestations après la sentence devraient être réduites en nombre et, là où elles existent, les sentences devraient être défendues avec succès.

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).

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

1 Voir, p. ex., *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, LO 1991, chap. 17 (la « loi de l'Ontario »), paragr. 11 (1) et art 12 de la Loi type.
2 Voir, p. ex., par 19 (1) de la loi de l'Ontario et art. 18 de la Loi type.
3 Voir, p. ex., art. 31 de la loi de l'Ontario et paragr. 28 (1) de la Loi type.
4 2019 ONSC 6597 (CanLII).
5 *Xerox Canada Ltd. v. Xerox Corporation*, 2006 CanLII 41006 (ONSC), citant *Minerals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd.*, [1999] All ER (Comm.) 315 (Eng. QBD).

Nouveau

Le cours, la désignation et les Règles méd-arb de l'IAMC sont maintenant disponibles!

La médiation-arbitrage est une approche hybride qui combine les avantages de la médiation et ceux de l'arbitrage. Les parties doivent d'abord tenter de parvenir à un accord au moyen d'une médiation non exécutoire avec l'aide d'un médiateur. Si la médiation n'aboutit pas à un règlement, le médiateur agit à titre d'arbitre et, suivant des procédures d'arbitrage convenues, émet une décision contraignante.

Depuis 2015, l'IAMC envisage d'élaborer des lignes directrices ou un cadre pour les processus de médiation-arbitrage et s'est engagé à le faire. Les nouvelles Règles méd-arb sont maintenant disponibles ! Notre mission est toujours de promouvoir les normes les plus élevées dans la pratique de la PRD; nous avons pris notre temps afin de veiller à ce que le nouveau règlement s'harmonise parfaitement avec nos règles de médiation et d'arbitrage existantes.

Il a également envisagé la création du titre professionnel Méd-Arb agréé (Méd.Arb.A) et une formation Méd-Arb. Les praticiens peuvent désormais faire valoir leur formation et leur expérience pour obtenir le titre, de manière à ce que ceux qui sélectionnent un professionnel puissent en être assurés.

Pour en savoir plus, consultez le site

ADRIC.ca/fr

Défis et confidentialité dans l'arbitrage commercial : *Halliburton v. Chubb*

JOEL RICHLER

Joel Richler exerce à titre d'arbitre et de médiateur indépendant à Arbitration Place et Bay Street Chambers 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. www.joelrichler.com

Les arbitres qui siègent au Canada doivent être impartiaux et neutres[1]. La législation nationale, la Loi type et les règles institutionnelles contiennent toutes des dispositions qui, à partir du moment d'une nomination potentielle, exigent la communication de circonstances susceptibles de donner lieu à des doutes quant à l'indépendance, à la partialité ou à l'impartialité de l'arbitre[2]. Étant donné que le non-respect de ces exigences peut entraver ou retarder l'arbitrage, ou encore entraîner l'annulation des sentences, les normes de communication éthique ont évolué et offrent des lignes directrices aux arbitres et aux avocats[3].

Bien que la mesure dans laquelle les arbitrages au Canada sont privés et confidentiels dépend en grande partie des règles institutionnelles et des conventions d'arbitrage[4], les parties citent souvent la confidentialité comme une raison importante du choix de l'arbitrage. De plus, l'on s'attend généralement à ce que les procédures soient privées et confidentielles. Lorsque les arbitres font face à des obligations de communication, la communication peut contenir des informations confidentielles au sujet d'autres arbitrages. La tension entre la communication et la confidentialité est évidente. Les arbitres canadiens ont cherché conseil sur ces questions dans l'affaire *Halliburton Company v. Chubb Bermuda Insurance Ltd.*[5], un arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni qui traite de l'opposition à un arbitre et de questions concomitantes de communication et de confidentialité.

Les faits de l'affaire étaient atypiques : un arbitre unique avait été nommé dans une série d'arbitrages avec des parties et des problèmes en chevauchement, mais découlant d'un seul incident. Les deux questions devant les tribunaux consistaient à savoir si et dans quelle mesure un arbitre pouvait : i) accepter des nominations dans plusieurs arbitrages portant sur le même sujet ou sur un sujet en chevauchement avec une seule partie commune, sans pour autant donner lieu à une apparence de partialité; et ii) le faire sans communication.

Les arbitrages portaient sur une assurance de type « formule Bermudes[6] » et étaient menés *ad hoc,* sans règles institutionnelles. Le siège des arbitrages se trouvait à Londres et les tribunaux se composaient de trois membres. Les polices d'assurance étaient les mêmes. Une question commune consistait à savoir si Chubb avait le droit de refuser la couverture au motif que les assurés avaient conclu des règlements déraisonnables.

Dans le premier arbitrage (*Halliburton v. Chubb*), le tribunal a nommé R. comme président. Halliburton s'est opposé à cette nomination, parce que R. avait révélé qu'il siégeait ou avait siégé sur des tribunaux antérieurs ou en instance où Chubb était partie, y compris en tant qu'arbitre nommé par Chubb. Dans le deuxième arbitrage (*Transocean v. Chubb*), Chubb, représentée par le même avocat, a nommé R. comme l'un des trois arbitres. R. a communiqué ses nominations passées et les affaires en suspens à Transocean, mais pas à Halliburton. Le troisième arbitrage était entre Transocean et un autre assureur. Alors que R. avait obtenu une nomination commune, il a fait les mêmes communications. Encore une fois, il n'a fait aucune communication à Halliburton. Halliburton a opposé que R. pouvait entendre la preuve dans les deuxième et troisième arbitrages, à l'exclusion de celle concernant Halliburton. R. a répondu qu'il ne croyait pas que la communication était requise en vertu des Lignes directrices de l'IBA, tout en admettant qu'il aurait pu faire la communication. Il a offert d'envisager de se retirer des deuxième et troisième arbitrages s'ils allaient au-delà des questions préliminaires. Halliburton a insisté pour que R. se retire du premier arbitrage, ce à quoi R. a répondu qu'il ne le ferait pas, sauf si les parties convenaient d'un remplacement.

La Haute Cour a rejeté l'opposition d'Halliburton, estimant que R. n'était pas tenu de faire la communication et que les circonstances ne « suscitaient pas de doutes justifiés » quant à son « impartialité »[7] [TRADUCTION]. La Cour d'appel a conclu que R. aurait dû faire la communication à Halliburton, mais a convenu que le critère de révocation n'avait pas été satisfait[8].

La Cour suprême du Royaume-Uni a confirmé à l'unanimité la décision de la Cour d'appel, avec quelques différences de motifs. En premier lieu, la Cour a statué que les arbitres ont une obligation légale d'impartialité, un principe qui s'applique partout au Canada[9].

En deuxième lieu, la Cour a établi une distinction entre les

obligations de communication et le critère de révocation. La révocation doit être décidée sur la base des faits qui existent lorsqu'un tribunal entend l'opposition. Cette décision repose sur le verbe « exist », au temps présent dans la loi anglaise[10]. Bien que cette question n'ait pas été traitée au Canada, des termes similaires sont utilisés dans plusieurs lois d'arbitrage au pays et dans la Loi type[11]. Cela renforce la proposition voulant que le critère de communication soit plus large que celui de la révocation. La logique veut que les parties qui nomment un arbitre doivent recevoir des informations suffisantes pour déterminer s'il convient de procéder à des nominations potentiellement problématiques.

En troisième lieu, le critère de révocation est objectif : une personne impartiale et informée, ni complaisante ni indûment sensible ou suspecte, après avoir examiné les faits dans le contexte approprié, conclurait-elle à une réelle possibilité de partialité? Dans cet exercice, les mêmes critères s'appliquent aux présidents de tribunal et aux arbitres nommés par les parties[12]. En examinant le contexte, l'observateur prendrait note des caractéristiques suivantes de l'arbitrage international : i) l'arbitrage est privé et les possibilités d'appel ou de révision sont limitées; ii) les arbitres sont payés et leurs nominations suivantes dépendent des parties et de leurs avocats; iii) les arbitres peuvent provenir de cultures juridiques et éthiques différentes; iv) les arbitres n'ont pas besoin d'être des avocats; v) les parties peuvent avoir des informations limitées sur les arbitres potentiels; vi) les oppositions peuvent être tactiques. Les critères réglementaires canadiens sont exprimés de manière similaires[13]. Les critères de révocation des arbitres sont les mêmes que ceux qui s'appliquent à la révocation des juges. Ils sont objectifs et leur fardeau de preuve est élevé, car la révocation remet en cause l'intégrité des arbitres et l'arbitrage lui-même[14]. Il n'y a aucune raison de croire que les facteurs pertinents à l'arbitrage suggérés dans l'affaire *Halliburton* ne seraient pas considérés comme étant également pertinents au Canada.

En quatrième lieu, la Cour a jugé la communication franche, signe d'impartialité, vise à éviter les apparences de partialité et à permettre aux parties de décider d'approuver les nominations ou d'agir pour atténuer les situations problématiques. Lorsque des arbitrages se chevauchent, les parties dépendent de la communication pour examiner les effets des éléments de preuve et les observations sur des questions communes qui peuvent avoir une incidence sur les arbitres nommés communément.

