

**COMITÉ DE NORMALISATION – PAJLO  
VOCABULAIRE DES MODES SUBSTITUTIFS DE RÉOLUTION DES  
DIFFÉRENDS**

**DOSSIER D'ANALYSE**

**Par Sylvie Falardeau, Julie Gagnon et Marie-Christine Gervais**

Groupe techniques diverses

**TERMES EN CAUSE**

*arb-med*  
*arbitration-mediation*  
*binding opinion*  
*co-med-arb*  
*early neutral evaluation*  
*judicial mini-trial*  
*judicial minitrial*  
*med-arb*  
*mediation-arbitration*  
*med-then-arb*  
*mini-trial*  
*minitrial*  
*neutral evaluation*  
*non-binding opinion*  
*private mini-trial*  
*private minitrial*  
*summary jury trial*

**MISE EN SITUATION**

Ce dossier comprend l'analyse des mécanismes hybrides d'arbitrage et de diverses techniques de modes substitutifs de résolution des différends.

**ANALYSE NOTIONNELLE**

*mini-trial*

*minitrial*

*private mini-trial*

*private minitrial*

*judicial mini-trial*

*judicial minitrial*

Le *mini-trial* est une procédure volontaire et non judiciaire à caractère expéditif utilisé généralement dans le contexte commercial. Chaque partie présente ses observations à une formation arbitrale composée de deux représentants de la haute direction de chacune des parties et d'un tiers impartial qui préside le groupe. Ce dernier, après la présentation de chaque partie, recommande une solution sans caractère contraignant. Fort de cette recommandation, les représentants négocient alors la résolution du différend.

In a *mini-trial*, a neutral oversees an abbreviated process similar to a full trial in court, including submission of briefs and exhibits and summary hearings. After that process is complete, the neutral may offer an advisory opinion about the likely outcome of the case. The parties then return to negotiations, with a more realistic understanding of the possible outcomes should negotiations fail. The goal of a **mini-trial** is to encourage prompt, cost-effective resolution of complex litigation. The **mini-trial** process can help the parties agree on a fair and equitable settlement of the dispute, and can also help narrow the areas of controversy and dispose of collateral issues, such that any actual trial (if required) may be conducted more efficiently. Because the **mini-trial** is a relatively elaborate ADR method, it is generally reserved for large disputes. [Steven C. Bennett, "Arbitration: Essential Concept", ALM Publishing, 2002, p. 197.]

### **Mini-Trials**

A number of arbitral institutions have rules for **mini-trials**. In a **mini-trial**, usually there is a panel composed of one neutral decision maker and one executive from each of the companies involved in the dispute. The executives should be at a high level in the company, have decision-making authority, and should not be employees who were personally involved in the issues leading to the dispute. A **mini-trial** usually lasts only one or two days, there is limited exchange of documents, each side puts forth its best case, and the panel (the neutral and the two executives) tries to reach a settlement. The proceedings are generally confidential, so that disclosures at **the mini-trial** generally cannot be used at a subsequent trial or arbitration. The proceeding is nonbinding, but serves the purpose of letting high-level executives know what is at stake, and provides the opportunity for them to resolve the dispute at an early stage to avoid expensive arbitration or litigation. [Moses, Margaret L. "The Principles and Practice of International Commercial Arbitration." Second Edition, Cambridge University Press, 2012, p. 16.]

### **Mini-trial**

This procedure was developed by the Center for Public Resources (CPR) in New York, particularly for disputes involving large corporations. The lower or middle level managers who are trying to resolve the dispute between their corporations present their best case in very brief narrative form to a senior manager from each of the corporations. Both senior managers should have had no personal involvement in the dispute. A neutral also listens to the two versions of the dispute. The neutral's opinion, if sought, is not binding. In some cases, the neutral can act as a mediator. The senior managers then continue to work towards settlement, sometimes with the

active assistance of the neutral. [Bonita J. Thompson. "Commercial Dispute Resolution: A Practical Overview." in D. Paul Emond ed. "Commercial Dispute Resolution: Alternatives to Litigation." Canada Law Book, 1989, p. 92.]

Typically, in a **mini-trial**, one member of management from each party and a neutral advisor form the mini-trial panel. Each side may or may not be given a limited right of discovery, following which briefs and exhibits are exchanged and, in some cases, witnesses are examined or cross-examined in a very truncated procedure in front of the panel. Having heard all of the evidence, the management representatives on the panel meet to see if they can resolve matters between themselves. If this is not possible, the third member of the panel, usually known as the neutral advisor, then acts as a mediator and/or conciliator in an attempt to resolve the dispute. [J. Brian Casey. "Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure." Second Edition, Juris, 2011, p. 11.]

