

ENTREVUE AVEC L'HOMME D'AFFAIRES, AVOCAT ET PROFESSEUR DE DROIT MARC GOLD

Entrevue préparée par Marie-Claude Rigaud*



Marc Gold est professeur auxiliaire à la Faculté de droit de l'Université McGill et a été professeur agrégé de droit à Osgoode Hall Law School de 1979 à 1991. Depuis 1991, il est copropriétaire des Placements Maxwell Cummings et fils Limitée, une société privée d'investissement immobilier et de portefeuille à Montréal.

Il a obtenu son B.A. de l'Université McGill en 1972, son LL.B de l'Université de la Colombie-Britannique en 1978 et son LL.M. de la Harvard Law School en 1979. Il est membre du Barreau du Québec et Barreau du Haut-Canada et a été

* Professeure adjointe et Secrétaire de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, professeure associée à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et membre du Barreau du Québec et de l'Ontario. Des remerciements sont dus à Elvis Grahovic, étudiant en droit au programme de PRD de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke pour son travail de révision et d'édition de ce texte.

© 2014 Revue d'arbitrage et de médiation, Volume 4, Numéro 1.

accrédité par le Barreau du Québec en tant que médiateur en médiation civile, commerciale et du travail.

Marc Gold possède une vaste expérience pratique en matière commerciale et en droit commercial, y compris dans les conventions d'achat d'actions, le financement, la vente de biens, le développement immobilier, la construction, la gestion et gouvernance d'entreprise et le droit de l'emploi et du travail. Son cheminement de carrière lui a permis d'acquérir une grande expertise dans des domaines aussi variés que la fabrication, les produits de consommation, l'immobilier, l'hôtellerie, la technologie informatique, la biotechnologie et le capital de risque.

La Revue d'arbitrage et de médiation s'est entretenue avec M. Marc Gold autour des thèmes de l'arbitrage et de la médiation, notamment de l'escalade des coûts de l'arbitrage et du rôle et des limites de la théorie de la pratique de la médiation. Une réflexion personnelle appuyée par des exemples concrets tirés de sa vaste expérience est reproduite dans les pages qui suivent.

RAMJAM : Pourquoi avez-vous choisi la médiation et l'arbitrage comme champs de pratique ?

Permettez-moi de commencer sur une note personnelle.

J'ai commencé ma carrière professionnelle en tant que professeur de droit à Osgoode Hall Law School à l'Université York, enseignant des cours en droit constitutionnel, droits de la personne et droit de la preuve. Dans mes recherches, j'ai été très critique envers la Cour suprême du Canada pour ses interprétations restreintes de la *Déclaration canadienne des droits*, et j'étais un partisan enthousiaste de la *Charte canadienne des droits et libertés* et du rôle élargi des tribunaux qui en a découlé. En même temps, j'ai été exposé à un certain nombre de courants compensateurs qui ont été plus critiques concernant le rôle du droit comme je l'ai vu, conçu et perçu. Cette critique s'alimentait du courant « Critical Legal Studies », le mouvement grandissant de pluralisme juridique, et une exposition croissante à la diversité des traditions juridiques autochtones qui font partie du droit canadien. Malgré tout cela, je suis resté attaché à la promesse et au principe de la loi comme mécanisme principal pour régler des conflits sociaux de manière cohérente avec les valeurs fondamentales de notre société.

Je reste toujours attaché à nos valeurs juridiques fondamentales et à l'importance de notre système juridique, mais mes vingt-deux ans d'expérience en entreprise m'ont donné une perspective différente sur le rôle et les limites du droit de la procédure judiciaire. Au cours de mes nombreuses années comme entrepreneur et homme d'affaires, j'ai acheté et vendu des entreprises, développé de grands projets immobi-

liers, et ai été responsable de la gestion de conflits entre associés, actionnaires, gestionnaires et employés. Au cours de toutes ces années, j'ai constaté de près les coûts et les conséquences du traitement des litiges commerciaux devant les tribunaux.

Le litige est long, coûteux et frustrant. La durée et le coût des litiges sont bien connus et il n'est pas nécessaire d'en dire plus long. Du point de vue des affaires, les litiges commerciaux sont extrêmement frustrants parce que même lorsque nos causes sont gagnées, et nous voulons tous gagner nos causes, les enjeux réels de l'entreprise sont souvent ignorés ou mis de côté pendant le temps qu'il faut pour résoudre le conflit. C'est pourquoi j'en suis venu à croire fermement qu'il existe souvent une meilleure façon de régler les différends commerciaux que d'aller en litige et j'ai développé une profonde appréciation de la valeur et de l'importance de moyens alternatifs pour la prévention et le règlement des différends. Et c'est mon expérience dans les affaires qui m'a amené à introduire un nouveau chapitre dans ma vie professionnelle, celle de médiateur et d'arbitre.

D'une part, j'ai choisi la médiation comme moyen d'intégrer les différents aspects de mon passé personnel et professionnel – comme avocat, professeur de droit, homme d'affaires, bénévole dans la communauté, et fils d'un juge et médiateur. Aussi, sinon plus, la médiation (et dans une moindre mesure l'arbitrage) est en accord avec certaines de mes croyances et valeurs de base. Je suppose que c'est vrai pour beaucoup de monde, surtout pour ceux et celles qui choisissent de faire carrière dans la médiation ou l'arbitrage.