En cinquième lieu, la Cour a interprété la loi anglaise de manière à faire de la communication une obligation corollaire à l'obligation légale d'impartialité. Ce point serait discutable au Canada, puisque nos lois et la plupart de nos règles institutionnelles explicitent le devoir de communiquer des faits qui pourraient donner lieu à des doutes justifiables ou raisonnables quant à l'impartialité ou à une crainte raisonnable de partialité d'un arbitre[15].

En sixième lieu, la Cour a statué que si le critère statutaire d'une telle communication est objectif, les règles ou les directives institutionnelles applicables prévoient souvent le contraire. La norme générale 3 des lignes directrices de l'IBA exige la communication de faits ou de circonstances qui peuvent « aux yeux des parties » [TRA-

Guide sur les mesures d'accommodements pour personnes handicapées

à l'intention des médiateurs

Auteurs :
Martha E. Simmons et
David Lepofsky

Ce guide fournit des informations concrètes sur l'importance et la manière d'augmenter l'accessibilité dans le processus de médiation.

- 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.

Une ressource très importante

LE LIVRE EST GRATUIT*

Commandez un exemplaire par courriel : *admin@adric.ca*
*Des frais de port et de manutention peuvent s'appliquer.

DUCTION] susciter des doutes quant à l'impartialité ou à l'indépendance du tribunal. Le paragraphe 11 (2) du Règlement de la CCI utilise cette même expression. Bien que d'autres règlements ne soient pas clairs (p. ex., la règle 3.3.3 de l'IAMC), les arbitres devraient se guider en examinant ce que les parties pourraient considérer comme étant pertinent dans n'importe quel ensemble de circonstances. Les arbitres devraient faire preuve de prudence et reconnaître que les parties ont un intérêt continu dans des arbitrages sans écueils et que les oppositions, même en cas d'échec, ont des effets délétères : elles augmentent les frais, les retards et la possibilité que les sentences soient annulées.

En septième lieu, la Cour a statué que lorsqu'un arbitre est tenu de communiquer l'existence d'arbitrages confidentiels antérieurs ou en cours, la communication ne peut être faite que si les parties à l'arbitrage ou aux arbitrages antérieurs y consentent. Sans un tel consentement, un arbitre ne peut ni faire de communication ni accepter la nouvelle nomination. Toutefois, le consentement peut être déduit d'une convention d'arbitrage, des règles institutionnelles applicables ou du contexte de l'arbitrage et de la pratique dans le secteur concerné. Dans l'affaire *Halliburton*, la Cour a admis que les multiples nominations de R. devaient être communiquées et que la pratique de l'arbitrage des formules Bermudes permettait à R. de communiquer les arbitrages antérieurs et la partie commune, mais pas l'autre partie (Halliburton elle-même). La Cour a admis qu'en Angleterre, une présomption de confidentialité de l'arbitrage s'applique. Ce n'est pas nécessairement le cas au Canada. Néanmoins, compte tenu des attentes des parties lors des arbitrages *ad hoc,* les arbitres doivent procéder avec prudence lorsqu'il s'agit de communiquer des informations présumées être confidentielles. En outre, lors de l'examen de la possibilité de communication, il faut prendre soin d'examiner les conventions d'arbitrage existantes, les conditions de nomination et les ordonnances procédurales afin de déterminer si et dans quelle mesure les parties ont expressément convenu de la confidentialité des procédures.

En huitième lieu, la Cour a statué que, bien que les arbitres n'ont à communiquer que ce qu'ils savent, ils doivent faire des enquêtes raisonnables dans certaines situations. La Cour a souligné l'équilibre délicat, la communication de questions insignifiantes pouvant susciter des doutes inutiles quant à l'impartialité et encourager des oppositions vexatoires. La Cour a déterminé que la communication devait porter sur un fait qui pourrait « raisonnablement » susciter des doutes. Il ne fait aucun doute que, en présence d'une obligation de communication, il doit y avoir une certaine obligation de procéder à des enquêtes raisonnables dans certaines situations. À titre d'exemple, les arbitres qui exercent dans de grands cabinets d'avocats sont tenus de mener des recherches sur les conflits d'intérêts possibles (contrairement aux anciens praticiens du cabinet[16]). Chaque situation se rapporte à des faits. En pratique, les arbitres potentiels peuvent être réticents à communiquer des faits qui, à leur avis, ne sont pas problématiques, de peur d'être disqualifiés. À tout le moins sur les marchés canadiens, une mentalité veut que la faible taille relative de la communauté juridique rende inévitable l'existence de relations entre avocats et arbitres. Par conséquent, il peut y avoir une tendance à fermer les yeux sur des questions qui devraient être communiquées.

Dans l'affaire *Halliburton*, la Cour suprême a conclu que R. avait manqué à son obligation de communication et qu'un observateur neutre aurait très bien pu conclure que l'arbitre devait être révoqué en raison d'une crainte raisonnable de partialité. Cependant, la Cour a conclu que le critère objectif de révocation n'était pas satisfait dans le contexte des circonstances réelles de l'espèce au moment de contestation, y compris l'état incertain du droit, l'explication de R. pour son absence de communication et le statut des premier et deuxième arbitrages.

L'affaire *Halliburton* devrait être lue par les praticiens canadiens comme un résumé utile des principes applicables. Il ne faudrait cependant pas présumer que les tribunaux canadiens excuseraient le même type de non-communication. Les leçons de l'affaire *Halliburton* sont les suivantes : i) la communication de nominations multiples et qui se chevauchent doit être faite, tout doute étant résolu en faveur de la communication; ii) les arbitres devraient être conscients de leur obligation de mener des enquêtes raisonnables sur les faits qui pourraient devoir être communiqués; iii) bien que la communication puisse entraîner la perte de nominations qui résisteraient à un examen judiciaire, les parties ont le droit à la communication de situations qui pourrait éviter la possibilité d'oppositions infondées; iv) même au risque de perdre de nouvelles nominations, les arbitres devraient faire preuve de prudence en faisant des communications qui pourraient violer la confidentialité de l'arbitrage.

---

1 *Szilard v. Szasz*, [1955] SCR 3.

2 Par exemple, *Arbitration Act,* SBC 2020 chap. 2, art. 16 (« loi de la Colombie-Britannique); *Loi de 1991 sur l'arbitrage,* LO 1991, chap. 17, art. 11 (« loi de l'Ontario); Loi type, art. 12; Règles d'arbitrage de l'IAMC, art. 3; et Règlement d'arbitrage international de l'ICDR, art. 13.

3 Par exemple, *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes,* AAA (2014); *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (2014) (les « Lignes directrices de l'IBA »).

4 Voir BENNET, Daniel R., Q.C. et Madelaine A. HODGSON, « Confidentiality in Arbitration: A Principled Approach », 3 *McGill Journal of Dispute Resolution* (2016-2017) 98. Voir également *Gea Group AG v. Ventra Group Co.,* 2009 CanLII 17992 (Cour supérieure de l'Ontario), *Rheaume c. Société d'investissements l'Excellence inc.*, 2010 QCCA 2209; Code de procédure civile du Québec, art. 4; Règlement d'arbitrage de l'ICDR, art. 37; et Règles d'arbitrage de l'IAMC, art. 4.18.2.

5 [2020] UKSC 48 (« *Halliburton* »).

6 Ces arbitrages étaient prévus par les polices d'assurance de type formule Bermudes, créées pour fournir une assurance responsabilité civile générale d'entreprise de risques successifs. Peu d'arbitres sont aptes à décider d'arbitrages sur les assurances de type formule Bermudes. Il est jugé souhaitable que les sentences qui interprètent et appliquent de telles polices soient cohérentes les unes avec les autres.

7 *English Arbitration Act, 1991*, art. 33

8 Il convient de souligner que la décision de la Haute Cour a été rendue alors que les trois arbitrages étaient en cours. Enfin, les deuxième et troisième arbitrages ont été rejetés sur des questions préliminaires. Chubb a remporté le premier arbitrage avant la décision de la Cour suprême.

9 Par exemple, article 11 de la loi de l'Ontario et article 12 de la Loi type.

10 *Arbitration Act,* RSBC 1996, al. 24 (1) a).

11 Par exemple, art. 12 de la Loi type et paragr. 13 (1) de la loi de l'Ontario.

12 La Cour a pris note du débat en cours sur les rôles respectifs des présidents et des arbitres nommés par les parties, les rôles appropriés des arbitres nommés par les parties et les mérites de la nomination par les parties.

13 Par exemple, paragr. 13 (1) de la loi de l'Ontario, paragr. 17 (1) de la loi de la Colombie-Britannique et art. 12 de la Loi type.