Ce mécanisme se divise en deux différentes formes soit le *private mini-trial* et le *judicial mini-trial*.

Two different forms of the mini-trial have emerged, the **private mini-trial** and the traditional **mini-trial**. The **private mini-trial** is focused on ensuring that business executives from the disputing parties are present for the summary presentations, and it includes negotiations prior to an advisory opinion as an essential element to the mini-trial process. The **judicial mini-trial** is focused on the advisory ruling by the adjudicator which is hoped to be an impetus towards settlement negotiations between the parties. The judge's comments are intended to provide an objective appraisal of the case to promote settlement. Both processes have enjoyed tremendous success. The **private mini-trial** tends to be more appropriate for commercial lawsuits involving corporations. The **judicial mini-trial** has enjoyed tremendous success with a wide variety of issues including family matters, personal injury matters and wrongful dismissal. [Joanne Goss, "An Introduction to Alternative Dispute Resolution", Alberta Law Review, vol. 34, (1995), p. 1.]

A hybrid process, the judicial mini-trial, is also used at the provincial level. A judicial mini-trial shares most of the characteristics of the **private mini-trial** with a few obvious modifications. [Internet. [<http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csjs-jc/dprs-sprd/res/drrg-mrrc/05.html>]. Department of Justice. "Dispute Resolution Reference Guide." (20161125)]

The **private mini-trial** is usually used in complex commercial dispute between companies. The format may vary and can be determined by agreement between the companies. The essence is that a mini-trial usually involves the summary presentation of each disputant's case before a panel consisting in decision makers from each of the companies and a neutral third party. The representatives of the companies often have not been personally involved in the dispute or attempts at settlement. The advantage is that they are then able to bring fresh perspectives on the disputes. [Internet. [<https://books.google.ca/>]. Albert Fiadjoe. *Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective*. 2004, Great Britain, Cavendish Publishing Limited, p. 25]

On trouve aussi la forme soudée *minitrial*.

The informal procedure, known as a **minitrial**, consisting of an adversarial "information exchange" followed by management negotiations, has become a highly successful form of private

business dispute resolution. [Internet. [http://www.cpradr.org/Portals/0/Resources/ADR%20Tools/Clauses%20&%20Rules/MINITRIAL final.pdf]. CPR. "Minitrial." (20160804).]

The **minitrial** is an alternative dispute resolution (ADR) procedure that is used by businesses and the federal government to resolve legal issues without incurring the expense and delay associated with court litigation. [Internet. [http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Minitrial]. The Free Dictionary by Farlex. "Minitrial." (20160804).]

The **private minitrial** involves the parties' selection of a "neutral" instead of a "judicial" officer. The neutral supervises information exchange and conducts the minitrial, rendering an advisory verdict and, if the parties so request, convening post-minitrial settlement negotiations. The nonbinding minitrial procedures preserve the parties' rights to a full trial if negotiation is unsuccessful. [Internet. [http://www.lawcatalog.com/FilesUploaded/product/SampleFiles/Pages%20from%20NJ%20Fed%20Civ%20Pro%202013%20to%20printer.pdf]. LawCatalogue. "Alternative Dispute Resolution: Arbitration, Mediation, and More." (20161124)]

**mini-** *combining form* miniature; very small or minor of its kind (minibus; mini-budget). [Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, Second Edition, Ontario, Oxford University Press, 2004, s.v. «mini-».]

Le *Canadian Oxford* présente deux exemples de mots composés avec le préfixe *mini* : avec et sans trait d'union. Dans la majorité des ouvrages consultés, le préfixe « mini » s'accole directement au nom. Par contre, dans l'usage, on trouve bien davantage le terme *mini-trial* avec trait d'union. Nous allons retenir les deux graphies.

Le *judicial mini-trial* est actuellement utilisé en Alberta et en Colombie-Britannique. Ce processus hybride se différencie du *private mini-trial* du fait qu'il est proposé par un juge au cours d'un procès. Les parties sont représentées par des conseillers juridiques qui présentent leur dossier à un juge qui rendra un *non-binding opinion* sur la manière dont le litige devrait être réglé. S'il n'y a pas de règlement à l'issue de la procédure, les parties peuvent poursuivre leur action en justice.