RAMJAM : Quelles sont ces valeurs ?

La première, mentionnée plus tôt, est l'importance et les limites de la loi. La loi est un outil dont la société se sert pour tenter de résoudre les conflits d'une manière qui respecte les valeurs fondamentales de liberté, d'égalité et de respect mutuel. Du même coup, la loi est limitée comme moyen de résolution de conflits en ce que les approches traditionnelles juridiques ne servent pas toujours les intérêts commerciaux des propriétaires, des gestionnaires et des travailleurs.

La seconde est l'importance de l'accès à la justice. La vie est pleine de conflits. Il faut que tout le monde ait accès à une façon efficace et abordable de les résoudre. Or, le coût du litige est tellement élevé qu'un grand nombre de personnes sont obligées, en fait, de renoncer à leurs droits parce qu'ils n'ont pas les moyens d'avoir recours au système judi-

ciaire. C'est injuste, surtout dans une société fondée sur la primauté du droit. La médiation et l'arbitrage des différends représentent, du moins en principe, des moyens d'offrir l'accès à la justice à un plus grand pourcentage.

Et cela m'amène aux questions de valeurs plus personnelles et profondes qui m'ont poussé vers la médiation comme métier à ce stade de ma vie professionnelle.

Commençons par le compromis. Je crois que le principe de compromis est une valeur fondamentale de l'interaction humaine. C'est un ingrédient essentiel pour le maintien de relations saines, que ce soit dans une famille, une entreprise, ou entre voisins. Le compromis est lié à la valeur du respect des autres. Je crois à la durabilité de solutions dans lesquelles les intérêts des deux parties sont pris en compte. La médiation comme processus oblige le médiateur à être ouvert aux autres et à inciter les deux parties à s'ouvrir les unes aux autres.

RAMJAM : Compte tenu de votre vaste expérience, pouvez-vous nous donner un cas vécu qui viendrait illustrer les avantages de l'arbitrage ?

Un entrepreneur voulait acheter une entreprise qui se spécialise dans la vente de produits de santé. Ces produits devaient être approuvés par une certaine instance gouvernementale avant qu'ils puissent être offerts au public. Le vendeur a fait des représentations indiquant que tous les produits qu'il vendait avaient été approuvés par l'instance gouvernementale en question. Compte tenu de ses représentations, les négociations se sont poursuivies.

Au cours des négociations, j'ai conseillé à l'entrepreneur d'insister pour que le contrat comporte une clause d'arbitrage, de sorte que les différends potentiels qui ne sont pas réglés en 60 jours doivent être soumis à l'arbitrage exécutoire au Québec. Le vendeur s'opposait à cette clause, préférant voir les différends être résolus par les tribunaux. Finalement, il a accepté la clause d'arbitrage pour mettre fin aux négociations et pour conclure la transaction¹.

Après la conclusion de la vente, l'acheteur a découvert que, contrairement aux déclarations faites dans le processus de négociations,

1. La société américaine a été fortement motivée à vendre l'entreprise à une date précise, en partie pour des raisons comptables, et peut-être aussi en raison de possibilités de primes pour certaines personnes responsables de la vente.

trois de ses produits les plus rentables n'avaient pas été approuvés par l'instance gouvernementale. Ces produits généraient près de 50 % des profits de l'entreprise.

L'acheteur a porté cette question à l'attention du vendeur pour essayer de résoudre le conflit amicalement, mais cela n'a pas réussi. Le vendeur a nié toute malversation, tandis que l'acheteur a allégué une fraude. Les discussions se sont poursuivies pendant un certain temps sans résultat. À un moment donné, le vendeur a offert d'annuler la vente et de reprendre l'entreprise. L'acheteur a refusé. Il voulait garder l'entreprise, mais il croyait avoir droit à une compensation pour dommages importants à la suite des fausses déclarations. Les négociations ayant échoué, l'acheteur a invoqué la clause d'arbitrage.

Les parties ont convenu de faire intervenir un arbitre ayant une expérience commerciale significative, et les auditions devaient commencer sept mois après la nomination de l'arbitre. À l'heure actuelle, les parties se préparent pour leur audience devant l'arbitre.

Cet exemple illustre les avantages, mais aussi les défis, sinon les problèmes, du processus de l'arbitrage des différends commerciaux tel qu'il est pratiqué aujourd'hui.

Commençons par les avantages de l'arbitrage. S'il n'y avait pas eu de clause d'arbitrage, l'affaire n'aurait pas été entendue avant plusieurs années. Pendant ce temps, l'entreprise aurait souffert gravement. Il ne faut pas minimiser l'impact des délais nécessaires à la procédure juridictionnelle sur une entreprise lorsque ses propriétaires et les cadres supérieurs sont engagés dans des poursuites judiciaires. Le temps nécessaire à la préparation d'un procès, à la planification d'une stratégie de litige, au rassemblement des documents nécessaires, au passage du processus de découverte et au déroulement du procès est énorme. Ce temps consacré au procès n'est pas consacré à l'entreprise. Pour un entrepreneur, cela peut représenter un cauchemar très coûteux.

D'autre part, avec une clause d'arbitrage, les acteurs impliqués sont en mesure de régler le problème beaucoup plus vite. Le temps, c'est de l'argent, et l'arbitrage prend beaucoup moins de temps que le litige. On peut commencer le processus plus rapidement, et il n'y a aucun appel de la décision ultime de l'arbitre.