14 *Committee for Justice c. L'Office national de l'énergie,* [1978] 1 RCS 369; *Simcoe Condominium Corporation No. 78 v. Simcoe Condominium Corporation Nos. 50, 52, 53, 56, 59, 63 and 64,* [2006] O.J. nº 605 (Cour supérieure); *MDG Computers Canada Inc. v. MDG Kingston Inc.,* 2013 ONSC 5436; *Farah v. Sauvageau Holdings Inc.,* 2011 ONSC 1819.

15 Par exemple, art. 12 de la Loi type, paragr. 11 (1) de la loi de l'Ontario.

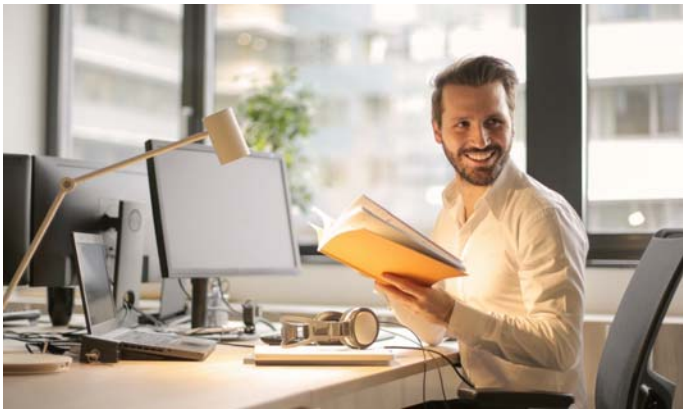
16 *Jacob Securities Inc. v. Typhoon Capital B.V.,* 2016 ONSC 604.

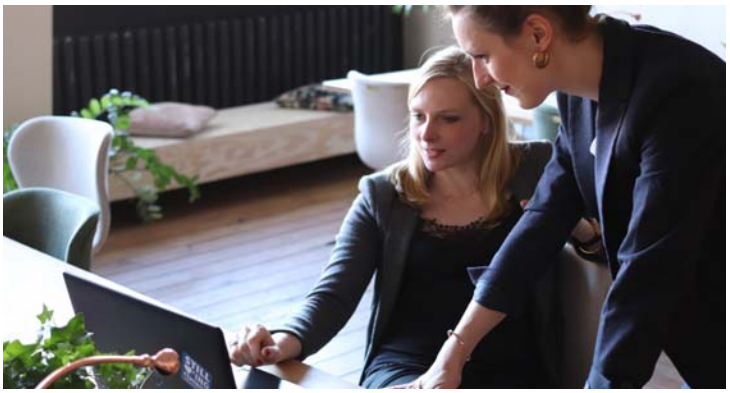
Soumission d'articles

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

En savoir plus

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*.

La confidentialité dans l'arbitrage commercial international : un mécanisme en réponse à des préoccupations croissantes

SAHAJ MATHUR

Sahaj Mathur étudie le droit à la West Bengal National University of Juridical Sciences, à Kolkata. Il a remporté le concours international Willem C. Vis en arbitrage commercial international, qui a eu lieu à Vienne en 2020. Ses sujets de recherche de prédilection comprennent l'arbitrage commercial international et le droit international public.

La confidentialité est largement considérée comme l'un des avantages les plus importants de l'arbitrage commercial international[1]. Elle est vue comme un aspect crucial d'une procédure d'arbitrage efficace et efficiente qui entraîne des effets juridiques.

Cependant, des développements récents ont remis en cause la présomption de confidentialité. En Australie, dans l'affaire *Plowman*[2], la Cour a conclu que la confidentialité n'est pas un aspect essentiel de l'arbitrage. Les principes de ce jugement ont été réaffirmés dans les affaires étatsunienne *Panhandle Eastern Corp.*[3] et suédoise *Bulgarian Bank*[4]. Depuis, la confidentialité arbitrale a été traitée différemment dans différentes juridictions. Dans les juridictions de droit civil comme la France, l'Allemagne et la Suisse, la confidentialité est considérée comme une caractéristique fondamentale de l'arbitrage, les procédures et les documents y étant presque entièrement assujettis[5]. Les juridictions de common law comme l'Angleterre et Singapour acceptent la nature intrinsèquement privée de l'arbitrage[6], mais d'autres, comme l'Australie, la Suède et les États-Unis, rejettent une obligation implicite générale de confidentialité.

Les questions de confidentialité sont davantage compliquées par les législations, qui ne réglementent pas du tout la confidentialité, ou qui la mentionnent en termes généraux et non spécifiques. Même les règles institutionnelles ont des perspectives très différentes de la confidentialité[7]. « Cela ne sert pas les objectifs du processus d'arbitrage international et donne lieu à des incertitudes et à des différends accessoires inutiles sur la portée des obligations de confidentialité[8]. » [TRADUCTION]

L'incertitude actuelle concernant la confidentialité mine l'arbitrage et pourrait conduire à une myriade de problèmes, tels des procès par médias interposés, la publication d'informations commerciales sensibles, la perte d'efficience et l'aggravation du différend.

1. Protection de la vie privée et confidentialité dans l'arbitrage international

Des enjeux importants découlent du lien entre la protection de vie privée et la confidentialité. La protection de la vie privée concerne les droits des tiers de connaître et d'assister à une procédure d'arbitrage. Par ailleurs, le caractère privé, à *huis clos*, de la procédure d'arbitrage est universellement accepté[9]. La confidentialité, en revanche, renvoie à « l'obligation affirmée de ne pas communiquer d'informations concernant l'arbitrage à des tiers[10] » [traduction].

Il convient de préciser que le secret découlant de la protection de la vie privée n'équivaut pas à une obligation de confidentialité contraignante absolue, même si la protection de la vie privée et la confidentialité sont traditionnellement liées. Les procédures privées ne sont pas nécessairement confidentielles. La confidentialité est importante pour éviter les perturbations et les interventions de tiers, et les procédures peuvent demeurer privées même si certains éléments de l'arbitrage sont communiqués à des tiers.

Cependant, les parties se présentent à l'arbitrage avec des attentes et des convictions à la fois en matière de protection de la vie privée et de confidentialité. De nombreuses règles institutionnelles et législations nationales ne traitent pas cette distinction, cruciale pour comprendre la nature théorique de la confidentialité[11].

2. Le fondement théorique de la confidentialité dans l'arbitrage international

Les accords entre les parties relatifs à la confidentialité ont un effet juridique en vertu du principe de l'autonomie des parties, selon lequel les parties elles-mêmes prévoient explicitement la portée et l'étendue de la confidentialité dans leurs procédures[12].

En l'absence d'un accord explicite en matière de confidentialité, le *lex arbitri* (la loi qui régit la procédure) s'applique aux questions de confidentialité[13]. Les règles institutionnelles et nationales peuvent également prévoir divers degrés de confidentialité applicables à la procédure d'arbitrage[14]. En l'ab-

Prix McGowan d'excellence en règlement des différends

Appel de mises en candidature pour 2021

L'IAMC lance un appel aux candidats pour les prix McGowan d'excellence en règlement des différents pour 2021.

Les prix sont accordés en hommage à Lionel J. McGowan, premier directeur exécutif de l'Institut d'arbitrage du Canada. La remise des prix McGowan aura lieu lors de l'Assemblée générale annuelle de l'IAMC qui se déroulera le 21 octobre 2021. Deux prix seront décernés. L'un en reconnaissance de la contribution exceptionnelle au soutien, au développement et au succès de l'Institut (ou au développement de modes alternatifs de règlement des différents au niveau national), et l'autre pour la contribution apportée à un affilié et au sein d'une région.

Date Limite

La date limite de réception des mises en candidature est le vendredi 3 juillet 2021. Nous vous invitons à nous les envoyer dès que possible. Veuillez joindre **une lettre indiquant les raisons pour lesquelles votre candidat(e) devrait être reconnu(e), en soulignant les contributions qu'il ou elle a apportées**, au bureau de l'IAMC, par télécopieur ou par courriel.

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

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

Prix d'excellence national

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

Prix d'excellence régional

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

sence de telles règles, je suis d'avis que la confidentialité peut être implicite dans la convention d'arbitrage.

À mon avis, les jugements des tribunaux australiens, américains et suédois reposent sur des considérations nationales et sont mal avisés d'un point de vue international. Ces jugements suggèrent à tort que la protection de la vie privée n'exige pas nécessairement la confidentialité, ignorant ainsi les raisons pour lesquelles la procédure arbitrale est privée dès le départ. Ces décisions ne critiquent pas suffisamment l'obligation implicite de confidentialité présumée et ne traitent pas l'attente répandue en matière de confidentialité des arbitrages.