A hybrid process, the **judicial mini-trial**, is also used at the provincial level. A judicial mini-trial shares most of the characteristics of the private mini-trial with a few obvious modifications. First, it is suggested to the parties by a judge during the litigation process. If parties and their counsel consent, counsel will present each side's case in an expedited hearing to the judge who renders a non-binding opinion regarding how the dispute should be resolved. Parties then attempt to negotiate a settlement based upon that opinion. If settlement is not possible, the parties may continue with their court action. The judge who conducts the mini-trial will not sit as the trial judge and will keep his or her opinion of the case confidential. Judicial mini-trials are currently used in Alberta and in British Columbia. [Internet. [<http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/dprs-sprd/res/drg-mrrc/05.html>]. *Department of Justice.* "Dispute Resolution Reference Guide." Juillet 2006 (20161121)]

### What is a judicial mini trial?

A **judicial mini trial** is a non binding, flexible ADR process, involving counsel for all of the parties to the litigation, who present arguments to the judge, in the presence of the clients. Neither the judge nor the counsel is gowned during the presentation. An agreed Statement of Facts should be prepared, if possible, together with copies of expert reports, medical reports and authorities attached. No evidence is adduced. Rather, arguments are presented based on agreed facts or facts essentially agreed upon. Counsel may refer to evidence from Examinations for Discovery. Counsel, by arrangement with the Trial Co-ordinator, make an appointment with the mini trial judge assigned to the timeframe for which the appointment is arranged, and the judge is then able to assess whether or not a mini trial is appropriate, and confirm the date for the mini trial, and the time to deliver briefs. Usually the mini trial takes no more than one or two days. The non binding opinion of the judge rendered at the conclusion of the mini trial is strictly confidential. The mini trial judge will not discuss the opinion given at the mini trial with anyone else on the bench. No costs are assessed at the mini trial. If the parties are unable to conclude a settlement, the case will proceed to trial in the normal manner. [Internet. [<http://bcami.com/faqs.html>]. British Columbia Arbitration and Mediation Institute. "Rules of procedure." Last Updated on 28 July 2016 (20161121)]

## ÉQUIVALENTS

Nous avons relevé les équivalents « procès simulé » et « échange des informations » dans Internet avec le moteur de recherche Google.

À la différence de l'ICA, l'ICADR traite quasiment tous les types de différends – différends commerciaux ou civils, conflits du travail et conflits familiaux – au moyen d'une des méthodes suivantes : négociation, conciliation/médiation, **procès simulé** (*mini-trial*) ou arbitrage. [Internet. [<http://www.google.books>]. OCDE. « Examens de l'OCDE des politiques de l'investissement: Inde », 2011, p. 74.]

On a étiqueté une de ces nouvelles méthodes du nom de " mini-trial " ou " **procès simulé** ". D'autres, des innovateurs, l'ont appelée tout simplement " **l'échange des informations** ", mais cette appellation n'était pas suffisamment clinquante pour les journalistes qui lui ont donné le nom de " mini-trial ". L'ennui, c'est que ce n'est pas un procès et il n'y a rien de " mini " là-dedans. C'est réellement un échange d'informations, mais un échange structuré de façon particulière en présence d'un résolveur neutre, en l'occurrence un aviseur impartial (neutral advisor). Comme je le disais précédemment, dans ce domaine des solutions aux différends en pleine évolution, les appellations des méthodes sont floues. [Internet. [<http://www.interlex.ca/articles.htm>]. Groupe Interlex. Jack R. Miller. « Les solutions aux différends: valeurs, économies et risques ». (20160719)]

### **Procès simulé** (Mini-trial)

Dans un **procès simulé** le personnel de chacune des parties travaillant sur le terrain soumet des mémoires à un "tribunal" composé d'un cadre supérieur de chacune des parties et d'une tierce personne neutre. Une fois les mémoires soumis, dans un délai généralement prédéterminé, les cadres entament une procédure de négociation facilitée par une personne neutre, afin de rechercher un accord en tirant parti des questions qui ont été élucidées pendant le **procès simulé**. Les conseils des parties sont fréquemment présents et utiles pour recenser les questions pertinentes. L'objet de cette procédure est d'informer les cadres supérieurs des questions litigieuses et de montrer quelle pourrait être l'issue d'un véritable procès. [Internet. [<https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/pfip/guide/pfip-f.pdf>]. CNUDCI

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. « Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé ». (20160720)]

Entre autres, dans le *Juridictionnaire*, CanLII et sur le site du ministère de la Justice, on constate l'emploi du substantif « mini-procès ».

Le préfixe *mini* joint au vocable *procès* compte trois orthographes. Dans les constats les plus fréquents, le trait d'union joint les deux éléments lexicaux (*mini-procès*), mais on rencontre aussi, plus rarement il est vrai, les deux éléments soit libres du trait d'union (*mini procès*), soit, plus rarement encore, soudés, formant ainsi le composé *miniprocès*.

Le mot **mini-procès** s'emploie surtout dans des contextes de droit extrajudiciaire, plus précisément en matière d'arbitrage et de mécanisme de règlement des différends.