Si les parties avaient choisi le litige, il n'y aurait aucune garantie que le juge soit familier avec le domaine des affaires en question ou même des affaires en général. En arbitrage, les parties ont le loisir de

choisir un arbitre ayant une expertise particulière et une connaissance des enjeux dans le domaine en question. Dans le cas actuel, l'arbitre choisi possédait une vaste expérience en matière commerciale, et il était éminemment qualifié pour bien saisir le noyau du conflit d'une perspective à la fois commerciale et juridique. La possibilité de choisir un arbitre en fonction de son expérience et de ses connaissances constitue un grand avantage de l'arbitrage par rapport au litige.

Je voudrais aller un peu plus loin. Dans le cas qui nous préoccupe, l'acheteur savait que l'affaire serait tranchée par un arbitre avec une grande expérience du monde des affaires. Cela lui donnait une plus grande confiance quant à la solidité de sa position, car il était certain que les aspects commerciaux du conflit seraient compris immédiatement par l'arbitre. Cette confiance a eu un impact très pratique, car à un certain moment durant le processus, le vendeur lui a offert une certaine somme à titre de règlement du différend. Comme il me l'a expliqué, il a rejeté l'offre de règlement, en partie parce qu'il avait confiance en la personne qui devait décider de son sort. S'il avait été dans une situation de litige sans savoir qui serait le juge et quelles seraient ses connaissances en la matière, il aurait sûrement envisagé d'accepter l'offre de règlement, même si elle apparaissait insuffisante.

RAMJAM : Et qu'en est-il des désavantages de l'arbitrage ?

Cela étant dit, l'arbitrage n'est pas forcément une option moins coûteuse que le litige. En effet, il peut être un processus parfois assez onéreux et possiblement plus dispendieux que le litige. Les parties doivent payer l'arbitre, souvent un juge à la retraite ou un avocat chevronné qui coûte très cher. Aussi, de plus en plus, l'arbitrage ressemble au processus judiciaire, avec tous les processus des interrogatoires préalables, contre-interrogatoire, et ainsi de suite. Comme je l'ai écrit plus tôt, le temps c'est de l'argent et les arbitrages commerciaux prennent de plus en plus de temps.

En fait, il n'est pas exagéré de dire qu'il y a une crise émergente dans le monde de l'arbitrage commercial. En effet, cela a fait l'objet d'un rapport important de la Chambre de commerce internationale² et a été le sujet d'un colloque récent organisé par l'Institut de la Médiation et Arbitrage du Québec et la Faculté de droit de l'Université McGill³.

2. International Chamber of Commerce, *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration* (Second edition), 2012.

3. « Comment assurer l'efficacité et la rentabilité de l'arbitrage commercial », Faculté de droit, Université McGill, le 24 mai 2013.

Cette entrevue n'est pas le cadre idéal pour aborder cette importante question en profondeur. Je me contenterai de relever quelques aspects simples.

Premièrement, ce sont les parties et leurs avocats qui peuvent façonner le processus pour que celui-ci soit plus efficace et moins coûteux. Si elles insistent pour que l'arbitrage devienne une image miroir du processus judiciaire, les parties devront en porter le blâme si la facture est trop élevée. D'autre part, si elles s'engagent à limiter leurs demandes procédurales au minimum pour garantir que le processus soit juste et équitable, soit par l'échange de documents, les admissions de faits, et autres techniques de la bonne gestion de l'instance, le processus d'arbitrage peut être efficace et moins onéreux. Une approche rigoureuse de la gestion de l'instance peut assurer que les parties bénéficient d'un procès équitable tout en offrant un processus qui est rentable. C'est en grande partie dans les mains de l'arbitre, aussi longtemps que les parties et leurs avocats sont des participants volontaires⁴.

Et il convient de souligner que ce n'est pas un problème nouveau, comme mon père le juge Gold l'a écrit il y a maintenant trente ans, et je traduis :

Brièvement et sans mettre de gants, si l'arbitrage ne sert plus les intérêts des parties, étant devenu ni simple, ni rapide et pas cher – ses vertus et ses buts originaux – les parties n'ont qu'elles-mêmes à blâmer.⁵

Deuxièmement, et nonobstant le rôle et la responsabilité des parties et de leurs avocats, c'est l'arbitre qui peut faire toute la différence. L'arbitre doit rester impartial entre les parties, mais ne peut pas rester neutre à l'égard de la conduite de l'arbitrage et de son impact sur les coûts.

Selon moi, le secret pour l'arbitre c'est d'être prêt à diverger du paradigme judiciaire sans sacrifier les principes de la justice naturelle et l'obligation de faire en sorte que les parties ont l'opportunité de bien présenter et défendre leurs positions. L'arbitre doit garantir que le processus soit juste et équitable, mais il doit aussi gérer les coûts du procès pour qu'ils demeurent raisonnables. Avec la collaboration des parties et

4. Sur la gestion de l'instance, voir l'article 22 des *Règlements d'arbitrage et d'ADR*, Chambre de commerce internationale, 2012. Voir aussi l'article 24 et l'Annexe IV qui définissent le processus de gestion des instances. Voir aussi l'article 151.1 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.