Je propose de considérer la confidentialité comme une obligation implicite qui découle de la convention d'arbitrage, comme l'ont confirmé les tribunaux anglais. Premièrement, la confidentialité est l'un des avantages les plus importants de l'arbitrage. Deuxièmement, elle maintient la confiance commerciale dans l'arbitrage en protégeant les informations commercialement sensibles. La confidentialité devrait être considérée comme une question de droit, qui devrait être implicite dans la convention d'arbitrage[15]. Elle est inscrite « dans la nature et les objectifs de la convention d'arbitrage internationale, ainsi que dans la coutume et l'usage[16] ». Une obligation implicite de confidentialité éliminerait le besoin d'une analyse au cas par cas de l'intention des parties. Cependant, il convient de noter qu'une telle implication serait purement présomptive; elle pourrait être rejetée par d'autres conventions et s'accompagner d'exceptions[17]. Le tribunal d'arbitrage devrait être le seul à décider si la confidentialité est implicite dans la convention, en accordant une attention particulière à l'équilibre des intérêts et aux exceptions.

3. La portée de la confidentialité dans l'arbitrage international

Cette partie vise à clarifier les questions importantes relatives aux personnes tenues à une obligation de confidentialité dans un arbitrage et la mesure dans laquelle la confidentialité doit être présente dans la procédure d'arbitrage.

Le devoir éthique des arbitres de garantir la confidentialité des procédures arbitrales est généralement reconnu et considéré comme extrêmement élevé[18]. Il est crucial pour l'intégrité de la procédure d'arbitrage et pour la neutralité et l'efficience de la conduite des arbitres. Les obligations de confidentialité s'étendent à la rédaction des sentences arbitrales et aux communications internes concernant le règlement des affaires, ainsi qu'aux commentaires sur les décisions préliminaires. Les délibérations arbitrales sont également assujetties à la confidentialité. Par conséquent, les parties à l'arbitrage et les tiers ne sont pas autorisés à être présents ou à s'immiscer dans ces délibérations[19]. La confidentialité ne se limite pas aux réunions officielles; elle s'étend aux différentes formes de délibération adoptées par le tribunal. Cependant, des conversations constructives entre les arbitres et les avocats après le prononcé de la sentence ne sont pas considérées comme des violations de la confidentialité[20].

En ce qui concerne les parties à un arbitrage, je suis d'avis qu'elles sont tenues à la confidentialité en raison de sa nature implicite, qui découle de la coutume et de l'usage. Cependant, cette implication n'est pas absolue et l'étendue et la portée de la confidentialité à laquelle les parties sont tenues feraient l'objet des exceptions mentionnées à la partie 5 de cet article.

En outre, les dispositions de confidentialité dans les conventions d'arbitrage entre les parties ne lient que ces dernières; elles sont sans effet sur les tiers[21]. Par conséquent, en l'absence de dispositions contractuelles particulières, les tiers ne sont généralement pas tenus aux obligations de confidentialité[22]. En outre, les communications obligatoires à des tiers, comme les forces de l'ordre ou les autorités réglementaires, ne peuvent pas être évitées en invoquant la convention de confidentialité entre les parties[23].

4. La portée de la confidentialité dans l'arbitrage international

Une interdiction absolue de publier au sujet de la simple existence d'un arbitrage peut aller à l'encontre d'un besoin légitime de communiquer de telles informations[24]. Par con-

séquent, les institutions d'arbitrage reconnaissent largement que la communication de la simple existence d'un arbitrage est autorisée en présence d'un besoin légitime.

De nombreuses règles institutionnelles prévoient explicitement la confidentialité des documents ou d'autres éléments de preuve présentés pendant la procédure[25]. Bien que la confidentialité relative aux éléments introduits dans le cadre de la procédure s'applique avec moins de vigueur, la confidentialité de ces éléments demeure un avantage important de l'arbitrage[26]. Par conséquent, dans une situation ordinaire, je propose que ces éléments ne soient communiqués qu'avec le consentement explicite des parties. En l'absence de règles institutionnelles, les pouvoirs du tribunal de rendre des ordonnances de confidentialité pourraient renforcer la confidentialité de certains types de documents de nature commercialement sensible.

Je suis d'avis que la poursuite de droits légaux légitimes par les parties, comme la reconnaissance, l'exécution ou la contestation d'une sentence, ne constitue pas une violation de la confidentialité[27]. La question de la publication des décisions pose toutefois un problème important. Je considère que les attentes en matière de confidentialité sont considérablement plus faibles en ce qui a trait aux sentences arbitrales. En effet, les sentences sont rendues à la fin d'un différend et ne sont donc pas susceptibles d'avoir un effet sur la procédure d'arbitrage, éliminant ainsi un problème important relatif à la confidentialité. Les préoccupations concernant la confidentialité seraient dissipées si les sentences étaient publiées sous une forme caviardée ou assainie (en supprimant les noms et les caractéristiques identificatoires des parties). Les sentences publiées produiraient des avantages substantiels, notamment l'uniformité, la prévisibilité, des lignes directrices pour les tribunaux, des précédents, une qualité accrue des décisions et une plus grande rapidité. Dans cette mesure, les institutions arbitrales devraient publier les sentences dans une forme assainie en l'absence de l'opposition commune des deux parties.

5. Limitations de la confidentialité dans l'arbitrage international

Le droit prévoit une obligation implicite de confidentialité, présomptive, mais non absolue, et certaines situations où les violations de la confidentialité peuvent être excusées. La partie suivante vise à recenser et à traiter les situations générales dans lesquelles la confidentialité peut être violée, bien que de telles déterminations doivent être faites au cas par cas. Il convient de noter que de telles situations ne sont que des exceptions à la présomption générale de confidentialité et qu'elles ne portent pas atteinte à l'existence d'une obligation implicite[28].

a) Consentement

Découlant de l'autonomie des parties, la confidentialité peut être limitée lorsqu'il existe un consentement explicite ou implicite (selon le comportement) des parties à éliminer l'obligation de confidentialité[29].

b) Efficacité commerciale

La confidentialité peut être limitée pour des raisons d'efficacité commerciale, par exemple lorsque l'accès aux décisions est un besoin raisonnable[30].

c) **Obligations de conformité légale**

Les parties sont autorisées à communiquer des informations concernant les procédures arbitrales pour se conformer à des obligations gouvernementales en matière de communication devant les tribunaux ou pour se conformer à des autorités réglementaires, comme les autorités en valeurs mobilières, ou dans des affaires relatives aux autorités fiscales, judiciaires et pénales.

d) Communication dans l'intérêt de la justice

Les communications peuvent être nécessaires pour trancher équitablement une affaire, pour éviter des éléments de preuve contradictoires, pour protéger les

Photo 14467108 © Wavebreakmedia Ltd

intérêts légitimes des parties et pour s'acquitter d'obligations imposées par la loi[31].

e) Sauvegarde des droits légaux

Les parties peuvent communiquer des informations confidentielles afin de tenter de faire annuler, reconnaître ou exécuter des sentences arbitrales, ou pour demander des injonctions dans le cadre de l'exercice de leurs droits légaux[32]. Cette exception protège également les droits légaux d'une partie vis-à-vis d'un tiers[33].

f) Intérêt public

Comme l'a établi l'affaire *Plowman*, des informations peuvent être communiquées au public dans les cas où ce dernier a un intérêt légitime à être informé des procédures arbitrales, telles les affaires des pouvoirs publics[34]. Cette exception concerne les acteurs publics et gouvernementaux. Elle vise à prévenir un niveau de secret qui pourrait protéger un possible mépris de l'intérêt public[35].

À mon avis, les tribunaux devraient utiliser une approche de mise en équilibre des intérêts, dans le but d'établir un équilibre prudent entre les intérêts publics ou privés et les obligations de confidentialité. Cela devient évident dans l'exception d'intérêt public, où des communications sans entrave dans tous les cas impliquant des acteurs publics mineraient le besoin de l'arbitrage lui-même.

6. Suggestions et conclusion

Les préoccupations de confidentialité pourraient être largement dissipées dans la communauté internationale en adoptant les recommandations suivantes. Premièrement, les législations et les institutions arbitrales nationales pourraient introduire des règles plus claires, qui prévoient des obligations explicites de confidentialité, distinguant la confidentialité de la protection de la vie privée. Elles doivent également tenter de créer une règle générale de confidentialité, tempérée par des exceptions définies.

Deuxièmement, en raison du principe de l'autonomie des parties, ces dernières peuvent dissiper les préoccupations de confidentialité en rédigeant des clauses de confidentialité plus détaillées qui prévoient explicitement la portée, la durée, l'étendue de la procédure, les exceptions ainsi que l'application de la confidentialité.

Troisièmement, en l'absence de dispositions détaillées sur la confidentialité dans la convention entre les parties ou dans les règles institutionnelles, les tribunaux peuvent traiter les questions de confidentialité dès le début de la procédure par des ordonnances de procédure.

Quatrièmement, les préoccupations quant à la confidentialité des tiers peuvent être dissipées si les parties font elles-mêmes des efforts raisonnables pour obtenir l'accord explicite de ces tiers en matière de confidentialité.

Cinquièmement, les instituts de recherche en arbitrage pourraient élaborer des clauses types, à adopter par les institutions d'arbitrage ainsi que par les parties elles-mêmes, ce qui éviterait l'incertitude causée par des dispositions de confidentialité mal rédigées.

Par conséquent, j'ai fait valoir tout au long de cet article qu'il est possible de préserver les avantages de la confidentialité dans l'arbitrage international, en considérant la confidentialité comme une obligation implicite soumise à des exceptions bien définies.

---

1 Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*, 2e éd., 2014, 2779-2831.
2 *Esso Australia Res. Ltd v. Plowman*, [1995] HCA 19 (Australie).
3 *United States v. Panhandle Eastern Corp.,* 681 F. Supp. 229 (D. Del. 1988) (États-Unis).
4 *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v. A.I. Trade Fin. Inc.,* dossier nº T 1881-99 (2001) (Suède) (non publiée).
5 G. Aita c. A. Ojjeh, Cour d'appel de Paris, 1986, Revue de l'Arbitrage, p. 583 (France).
6 *Dolling-Baker v. Merrett*, [1991] 2 All ER 890 (Royaume-Uni); *Hassneh Insurance Co. of Israel v. Stuart J. Mew*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 243 (Cour du banc de la Reine, Royaume-Uni); *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir*, [1998] 2 All ER 136 (Royaume-Uni).
7 Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*, 2e éd., 2014, 2779-2831.
8 *Id.*
9 Hargrove, James. *« Misplaced Confidence? An Analysis of Privacy and Confidentiality in Contemporary International Arbitration », 3 Disp. Res. Int'l* 44 (2009).
10 Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*, 2e éd., 2014, 2779-2831.
11 Collins, Michael. *« Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings »,* 11 *Arbitration International* 321 (1995).
12 *Id.*
13 *Id.*
14 Brown, Alexis C. « Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration », 16 *American University International* L. Rev. *969 (2001).*
15 Born, Gary B. *International Commercial Arbitration,* 2e éd., 2014, 2779-2831.
16 *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir,* [1998] 2 All ER 136 (Royaume-Uni); *John Forster Emmott v. Michael Wilson & Partners Limited,* [2008] EWCA (Civ.) 184 (Royaume-Uni).
17 Born, Gary B. *International Commercial Arbitration,* 2e éd., 2014, 2779-2831.
18 *AT&T Corp. & Anr. v. Saudi Cable Co*., [2000] EWCA (Civ.) 154 (Cour d'appel d'Angleterre) (Royaume-Uni).
19 *Himpurna Cal. Energy Ltd v. Republic of Indonesia*, YCA XXV (2000), 13 et suiv. (Autriche).
20 Born, Gary B. *International Commercial Arbitration,* 2e éd., 2014, 2779-2831.
21 *Id.*
22 Paulsson, Jan et Nigel Rawding, « *The Trouble with Confidentiality* », 11 *Arbitration International* 318 (1995).
23 *Id.*
24 *Id.*
25 Règlement d'arbitrage de la CAIL, paragr. 30 (1); Règlement suisse d'arbitrage 2012, paragr. 44 (1); Règlement d'arbitrage de l'OMPI, art. 74.
26 *Emmott c. Michael Wilson & Partners,* [2008] EWCA (Civ.) 184 (Cour d'appel).
27 *Id.*
28 Born, Gary B. *International Commercial Arbitration,* 2e éd., 2014, 2779-2831
29 *Id.*
30 *Id.*
31 *Id.*
32 *Associated Electric & Gas Insurance Services Limited v. The European Reinsurance.*
33 *Id.*
34 *Id.*
35 *Id.*

Le droit d'appel et l'arbitrage commercial : Le bon, la brute et le truand[1]

Si vous avez suivi le processus de confirmation de la juge Barrett devant le Sénat des États-Unis, vous connaissez maintenant sans doute l'un des principes éthiques directeurs qui s'appliquent à tout juge saisi d'une question, peu importe la cour: tout juge doit s'efforcer de ne pas exprimer ses opinions personnelles au sujet de questions juridiques toujours pendantes, et plus particulièrement, au sujet de questions sur lesquelles un.e juge est susceptible d'avoir à rendre une décision.

On entend par contre beaucoup moins parler des principes éthiques directeurs qui s'appliquent aux juges retraités en ce qui a trait aux arrêts rendus par les cours où ils/elles ont siégé. Ces principes sont moins nombreux, mais il en existe tout de même quelques-uns. Mentionnons entre autres la nécessité de : 1) maintenir la confidentialité des délibérations d'une cour collégiale; et 2) s'abstenir de se prononcer, de manière favorable ou défavorable, sur les motifs de décisions dont le ou la juge est l'auteur.e, le ou la co-auteur.e ou auxquels il ou elle a contribué.

Si on applique ces principes aux arrêts de la Cour suprême du Canada sur le droit d'appel en matière d'arbitrage commercial, et sachant que je suis l'auteur des motifs de la majorité dans l'affaire *Teal Cedar*[2] et le co-auteur avec six autres juges des motifs de la majorité dans l'affaire *Vavilov*[3], certains d'entre vous doivent se demander ce que je fais ici en ce moment. Voilà une question légitime, et une préoccupation bien avisée.

Permettez-moi à la fois de vous décevoir et de vous rassurer. Non, je n'enfreindrai pas ces lignes directrices éthiques auxquelles je crois pour ma part fermement. Mais oui, je vais vous livrer quelques réflexions liées sur l'objet même de ce webinaire, vous donner un aperçu général du sujet et vous préciser quelques-unes des tensions que nous voulons explorer avec l'auditoire aujourd'hui. Dans le souhait que tout cela mènera à des échanges stimulants au cours des 90 prochaines minutes.

L'HONORABLE CLÉMENT GASCON

L'honorable Clément Gascon a une vaste expérience à titre de juge d'appel et de première instance, en plus d'être un avocat plaideur bilingue et bijuridique émérite. Sa carrière de plus de 17 ans à la magistrature l'a conduit à la plus haute cour du Canada. Avant cela, il avait cumulé 20 ans à titre d'avocat plaideur. Aujourd'hui avocat-conseil principal à Woods, à Montréal, il participe à des travaux consultatifs et agit à titre d'arbitre commercial.

Afficher la biographie complète.

Dans cette optique, j'insiste sur trois points :

I. Un aperçu général des lois régissant les droits d'appel en matière d'arbitrages commerciaux internes au Canada.
II. Quelques réflexions au sujet des décisions récentes de la Cour suprême du Canada dans le cadre de dossiers touchant le droit d'appel en matière d'arbitrages commerciaux internes.
III. Ce qui serait selon moi utile de savoir et comprendre pour orienter vos réflexions au sujet du contexte qui a mené à l'arrêt rendu dans l'affaire *Vavilov*.

Je dispose de 15 minutes. Je pourrais facilement vous parler de ce sujet durant une heure.

I. Les lois canadiennes régissant les droits d'appel en matière d'arbitrages commerciaux internes

Quand on réfléchit à une demande de révision potentielle d'une sentence arbitrale commerciale interne, trois concepts viennent à l'esprit et sont susceptibles d'influer les uns sur les autres :

1. L'appel
2. La cassation ou l'annulation de la sentence arbitrale
3. La révision judiciaire

Le simple fait que la plupart des législateurs et des auteurs (sans parler de la jurisprudence) utilisent des termes différents pour renvoyer à ces trois concepts nous indique que ceux-ci exigent que nous adoptions pour chacun d'eux une perspective différente, voire une analyse différente.

Aujourd'hui, nous allons mettre l'accent sur l'un de ces concepts : l'appel. Je partage tout d'abord avec vous trois remarques qui se veulent un aperçu des lois canadiennes à cet égard.

En premier lieu, il convient de préciser que les lois régissant les appels en matière d'arbitrages commerciaux internes au Canada ne sont pas toujours les mêmes. Ces appels ne sont pas non plus traités de la même façon partout. Et le traitement qu'on leur applique se distingue aussi de celui réservé aux appels en matière d'arbitrages commerciaux internationaux.

Par exemple, au Québec, ma province d'origine et de résidence, le concept d'appel en matière d'arbitrage commercial n'existe tout simplement pas. En vertu des dispositions applicables du *Code de procédure civile*[4], on ne révise pas le fond d'une sentence, et aucune disposition ne traite des appels visant une sentence arbitrale. Une cour est seulement autorisée à intervenir à l'étape d'une demande visant à casser ou à annuler une sentence en vertu du *Code de procédure civile*, soit au moment de l'homologation de la sentence ou dans le cadre d'une procédure distincte.

Les motifs qui permettent de demander que l'on écarte une sentence sont précis, et on peut les trouver dans les dispositions du *Code*. Ils sont fort semblables aux motifs que l'on retrouve dans la Loi type de la CNUDCI ainsi que dans les

règlements pertinents qui régissent l'arbitrage commercial international. Au Québec, le concept d'appel ne s'applique tout simplement pas en matière d'arbitrage commercial.