5. L'honorable Alan B. Gold, discours intitulé « An Immodest Proposal: Small Claims Grievance Arbitration », le 27 mai, 1983, Washington, D.C.

de leurs avocats, l'arbitre doit adapter la procédure à la nature et à la valeur pécuniaire du conflit. Autrement dit, il n'y a pas de substitut à un arbitre qui est prêt à agir de façon proactive pour s'assurer que les procédures sont exécutées de manière efficace.

RAMJAM : Pouvez-vous nous donner un cas vécu de médiation ?

Le propriétaire d'un hôtel a embauché deux gestionnaires expérimentés pour concevoir et exploiter un spa à service complet dans son hôtel de luxe. Les gestionnaires, un couple marié, étaient bien connus dans le monde des spas et ont quitté l'emploi qu'ils occupaient pour travailler sur ce projet. Le couple a signé un contrat qui stipulait qu'ils auraient droit à une indemnité de départ s'ils étaient remerciés pendant les deux premières années d'emploi. La relation entre le propriétaire et les gestionnaires était très bonne au cours des trois premières années. Au début, le propriétaire les traitait comme des membres de sa propre famille et le projet allait très bien. À un certain moment, cependant, la situation a changé. Le spa est devenu moins rentable et le rapport entre le propriétaire et le couple s'est gravement détérioré. Le propriétaire tenait les gestionnaires responsables de la situation financière de l'entreprise et il a mis fin à leur emploi sans préavis et sans offre de compensation.

Les gestionnaires se sont sentis blessés par la réaction du propriétaire. Selon eux, les problèmes rencontrés dans la gestion du spa ne relevaient pas de leur responsabilité. Ils croyaient que c'était plutôt le résultat de plusieurs facteurs hors de leur contrôle, y compris un ralentissement de l'économie, l'arrivée sur le marché d'autres spas en concurrence, des budgets inadéquats de marketing, et ainsi de suite. En conséquence, ils ont refusé de quitter le spa jusqu'à ce que leur soit versée l'indemnité de licenciement prévue dans le contrat. Le propriétaire a refusé de leur payer quoi que ce soit et la communication entre les deux parties a été complètement rompue. Les deux parties ont alors consulté des avocats, des lettres furent échangées et les frais juridiques ont commencé à s'accumuler. La santé de l'entreprise a commencé à se détériorer.

On m'a demandé si je pouvais tenter de négocier un accord entre le propriétaire et les gestionnaires pour mettre fin à cette querelle et éviter le litige. Il m'apparaissait clairement que le couple avait de solides arguments et que le propriétaire s'apprêtait à dépenser de grosses sommes d'argent et les chances qu'il gagne sa cause étaient minces. J'ai rencontré le couple pour entendre leur version des faits. Au début, ils ne

parlaient que de ce qu'il leur revenait légalement – le montant qui, selon eux, devait être payé par le propriétaire en matière de dommages. Mais après un certain temps, ce qui faisait surface, c'est qu'ils s'étaient sentis très blessés autant sur le plan professionnel que personnel.

Premièrement, ils avaient exécuté leur travail du mieux qu'ils le pouvaient et ils étaient aussi sincèrement déçus que l'entreprise n'eût pas connu le succès espéré. Les gestionnaires se considéraient comme des professionnels et des personnes intègres. Le fait que le propriétaire doute de leur engagement envers l'entreprise était un véritable affront.

Plus important encore, ils étaient blessés émotionnellement. Au début de leur embauche, ils avaient été traités comme des membres de la famille. Ils étaient souvent invités à la maison du propriétaire. Les relations personnelles qu'ils entretenaient avec le propriétaire étaient devenues une partie importante de leur vie. Trois ans plus tard, ils étaient remerciés sans aucune explication. Il est vrai qu'ils comptaient sur une compensation financière. Cependant, ils s'attendaient à plus de la part du propriétaire – une reconnaissance qu'ils avaient fait du bon travail et que la façon dont ils avaient été congédiés n'était pas justifiée.

J'ai ensuite rencontré le propriétaire afin de mieux comprendre son point de vue. Ce que j'ai appris, c'est qu'il était très inquiet au sujet de ses affaires en général. Il s'attendait à un meilleur rendement financier du spa, et il se sentait trahi par les gestionnaires. Il était d'opinion qu'ils n'avaient pas respecté ses intérêts financiers à titre de propriétaire et que seul leur salaire les intéressait. J'ai essayé de lui expliquer leur point de vue, mais il restait convaincu que les gestionnaires étaient de mauvaise foi, qu'ils n'en avaient que pour son argent, et il a refusé de leur offrir une quelconque compensation. C'était devenu une question de principe pour lui.

Au cours du processus, il est devenu clair pour moi que les deux parties avaient des besoins qu'ils n'étaient pas en mesure d'exprimer à l'autre. Le couple avait besoin d'une reconnaissance de leur professionnalisme et de leur bonne foi, alors que le propriétaire voulait faire entendre son inquiétude sur la santé de l'entreprise et sa déception quant aux résultats financiers.

Après quelques rencontres avec les deux parties, nous avons réussi à parvenir à une entente. Les éléments de l'entente étaient assez simples : d'une part, les gestionnaires ont expliqué au propriétaire qu'ils étaient aussi troublés par la mauvaise performance financière du spa. D'autre part, le propriétaire a offert ses excuses pour leur congédiement,

et leur a donné une compensation financière. Il faut noter que les gestionnaires ont accepté une compensation financière bien moindre que ce qu'ils avaient demandé au début, et ce, parce que le propriétaire avait reconnu qu'il avait eu tort. De même, cette compensation financière était bien inférieure au montant que le propriétaire aurait eu à déboursier si nous avions procédé au litige.