J'ouvre ici une parenthèse. Vous comprenez sans doute pourquoi il en est ainsi. Il est vrai que les parties optent pour l'arbitrage, car il est plus souple, souvent moins rigide qu'une procédure judiciaire. Le processus est généralement simplifié, et moins axé sur la procédure. Mais n'oublions pas non plus que les parties favorisent aussi l'arbitrage pour des raisons de rapidité et de finalité, et qu'elles se présentent devant un décideur expert qu'elles ont elles-mêmes choisi. Le choix du processus est également associé à des considérations valables en matière de confidentialité qui plaisent à de nombreuses parties. Aussi, certaines parties voient comme un avantage le fait qu'on ne puisse porter en appel une sentence arbitrale commerciale.

Deuxièmement, mon examen des lois pertinentes et applicables au Canada me porte à constater que la réalité au Québec est différente de celles de la plupart des autres provinces et territoires. En fait, il y a seulement une autre province, soit Terre-Neuve-et-Labrador, où il n'y a aucune disposition visant les appels dans le contexte de l'arbitrage commercial interne.[5] Cette distinction s'applique également aux lois fédérales sur l'arbitrage commercial interne.[6] Toutefois, dans les autres provinces et territoires, les lois qui s'appliquent à l'arbitrage commercial interne prévoient que les parties peuvent stipuler la possibilité d'un appel dans leur convention d'arbitrage (et même, dans certaines situations, sur des questions de droit, des questions mixtes de droit et de fait ou des questions de fait), ou qu'il est possible de porter en appel une sentence arbitrale commerciale interne, par exemple en se fondant sur des questions de droit.[7]

Ce qui m'amène à ma troisième et dernière remarque sur les lois canadiennes en la matière.

Si la possibilité d'interjeter appel existe, la façon dont les lois applicables sont formulées est cruciale. Nul doute que les diverses lois sont similaires à de nombreux égards, mais chacune est rédigée différemment. Le texte et les variations entre les textes sont importants, et soulèvent de nombreuses questions. Par exemple, est-ce que la convention d'arbitrage prévoit la possibilité d'en appeler? Si une autorisation d'interjeter appel est nécessaire, sur quels types de question l'appel peut-il être fondé? Quels sont les critères à respecter pour qu'on accorde une telle autorisation sur la foi d'une question de droit? Quels sont les critères à employer pour déterminer si une demande d'autorisation d'appel doit être accordée? L'importance de la question? L'incidence sur les parties? Autre chose? Il est impossible de réaliser une analyse valide sans se pencher sur la convention et sur la teneur des régimes législatifs qui s'appliquent.

Je me permets d'ajouter qu'on peut souvent trouver les dispositions des lois applicables aux appels tout à côté de celles qui portent sur la cassation (ou, au Québec, sur l'annulation) des sentences arbitrales. Elles ne sont toutefois pas identiques. Ce sont des concepts différents que l'on associe souvent à différents critères à respecter. En règle générale, les lois indiquent clairement quand un concept s'applique et non l'autre.

Je passe maintenant à mon deuxième point.

II. La jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada en matière d'appels visant les sentences arbitrales commerciales internes

En définitive, nous avons vu durant les dix dernières années deux décisions d'une grande importance rendues par la Cour suprême en matière d'appels visant une sentence arbitrale commerciale interne : *Sattva* en 2014[8], une décision unanime de la Cour, et *Teal Cedar* en 2017, une décision partagée de la Cour (5-4). Dans les deux cas, la loi en cause était la *Commercial Arbitration Act* de la Colombie-Britannique.

À mon avis, si vous décidez de lire ou d'analyser ces décisions, vous gagnerez à bien comprendre les passages pertinents dans le contexte qui leur est propre. Dans les deux affaires, il est important de s'attarder à comprendre les différences entre les passages portant sur l'existence d'un droit d'appel (sur une question de droit, par exemple) et ceux portant sur la norme de contrôle qui s'applique à l'appel si l'autorisation est accordée (par exemple, s'il s'agit d'une question de droit, quel est le type de révision qui s'impose?).

En ce qui a trait à la décision unanime rendue par la Cour en 2014 dans l'affaire *Sattva*, la première partie des motifs porte sur les critères permettant d'accorder une autorisation d'appel, c'est-à-dire sur l'existence ou non d'une question de droit. Dans l'affaire *Sattva*, certaines conclusions de la Cour portent sur l'interprétation des contrats et visent à déterminer si l'interprétation des contrats est une question de droit ou une question mixte de droit et de fait. Dans l'affaire *Sattva*, la Cour est arrivée à la conclusion que l'interprétation des contrats n'est pas en règle générale une question de droit, mais plutôt une question mixte de droit et de fait. La Cour a toutefois précisé qu'une question de droit peut porter sur l'interprétation des contrats dans une situation où il est possible d'isoler cette question de droit qui fait partie du processus d'interprétation. Selon la Cour, dans des circonstances très précises, l'interprétation de contrats peut faire appel à une question de droit pure ou à une question de droit qu'il est possible d'isoler. Dans l'affaire en question, la Cour a conclu au paragraphe 66 que l'autorisation n'aurait pas dû être accordée, car l'interprétation des contrats en question ne permettrait pas d'isoler une question de droit.

La Cour a ensuite formulé des commentaires sur les normes de contrôle d'une cour d'appel dans le contexte des appels visant une sentence arbitrale commerciale interne, pour ensuite traiter des similarités entre un tel appel et le processus de révision judiciaire. Dans ce cas, la question en cause n'était pas une question de droit, mais bien une question mixte de droit et de fait.

Parlons maintenant des trois questions abordées dans l'affaire *Teal Cedar* en matière d'interprétation des lois, d'interprétation des contrats et d'application des lois. En ce qui a trait aux deux dernières questions, la Cour a conclu qu'il s'agissait de questions mixtes et non de questions de droit, et que les lois applicables ne permettaient pas une autorisation

d'interjeter appel. En ce qui a trait à l'interprétation des lois, la majorité est arrivée à la conclusion qu'il s'agissait d'une question de droit, et que compte tenu de l'affaire *Sattva* et de l'application de la norme de la décision raisonnable, l'interprétation de l'arbitre était raisonnable. Selon les juges dissidents, peu importe la norme applicable, celle de la décision raisonnable ou celle de la décision correcte, l'interprétation de l'arbitre était erronée.

III. Ce qui vous serait utile de savoir et comprendre pour orienter vos réflexions au sujet du contexte qui a mené à la décision dans l'affaire *Vavilov*

Nous arrivons maintenant au dernier point que je voulais traiter avec vous cet après-midi : l'arrêt *Vavilov*. Pour certains, je comprends que l'affaire *Vavilov* représente « la brute et le truand » dans le titre de votre webinaire. Je n'ai bien sûr aucun commentaire ou opinion à formuler à ce sujet. Je vais me limiter à deux éléments qui aideront nos participants, je l'espère, à mieux comprendre la situation. Il y a tout d'abord le contexte dans lequel s'inscrit l'affaire *Vavilov*, et ensuite je passerai à des remarques ciblées sur l'importance des motifs.

Il est important d'évaluer l'impact de l'affaire *Vavilov* dans l'ensemble de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur le plan du droit administratif. Dans ses motifs à l'appui de sa décision d'accorder l'autorisation, la Cour a précisé, une mesure qu'elle ne prend que rarement, que cette affaire et celles qui y ont été jointes offraient à la Cour une occasion de se pencher sur le droit qui s'applique à la révision judiciaire d'une décision administrative. Au début de ses motifs, la majorité indique d'ailleurs que l'appel permet à la Cour de revoir l'approche générale à employer pour les révisions judiciaires de décisions administratives.

Pour plusieurs, le droit administratif est un domaine difficile du droit. Il exige de tenir compte de la relation entre l'état administratif, les justiciables et l'ordre judiciaire. Il exige aussi de soupeser l'interaction entre les rôles des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

Nul doute que de nombreuses questions qui se soulèvent en droit administratif se caractérisent par une absence de réponse simple. C'est un domaine qui n'a pas fini de susciter des débats. Cela n'a rien de surprenant, ou même de nouveau. Si on se penche par exemple sur l'histoire du droit administratif à la Cour suprême, disons qu'au cours du dernier demi-siècle, il est possible de remarquer, pratiquement une fois par décennie, une révision d'envergure de principe importants du droit administratif : en 1979, l'affaire *CUPE c. New Brunswick Liquor Board* a permis à la Cour d'examiner les concepts d'erreur dite juridictionnelle et de déférence[9]. En 1988, l'affaire *Bibeau*[10] a permis à la Cour d'introduire les concepts propres à l'approche pragmatique et fonctionnelle. En 1998, l'affaire *Southam*[11] a permis à la Cour de développer la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. En 2008, l'affaire *Dunsmuir*[12] a permis à la Cour de cerner les deux normes applicables à une révision judiciaire (décision raisonnable et décision correcte) et de traiter de la question des catégories. Et en 2019, la Cour a rendu sa décision dans l'affaire *Vavilov*. Nul doute que nous pouvons nous attendre à ce qu'au cours des prochaines années, l'état du droit administratif au Canada continue d'évoluer, de se raffiner et de susciter des questions. Il est de fait possible que la Cour élabore un jour sur le débat que certains soulèvent au sujet de l'incidence de l'affaire *Vavilov* sur les sentences arbitrales commerciales internes.