Cet exemple illustre un point important sur la pratique de la médiation, et peut servir à éclairer certains aspects du débat théorique au sein de la communauté de médiation.

RAMJAM : Quelle est selon vous l'utilité de la théorie dans la pratique de la médiation ?

On peut comprendre qu'un nouveau venu dans la littérature de la médiation se sente un peu étourdi par la multitude d'approches et de théories s'y rattachant, chacune prétendant être la meilleure, sinon la seule façon de pratiquer la médiation. Il y'a l'approche dite de Harvard ou la médiation basée sur les intérêts, souvent désigné comme la médiation intégrative⁶, la médiation transformative⁷, la médiation narrative⁸, la médiation humaniste-relationnel⁹ et ainsi de suite. En fait, la littérature se caractérise par différentes tentatives de classification des différentes approches de la médiation. Un auteur identifie six modèles de pratique de la médiation¹⁰, tandis qu'un autre auteur énumère 13 adjectifs distincts mettant en lumière les différentes approches de la pratique¹¹.

6. Cette approche est basée sur le travail séminal sur la négociation développée à Harvard, et reste l'approche dominante dans la médiation des différends commerciaux. Voir Roger Fisher, William Ury et Bruce Patton, *Getting To Yes*, New York (NY), Penguin Books, 2011.
7. Robert A. Baruch Bush et Joseph P. Folger, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, rev. ed., San Francisco (CA), Jossey-Bass, 2005. Voir aussi John P. Weldon, « La médiation transformative au soutien de l'autodétermination des parties » (2012) 21(1) *Journal d'arbitrage et de médiation du Canada* 37.
8. Voir John Winslade, Gerald Monk et Alison Cotter, « A Narrative Approach to the Practice of Mediation » (1998) 14(1) *Negotiation Journal* 21.
9. Voir Mark S. Umbreit, « Humanist Mediation: A Transformative Journey of Peacemaking », Center for Restorative Justice & Peacemaking, University of Minnesota, 14 mars 1997, en ligne : <http://www.cehd.umn.edu/ssw/rjp/resources/rj_dialogue_resources/humanistic_approach/Humanistic_Mediation_Transormative_Journey.pdf>.
10. Voir Nadia Alexander, « The Mediation Metamodel: Understanding Practice » (2008) 26(1) *Conflict Resolution Quarterly* 97. Alexander distingue entre les approches suivantes : « settlement », « facilitative », « transformative », « expert advisory », « wise counsel », et « tradition-based ».
11. « It is by now no secret that there are many different approaches to mediation practice. The field has seen a proliferation of adjectives that try to capture these differences,

Mais les débats ne s'arrêtent pas là. Au sein du modèle intégratif par exemple, il y a eu un débat féroce entre les partisans de la médiation évaluative et ceux de la médiation facilitative, le premier mettant l'accent sur le rôle du médiateur dans l'élaboration de la solution tandis que le second met l'accent sur le rôle des parties¹². Et même parmi ceux qui préfèrent l'approche évaluative, les auteurs ont identifié un éventail d'approches au sein de ce paradigme unique¹³.

Face à tout cela, la tentation pourrait être forte de vouloir rejeter la valeur pratique de la théorie. Mais ce serait une erreur. Les théories de la médiation offrent une valeur considérable dans la pratique de la médiation, mais seulement quand on comprend son rôle et ses limites.

RAMJAM : Quel est, selon vous, le rôle de la théorie en médiation et quelles en sont les limites ?

Je trouve utile d'organiser ces approches par la façon dont elles définissent leur objectif principal, c'est-à-dire, la réussite. On peut distinguer au moins deux grands objectifs dans la littérature : (1) en arriver à un accord et (2) rebâtir la relation entre les parties. À mon avis ces deux éléments sont présents dans de nombreux conflits, en particulier ceux impliquant des partenaires d'affaires et dans les relations d'affaires en cours.

Arriver à un accord qui met fin au différend est l'objectif principal dans les conflits commerciaux. Dans ces cas, l'approche basée sur les intérêts est extrêmement importante et utile. Mais ce qui se cache derrière le conflit va souvent au-delà des différences évidentes entre les parties quant à leurs prises de position et leurs intérêts financiers.

including transformative mediation, client- centered mediation, facilitative mediation, problem-solving mediation, muscle mediation, med-arb, arb-med, humanistic mediation, naturalistic mediation, evaluative mediation, therapeutic mediation, rights-based mediation and interest-based mediation (to name but a few !). » Dorothy J. Della Noce, « Mediation Policy: Theory Matters », en ligne : <<http://mediate.com/articles/dellanoce.cfm>>.

12. L'origine de la distinction se trouve dans l'article de Leonard L. Riskin, « Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques, A Grid for the Perplexed » (1996) 1 *Harvard Negotiation Law Review* 7. Voir aussi Jeffrey W. Stempel, « The Inevitability of the Eclectic: Liberating ADR from Ideology » (2000) *Journal of Dispute Resolution* 247 aux pp. 254-256.
13. Voir Samuel J. Imperati, « Mediator Practice Models: The Intersection of Ethics and Stylistic Practices in Mediation » (1997) 33 *Willamette Law Review* 703. Voir aussi John Lande, « Towards More Sophisticated Mediation Theory » (2000) *Journal of Dispute Resolution* 321.

Comme nous l'avons vu, ce sont souvent les relations interpersonnelles entre les parties qui sont à la base du conflit. Cela est frappant dans le cas de conflits conjugaux. Mais il est également évident dans de nombreux différends de nature commerciale, soit dans le cadre d'entreprises familiales, de conflits de partenariat, et ainsi de suite. Dans de tels cas, les approches de médiation portant sur le traitement et la réparation de la relation entre les parties peuvent être la clé du succès de la médiation du conflit. Un médiateur ouvert aux approches théoriques multiples sera mieux placé pour aider les parties que celui qui est praticien – je suis tenté de dire prisonnier – d'une seule approche.

Et ce qui se cache derrière une relation endommagée est parfois, sinon souvent, une question de communication¹⁴. Même lorsque les désaccords entre les parties sont de nature très profonde, trouver des moyens constructifs pour en débattre peut constituer la première étape vers une résolution de leurs conflits. Autrement dit, changer le ton et l'orientation de la communication entre les parties peut être une étape nécessaire pour les aider à trouver une solution mutuellement satisfaisante. À cet égard, les approches qui mettent l'accent sur la communication et la compréhension interpersonnelles seront très utiles¹⁵.

Pour ces raisons, je crois que les dimensions théoriques sont importantes dans la pratique de la médiation. Cela étant dit, la recherche de l'unique bonne approche – la seule vraie approche – est futile. La clé est d'essayer de comprendre la nature du différend et les objectifs véritables des parties. Si le médiateur prend cette approche, il s'avère que toutes les approches peuvent être utiles.

Cependant, pour ce faire, il faut comprendre la nature des conflits et comment les gens se comportent dans ces situations. Dans ces cas, une connaissance des théories des conflits peut s'avérer très utile.

Les sources de conflit ne sont pas toutes les mêmes. Différents enjeux et intérêts interagissent souvent les uns avec les autres. Certains conflits soulèvent des questions qui apparaissent assez simples, comme un désir de compensation. D'autres relèvent plutôt des relations entre les parties ou encore soulèvent des questions d'identité personnelle et d'estime de soi, tandis que d'autres reflètent les approches diffé-

14. Douglas B. Stone, Bruce Patton et Sheila Heen, *Difficult Conversations*, New York (NY), Penguin Books, 2010.

15. Voir Marshall Rosenberg, *Nonviolent Communication: A Language of Life*, Encinitas (CA), PuddleDancer Press, 2003. C'est aussi que l'approche « narrative » peut être utile aussi. Voir John Winslade, Gerald Monk et Alison Cotter, *op. cit.*, note 8.

rentes des parties face aux conflits en général¹⁶. Ce qui est important de remarquer c'est que les sources de différends sont souvent une combinaison de tous ces éléments.

Cela a été illustré dans le cas d'étude entre le propriétaire et les gestionnaires du spa. En surface, le différend semblait être une question d'argent et de défense des droits juridiques des gestionnaires. Mais en creusant un peu, j'ai rapidement pris conscience d'autres éléments de nature plus personnelle et émotionnelle, y compris les angoisses du propriétaire, la détérioration des relations entre les parties et le besoin de reconnaissance du professionnalisme des gestionnaires. La résolution du conflit devait incorporer tous ces différents éléments en interaction.

L'aspect théorique est également important pour bien comprendre la psychologie des parties à divers stades d'un différend. Il a été suggéré que les conflits peuvent dégénérer en cinq étapes, en commençant par des situations conflictuelles ordinaires où les parties agissent d'une façon rationnelle dans leur intérêt personnel, en passant par une série d'étapes où les parties agissent de moins en moins rationnellement et enfin régressent vers des modèles plus émotionnels et infantiles¹⁷. La pertinence de cela est que différentes stratégies sont appropriées pour différentes étapes et types de conflit. Un commentateur a suggéré que la médiation basée sur les intérêts, qu'elle soit évaluative ou facilitative peut être appropriée pour des conflits à un stade précoce où les objectifs de contenu sont dominants, tandis que la médiation transformative ou narrative sera mieux appropriée à de plus hauts niveaux de conflit où l'identité et les relations sont les vrais enjeux¹⁸. Comme l'exemple du spa l'illustre bien, le processus fonctionne souvent en sens inverse. Il se peut que les problèmes de relation entre les parties doivent être résolus avant qu'ils ne puissent s'entendre de façon raisonnable sur la valeur financière de leurs différends.

Tel que le propose un auteur, on peut considérer cette approche comme une sorte de théorie unifiée de la médiation, du moins possiblement¹⁹. Cependant, du point de vue de la médiation de différends commerciaux, ce qu'il est important de retenir est à la fois plus simple et pratique. Le médiateur doit analyser la nature du problème et essayer de

16. Voir William W. Wilmot et Joyce L. Hocker, *Interpersonal Conflict*, 5^e éd., New York (NY), McGraw-Hill, 1998.

17. Kurt R. Spillman et Kati Spillman, « On Enemy Images and Conflict Escalation » (1991) 27 *International Social Science Journal* 57.