Cela dit, vous n'êtes pas sans savoir qu'en ce qui a trait à l'affaire *Vavilov*, le cadre dans lequel s'inscrivent les motifs de la majorité demande tout d'abord de sélectionner la norme de contrôle à appliquer, et ensuite de déterminer comment appliquer la norme de la décision raisonnable au processus de révision judiciaire. Pour la sélection de la norme à appliquer à la révision, la majorité a insisté sur les deux types d'exception qui existent pour l'application de la norme de la décision correcte : les exceptions fondées sur l'intention du législateur et les exceptions fondées sur la primauté du droit. En ce qui a trait à la façon de procéder à une révision axée sur la norme de décision raisonnable, la majorité a expliqué en détail pourquoi et comment une telle révision doit avoir lieu.

Parmi les points traités, la Cour a souligné que les cours et les arbitres ont d'importantes leçons à tirer de la décision *Vavilov* et d'autres décisions antérieures, par exemple la décision dans l'affaire *Sheppard*[13], en matière de rédaction des motifs. C'est ce que certaines personnes appellent la « discipline de motiver une décision », ou encore la culture de la justification. Une leçon à tirer est que bien que personne ne s'attende à la perfection, il demeure important pour tout décideur de ne pas oublier qu'il faut trouver le moyen de traiter des principaux problèmes qui sont en jeu, et de s'assurer que la partie perdante comprenne pourquoi sa position n'a pas été retenue.

Je me permets d'avancer qu'il est probable que cela s'applique tout aussi bien aux sentences arbitrales commerciales internes.

Je conclue.

Certaines personnes croient que la vie serait bien plus simple si les lois du Canada étaient dépourvues de dispositions relatives aux appels pour les affaires d'arbitrage commercial interne. Les sentences arbitrales commerciales internes devraient être bel et bien finales, et on devrait s'abstenir d'intervenir puisque les parties se sont entendues pour procéder ainsi. Ces personnes considèrent que le fait d'ouvrir la porte aux procédures d'appel nous offre le pire des deux mondes : un long processus de règlement privé pour lequel les parties doivent payer, suivi d'un long processus judiciaire que les parties avaient choisi d'éviter.

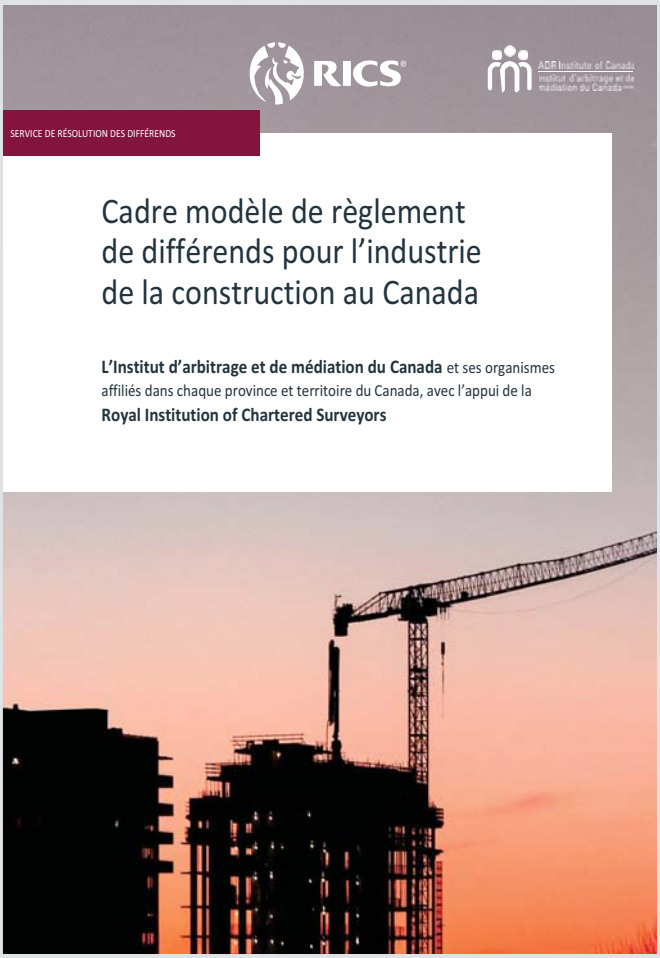
Je me permets humblement de suggérer qu'il existe une autre réalité aussi simple qu'inévitable qui caractérise tout processus décisionnel, une réalité que la sagesse qui accompagne l'âge avancé et les années d'expérience à traiter des questions d'arbitrage à tous les niveaux m'ont peut-être permis de mieux constater. Peu importe que le système fasse appel à un arbitre ou à un juge, le décideur est chargé de rendre une justice humaine, et non divine. Étant humaine, elle ne peut que demeurer imparfaite.

J'ai tendance à croire que la plupart des décideurs n'aiment pas laisser quelqu'un d'autre trancher à leur place, qu'il s'agisse par le moyen d'un appel ou

autrement, car ils préfèrent avoir le dernier mot. C'est un désir légitime qui découle peut-être de la nature humaine. Néanmoins, il ne faut pas je crois oublier que le fait de ne pas être contredit ne garantit pas nécessairement une meilleure issue. Comme je l'ai fait au début de mon propos, je vais conclure mon allocution en y allant d'une référence à nos voisins du sud. Le juge Jackson de la Cour suprême des États-Unis affirmait ce qui suit au sujet de l'ultime cour d'appel de leur pays : « Nous ne sommes pas les derniers parce que nous sommes infaillibles. Nous sommes infaillibles parce que nous sommes les derniers » [traduction libre].

C'est en effet un grand pouvoir que celui d'avoir le dernier mot. Mais ceux et celles qui n'en disposent pas doivent savoir, reconnaître et accepter que le fait de se prononcer en dernier ne signifie pas nécessairement que celui ou celle qui le fait a nécessairement raison. Ce constat peut, parfois, aider à mieux comprendre et accepter la situation, et à mieux jauger les forces et les faiblesses de tout processus d'appel ou de révision judiciaire.

1 Transcription des interventions formulées le 16 octobre 2020 lors d'un webinaire de l'IAMC [traduction libre].
2 Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique, 2017 CSC 32 (CanLII), [2017] 1 RCS 688
3 Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. *Vavilov*, 2019 CSC 65 (CanLII).
4 *Code de procédure civile,* C-25.01, Livre VII, Titre II, articles 645, 646 et 648.
5 *Arbitration Act*, RSNL 1990 c A-14.
6 *Loi sur l'arbitrage commercial* (L.R.C. (1985), ch. 17 (2e suppl.)) par. 34(1).
7 Alberta : *Arbitration Act*, RSA 2000, c A-43, s 44; Colombie-Britannique : *Arbitration Act*, SBC 2020 c 2, s 59; Manitoba : *Arbitration Act*, CCSM c A120, s 44; Nouveau-Brunswick : *Loi sur l'arbitrage*, LRN-B 2014, c 100, article 45; Territoires du Nord-Ouest : *Loi sur l'arbitrage,* LRTN-O (Nu) 1988, c A-5, article 27; Nouvelle-Écosse : *Commercial Arbitration Act*, 1999, c 5, s 48; Nunavut : *Loi sur l'arbitrage,* LRTN-O (Nu) 1988, c A-5, article 27; Ontario : *Loi de 1991 sur l'arbitrage, LO 1991, c 17*, article 45; Île-du-Prince-Édouard : *Arbitration Act*, c A-16, s 21; Saskatchewan : *Arbitration Act*, 1992, c A-24.1, s 45; Yukon : *Arbitration Act*, RSY 2002, c 8 (amended by SY 2016, c 8), s 26.
8 Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique, 2014 CSC 53 (CanLII), [2014] 2 RCS 632
9 S.C.F.P. c. Société des Alcools du N.-B., 1979 CanLII 23 (CSC), [1979] 2 RCS 227.
10 U.E.S., Local 298 c. Bibeault, 1988 CanLII 30 (CSC), [1988] 2 RCS 1048.
11 *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., 1997 CanLII 385 (CSC), [1997] 1 RCS 748*.
12 *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9 (CanLII), [2008] 1 RCS 190*.
13 *R. c. Sheppard, 2002 CSC 26 (CanLII), [2002] 1 RCS 869*.



L'IAMC lance un modèle cadre de règlement de différends pour l'industrie de la construction, une nouvelle formation et de nouveaux titres!

L'IAMC et son partenaire, le Royal Institute of Chartered Surveyors (RICS), ont élaboré un nouveau cadre modèle de règlement de différends pour l'industrie de la construction au Canada afin d'établir la norme en ce qui a trait à la gestion et à l'administration de ce nouveau domaine de la PRD. Vous pouvez accéder au document du cadre modèle à *ADRIC.ca/fr*.