18. Douglas E. Noll, « A Theory of Mediation » dans American Arbitration Association, *Handbook on Mediation*, 2^e éd., Huntington (NY), JurisNet, 2010 aux pp. 23-36.

19. *Ibid.*

comprendre tous ses aspects. Il doit tout questionner afin de découvrir ce qui peut se cacher derrière les positions des parties et de mieux comprendre ce qui est au cœur du conflit. Et il peut utiliser l'approche ou la technique qu'il considère la mieux adaptée à la nature du conflit et aux besoins et désirs des parties.

Cette précision peut sembler une évidence ; effectivement, c'en est une. Elle est cependant nécessaire pour ceux qui croient avoir découvert l'unique approche digne d'être appelée « la médiation ».

La médiation est un art et un métier. Les modèles théoriques sont très utiles en ce qu'ils mettent en lumière différents aspects des conflits humains et divers outils appropriés pour y remédier. Je vais aller plus loin et ajouter que la compréhension des différentes approches théoriques – et en fait une immersion dans les vigoureux débats sur la théorie de la médiation – aide à identifier les limitations inhérentes à tout modèle ou toute approche. On comprend donc l'importance de la théorie en médiation. Son importance est amoindrie cependant et cesse d'être utile lorsqu'elle pousse le médiateur à rester prisonnier d'une approche unique dans une situation donnée.

Un bon médiateur taille son approche à la situation qui se présente à lui. Il n'est pas limité par une seule approche, il fait plutôt preuve de souplesse en choisissant l'approche qui convient le mieux à la situation. En fin de compte, dans ce processus délicat et dynamique, la bonne approche est celle qui est la mieux adaptée à la nature du conflit et aux besoins et désirs des parties.

RAMJAM : En terminant, quels seraient les trois conseils pratiques que vous donneriez à un médiateur ou à un arbitre ?

J'ai commencé sur une note personnelle et je voudrais terminer de la même façon.

Mon père était un médiateur et un arbitre chevronné. Dans sa longue carrière, il a obtenu un certain nombre de mandats importants à la fois sur la scène provinciale et nationale, y compris le conflit au sujet du Port de Montréal, celui impliquant Postes Canada, une grève des chemins de fer du pays, et la crise d'Oka, pour n'en nommer que quelques-uns. Il était un homme pragmatique, disant souvent qu'il n'était pas un théoricien, mais un simple praticien. Ses idées et conseils très pratiques, mis au point au cours d'une longue carrière très variée riche en expériences, illustrent et confirment certaines des idées théoriques

relevées dans la littérature, et fournissent une bonne piste pour quelqu'un qui veut faire carrière dans la médiation ou l'arbitrage.

Permettez-moi de partager avec vous ses commentaires sur la façon dont le médiateur devrait aborder sa tâche. Je pense que ses propos sont pertinents, quel que soit le type de médiation. En fait, il décrit en général l'attitude qu'un bon médiateur doit adopter afin de déterminer quelle stratégie ou tactique est la mieux adaptée à la situation. Ses propos sont également pertinents quant au rôle de l'arbitre. Pour que l'arbitrage soit juste, rapide et rentable, l'arbitre doit comprendre les enjeux pleinement et rapidement afin qu'il ou elle puisse structurer le processus de manière efficace. Pour ce faire, l'arbitre serait bien avisé de garder à l'esprit les conseils suivants.

Mon père résume sa démarche en citant le slogan sur la sécurité que nous avons enseigné à nos enfants avant qu'ils ne traversent la rue pour la première fois : « s'arrêter, regarder et écouter »²⁰.

S'arrêter, c'est de ne rien faire avant d'avoir appris tous les faits pertinents.

Le grand avantage de la médiation et de l'arbitrage commercial est que les parties peuvent choisir la personne qui les aidera à résoudre leur différend. Souvent, leur choix sera influencé par l'expérience et les antécédents de la personne. Peu importe son expérience cependant, il incombe à l'arbitre ou au médiateur de prendre le temps de vraiment comprendre les enjeux et les faits. Pour cela il doit être patient et ouvert. Il doit se garder de porter un jugement hâtif. Au moment où une idée commence à se développer sur la manière dont l'affaire devrait être abordée, il doit suspendre son jugement et prendre un certain recul pour une période de temps.

C'est ce à quoi les parties s'attendent d'un médiateur et d'un arbitre. C'est aussi ce que les médiateurs et les arbitres devraient exiger d'eux-mêmes. L'alternative est à éviter pour plusieurs raisons, dont la moindre est votre réputation professionnelle. Encore une fois je cite mon père :

Ne vous lancez pas la tête la première, assuré que vous connaissez les réponses mieux que les parties. Vous ne ferez que leur prouver ce que

20. « If I had to put into a slogan what a mediator should do when he first comes into the picture I would take the safety slogan that we taught our children when first crossing the street: Stop, look and listen. » L'honorable Alan B. Gold, « Stop, Look and Listen », discours donné à la Société des professionnels en résolution de conflits, Toronto, Ontario, le 19 octobre 1981.

quelques-uns parmi eux soupçonnent de toute façon – que vous êtes un idiot.²¹

Regarder c'est d'identifier les parties et leurs problèmes pour mieux comprendre comment et pourquoi elles sont dans l'impasse.