Après de nombreuses années de consultation publique en Ontario et au niveau fédéral, les lois et le règlement de différends intérimaire obligatoire sont désormais en vigueur ou le seront bientôt dans plusieurs provinces. Le cadre modèle IAMC-RICS fournit des directives détaillées à toutes les provinces et territoires du Canada et permet de mettre en place un système de PRD qui sera le même dans tout le pays et qui repose sur un taux de réussite de 95 % depuis la première introduction du règlement de différends intérimaire au Royaume-Uni il y a 25 ans.

Les membres de l'IAMC ayant de l'expérience dans le domaine de la construction pourront bientôt présenter une demande pour devenir intervenants-experts brevetés (I-E.B) et membres du comité mondial de règlement des différends et des témoins experts de la RICS, dès qu'ils auront suivi le programme canadien de formation des intervenants-experts de l'IAMC-RICS, qui sera bientôt offert en ligne, et qu'ils auront été acceptés à la suite d'une évaluation approfondie et d'une entrevue.

Les organisations du secteur, leurs conseillers et le public pourront suivre un programme semblable axé sur l'utilisation de ce processus de PRD de manière à ce que l'application du règlement de différends dans le secteur de la construction soit équilibrée et équitable, car nous cherchons à obtenir un taux de réussite de 95 % dans tout le Canada.

L'IAMC annoncera lorsque la formation et les demandes seront disponibles.

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

COX & PALMER

Deloitte.

大成 DENTONS

Fairway divorce solutions

GOWLING WLG

IBC BAC

Imperial

ISMAILI CONCILIATION AND ARBITRATION BOARD FOR CANADA

KPMG

OSLER

ROSE LLP

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), Méd-Arb agréé(e), Médiateur/Médiatrice Breveté(e) ou Arbitre Breveté(e) :

NOUVEAUX ARB.A

Kevin Kelly, C.Arb (Alb.)
Lynne Poirier, C.Arb (N.-E.)
Stacey Rose, C.Arb (C.-B.)
Janie Soubliere, C.Arb (Ont.)
Isabel Stramwasser, C.Arb (Ont.)
Harveen Thauli, C.Arb (C.-B.)
Mark Tweedy, C.Arb (C.-B.)

NOUVEAUX MÉD.A

William Cornet, C.Med (Ont.)
Elise Corriveau, Méd.A (QC)
Christine Doucet, C.Med (N.-E.)
Mary Kathleen Joseph, C.Med (Ont.)
Carol Norell, C.Med (C.-B.)
Angela Walker, C.Med (N.-E.)

NOUVEAUX MÉD-ARB.A

Colm Brannigan, C.Med-Arb (Ont.)
Dora Dang, C.Med-Arb (Alb.)
Deborah M. Howes, C.Med-Arb (Alb.)
James B. Isaacs, C.Med-Arb (Alb.)
Jim McCartney, C.Med-Arb (Alb.)

NOUVEAUX ARB.B

Muhammad Aftab Alam, Q.Arb (Ont.)
Kim Anderson, Q.Arb (Sask.)
Lauren Bartlette, Q.Arb (Alb.)
Avy Ben-zvi, Q.Arb (Sask.)
Eric Cline, Q.Arb (Sask.)
Stephanie Gagnon, Q.Arb (Alb.)
John Chuan Guan Lee, Q.Arb (C.-B.)
Janet Hutchison, Q.Arb (Alb.)
Felix Ngalla Kongyuy, Q.Arb (C.-B.)
Fisnik Kumnova, Q.Arb (C.-B.)
Ronni Nordal, Q.Arb (Sask.)
Rob Ramage, Q.Arb (Ont.)
Emile Ramlochan, Q.Arb (Ont.)
Kelsey Roste, Q.Arb (C.-B.)
Sean Sinclair, Q.Arb (Sask.)
Leslie Smith, Q.Arb (Ont.)
Gregory Smith, Q.Arb (N.-E.)
Chloe Snider, Q.Arb (Ont.)
Gavin Bruce Strang, Q.Arb (Man.)
John (Jack) Sullens, Q.Arb (Ont.)
Ray Thapar, Q.Arb (Ont.)
Nikisha Thapar, Q.Arb (Ont.)
Anthony Tibbs, Q.Arb (Sask.)
Kimberly Visram, Q.Arb (Sask.)

NOUVEAUX MÉD.B

Yoko Azumaya, Q.Med (Alb.)
Lauren Bartlette, Q.Med (Alb.)
Paula Bartley, Q.Med (Ont.)
Nasser Chabar, Q.Med (Ont.)
Heather Charlesworth, Q.Med (Ont.)
Francesca Clarke, Q.Med (Alb.)
Maria Constantinescu, Q.Med (C.-B.)
Patricia Ortega Cubas, Q.Med (Sask.)
Ron Depaola, Q.Med (Ont.)
Kimberly Earing, Q.Med (Sask.)
Julian Ferguson, Q.Med (Ont.)
Carlie Foss, Q.Med (Ont.)
Jeffery Freedlander, Q.Med (Ont.)
Brian G. Grant, Q.Med (Ont.)
Marilyn Hood, Q.Med (Alb.)
Omar Khan, Q.Med (Ont.)
Amir Kia, Q.Med (Ont.)
Andrew Kitchenham, Q.Med (C.-B.)
Jacqueline Lamarre, Q.Med (Ont.)
Sara Lambert, Q.Med (Sask.)
Jeff Loudon, Q.Med (Ont.)
Rosanna Macri, Q.Med (Ont.)
Areta Marshall, Q.Med (Ont.)
Janet Milburn, Q.Med (Sask.)
Helena Morgan, Q.Med (Ont.)
Emma Naismith, Q.Med (C.-B.)
Mili New, Q.Med (Ont.)
Paul Nicholson, Q.Med (Ont.)
Cynthia Nwabuokei, Q.Med (Ont.)
Gregory Owens, Q.Med (Ont.)
Brian Rowland, Q.Med (C.-B.)
Danielle Scheffel, Q.Med (Ont.)
Cathy Stewart, Q.Med (Ont.)
Stacey Tanaka, Q.Med (Ont.)
Shawn Tock, Q.Med (Ont.)
Perminder S. Tung, Q.Med (C.-B.)
Sarah Turl, Q.Med (Ont.)
Kimberly Visram, Q.Med (Sask.)
Jessica Wasylynka, Q.Med (Sask.)
Haley Weir, Q.Med (Ont.)
Karen Wong, Q.Med (C.-B.)

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/*

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
2018-2020 **Andrew D. (Andy) Butt**, C.Med, C.Arb

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.)
2019 **Wendy Hassen**, Méd.A (ALB.)
2020 **Serge Pisapia**, Arb.A, Méd.A (Québ.)

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.)
2019 **Charmaine Panko**, Méd.A , Arb.B (ADRSK)
2020 **Eric Slone**, C.Arb (ADRAI)

QUI SOMMES-NOUS?

L'IIAMC 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, aborde tout les besoins en 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 les Règles de médiation, d'arbitrage et de médiation-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 en tant que généraliste et maintenant, expert familial.

CONSEIL D'ADMINISTRATION 2020-2021

EXECUTIF

Elton Simoes, Méd.A, Arb.B
Président et Administrateur général, Vancouver, C.-B.

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

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

Daniel Faucher, CStJ, B.Sc. AdeC, RCC[tm]
Vice-Président et Administrateur / Représentant de filiale - IMAQ, Québ.

Jasmine Schulz, B.A.
Vice-Présidente et Administratrice / Représentante de filiale – ADRIM, Man.

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

Paul Bradley, CPA, CA, CBV, CFF
Administrateur / Représentant corporatif - Deloitte, Halifax, N.-E.

Adam Fox, M.A., J.D., Méd.A
Administrateur / Représentant de filiale – ADRIO, Ont.

Isabelle Keeler, J.D.
Administratrice / Représentante corporatif – Cox & Palmer, Halifax, N.-E.

Matti Lemmens, LL.B
Administratrice / Représentante corporatif - Borden Ladner Gervais LLP, Calgary, Alb.

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

Stacey O'Dea, B.A., LL.B
Administratrice / Représentante corporatif - Imperial Oil Ltd., St. John's, T.-N.

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

Scott Siemens, Méd.A, FICB, B.Comm.
Administrateur / Représentant de filiale - ADRSK, Sask.

Lauren Tomasich, LL.B
Administratrice / Représentante corporatif - Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, Ont.

À DÉTERMINER
Administrateur / Représentant de filiale – ADRBC, C.-B.

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
Compagnie Pétrolière Impériale Ltée
Cox & Palmer
Deloitte LLP
Dentons Canada LLP
Environmental Appeals Board
Fairway Divorce Solutions
Gowling WLG
Ismaili Conciliation and Arbitration Board of Canada
KPMG LLP
Osler, Hoskin & Harcourt LLP
Rose LLP

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

NOS TARIFS PUBLICITAIRES

Communiquez votre message dans le Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien, destiné à plus de 2 400 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*

	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 $

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. @2021. 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.

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
347-1275 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.com*

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 141 Marion Street
Winnipeg, MB R2H 0T3
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*