Il est courant d'observer un médiateur chercher plus loin que ce que les parties identifient comme leurs véritables intérêts, ou d'observer qu'il peut y avoir des problèmes personnels et émotionnels qui alimentent le conflit. Notre étude de cas concernant le spa illustre parfaitement cette situation. Un bon médiateur doit prendre le temps de vraiment comprendre ce qui se cache derrière les conflits.

Cette approche est aussi valable pour un arbitre, particulièrement lorsque les parties ont une relation d'affaires continue. Il est vrai que le rôle de l'arbitre est de juger l'affaire sur la base des principes juridiques qui s'appliquent. Ce n'est pas sans dire que sa compréhension des causes profondes du conflit et des vrais besoins des parties peut aider à façonner l'avenir des relations entre les parties, même si sa décision est sans appel.

Écouter, probablement le plus important, veut simplement dire écouter ce que les parties ont à vous dire.

Les parties ont besoin d'être écoutées et entendues. Parfois, c'est la clé pour que l'impasse soit débloquée, en particulier lorsque les problèmes de relations et d'identité sont à la base du conflit. Encore une fois, nous l'avons constaté dans notre exemple du spa. Donc, ce qu'ils disent est important, mais ce qu'ils ne disent pas l'est tout autant. En effet, les messages importants sont souvent communiqués de façon non verbale, par le langage du corps.

Les médiateurs expérimentés savent comment écouter activement et faire preuve d'empathie, tout en maintenant leur impartialité. Les arbitres expérimentés savent que leur responsabilité primordiale est de fournir une possibilité équitable aux deux parties de présenter leurs arguments. Autant pour un médiateur que pour un arbitre, avoir une oreille attentive est une qualité indispensable.

En conclusion, ce simple slogan – « S'arrêter, regarder et écouter » – incarne la grande sagesse pratique dont tous les médiateurs et arbitres devraient s'inspirer et résume bien une bonne partie de la littérature

21. L'honorable Alan B. Gold, *ibid.*

théorique sur le sujet. Il m'a guidé dans ma toute carrière professionnelle et d'affaires.

RAMJAM : Le projet de loi portant réforme au *Code de procédure civile* propose que l'arbitre pourra, si les parties y consentent, tenter de concilier les parties. Que pensez-vous de cette proposition qui, comme vous le savez, en est une qui est déjà privilégiée dans certaines jonctions, notamment en Europe ?

Je comprends très bien les avantages éventuels que l'implication d'un arbitre dans le règlement d'un différend offre aux parties, et je respecte le principe de l'autonomie des parties qui sous-tend la disposition proposée dans le projet de loi 28. Il y aura sans doute des cas où une meilleure résolution du litige en résultera. Néanmoins, j'ai quelques réserves quant au rôle de l'arbitre en tant que conciliateur ou médiateur.

Oublions pour l'instant l'évidence que tous les arbitres ne sont pas nécessairement de bons médiateurs, et vice versa. Un point plus important est que les deux rôles tirent en sens contraire. Ou bien la fonction de conciliation compromet l'arbitre dans ses obligations légales et éthiques, ou bien la fonction d'arbitrage compromet la capacité de l'arbitre de concilier les parties et de les aider à régler leur différend. Il s'agit d'un problème bien documenté sur le processus appelé médiation-arbitrage (« med-arb ») et dont le processus prévu dans le projet de loi 28 est l'image miroir²².

L'arbitrage est réglementé par la loi, y compris les règles régissant l'homologation des sentences arbitrales. Cela aura plusieurs implications sur la façon dont l'arbitre procédera pour tenter de concilier les parties. Tout d'abord, les discussions de conciliation se concentreront vraisemblablement davantage sur les questions juridiques que sur les intérêts sous-jacents des parties. En outre, l'arbitre est tenu de respecter les principes de la justice naturelle tout au long de la procédure. Ainsi, il serait donc probablement hésitant à rencontrer les parties séparément en séances privées, une technique que de nombreux médiateurs trouvent utile sinon indispensable. Pour ces raisons, les tentatives de conciliation ont moins de chance de réussir.

D'autre part, supposons que l'arbitre décide d'aller au-delà des questions juridiques pour tenter de parvenir à un règlement, obtenant

22. Voir, par exemple, Charles Jarrosson, « Les Modes Alternatifs de Règlement des Conflits : Présentation générale » (1997) 49(2) *Revue Internationale de droit comparé* 325, 344.

des parties de l'information qui n'est pas strictement pertinente à leurs droits légaux. L'arbitre décidera peut-être de rencontrer les parties en sessions privées, dans l'espoir d'une résolution du conflit. Que se passera-t-il par la suite si les parties ne parviennent pas à un règlement ? Notons que cette situation n'est pas analogue à celle d'un juge dans une conférence de règlement à l'amiable. Celui-ci ne pourra entendre, par la suite, aucune demande relative au litige si le différend n'est pas résolu²³. Dans le cas cité précédemment, l'arbitre doit ultimement rendre une décision. La question reste à savoir si elle sera exécutoire. La partie perdante ne pourrait-elle pas s'opposer à l'homologation de la décision compte tenu que l'arbitre ne s'est pas basé sur des principes juridiques et en conformité avec les principes de justice naturelle ?

Pour ces raisons, la proposition met l'arbitre face à un dilemme que voudront probablement éviter les plus expérimentés.

23. Voir l'article 151.23 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.