Il désigne une procédure non judiciaire et expéditive représentant une technique structurée de règlement négocié grâce à laquelle chaque partie, mise au fait de la position et du point de vue de l'autre, cherche à conclure une entente consensuelle. [Nous soulignons.] [Internet. [<http://www.ctj.ca/>]. Centre de traduction et de terminologie juridiques de l'Université de Moncton (CTT). Jacques Picotte, *Juridictionnaire*, s.v. « procès ».]

### **Mini-procès**

Procédure privée, facultative, non contraignante et confidentielle qui revêt la forme d'un procès simulé dans lequel les parties font valoir leur point de vue devant une commission composée de dirigeants des sociétés parties au litige et d'un observateur indépendant. [Internet. [[http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/arbitration/837/wipo\\_pub\\_837\\_1.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/arbitration/837/wipo_pub_837_1.pdf)]. OMPI Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. « Pratiques recommandées à l'intention des fournisseurs de services logiciels en matière de prévention et de règlement des litiges ». (20160720)]

Le **mini-procès** est essentiellement une technique structurée de règlement négocié. Quoiqu'il soit conçu comme un procès à caractère expéditif, c'est habituellement un moyen pour chaque partie d'entendre le point de vue de l'autre et de chercher un règlement négocié. Si le désaccord persiste, le **mini-procès** offre notamment comme avantage le fait que les parties auront déjà préparé une partie importante de leur dossier, ce qui leur servira dans toute action judiciaire subséquente. Quoiqu'il existe de nombreuses variantes, le **mini-procès**, dans sa forme la plus courante, comporte un bref exposé de la thèse de chacune des parties devant un groupe constitué de représentants des parties à un haut niveau qui ont l'autorité nécessaire pour conclure un règlement. Le groupe est présidé par un tiers impartial choisi, de façon conjointe, par les parties. À la fin de l'audience, le tiers impartial recommande une issue particulière. Les autres membres du groupe cherchent ensuite à négocier une entente à l'aide de la preuve présentée pendant le **mini-procès** et de l'issue recommandée qui servent de fondement aux négociations. [Internet. [<http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/sprd-dprs/res/mrrc-drrg/05.html>]. Ministère de la Justice. « Le manuel relatif aux règlements des conflits : le mini-procès » (20160720)]

On trouve le terme soudé (*miniprocès*), mais moins souvent que celui avec trait d'union comme l'a souligné Jacques Picotte dans le *Juridictionnaire*.

Il existe une panoplie de solutions de rechange à la poursuite devant les tribunaux : le *partnering*, la facilitation, la négociation, la négociation raisonnée, l'agent de convocation, la recherche des faits, l'évaluation neutre, la conciliation, la médiation, le Med-Arb, le **miniprocès**, l'arbitrage, la *Moderated Settlement Conference*, le *Summary Jury Trial*, etc. [Internet. [<http://books.google.ca>]. Henri Dorvil dir. « Problèmes sociaux Tome III : Théories et méthodologies de la recherche ». Presses de l'Université du Québec, 2007, p. 319 (20160722)]

La juge Werdegar rapporte que, à la lumière des succès et de la popularité des différents modes non judiciaires, les cours fédérales américaines ont rendu disponibles aux parties une gamme complète de services prélitige, allant de l'évaluation neutre précoce au **miniprocès**, en passant par la médiation et l'arbitrage. [Internet. [<https://www.erudit.org/revue/cd/1999/v40/n1/043532ar.pdf>]. Érudit.org. Marie-France Chabot. « Des raisons et des manières d'intégrer la médiation dans le système de justice civile ». (20160722)]

**mini-** Élément, du latin *minus* « moins ». – Ce préfixe, tiré de composés anglais (comme *miniskirt* → *mini-jupe*) a produit de nombreux composés, avec le sens de « très court » (*minirobe*, *minishort*), « très petit » (*minilégume*), « très bref » (*minivacances*), « infime ». [Paul Robert et al., *Le Nouveau Petit Robert*, 2009, s.v. « mini- ».]

Par contre, les ouvrages de référence recommandent la graphie soudée.

**mini- Prononc. et Orth.:** [mini]. Mots constr., tendance à la soudure. ROB.: *mini-golf*, *mini-jupe* mais *mini-robe* ou *minirobe*; *Lar. Lang. fr.:* *mini-cassette* ou *minicassette*, *mini-jupe* ou *minijupe* mais *minibasket*, *minibus*, *minigolf*, *minimètre*, *miniski*. [Internet. [<http://atilf.atilf.fr>]. *Le Trésor de la langue française informatisé*, s.v. « mini- ».]

Nous écartons l'équivalent « procès simulé » qui sert plutôt à rendre *mock trial*. Nous recommandons l'équivalent « **miniprocès** » pour rendre *mini-trial*, car il est transparent et déjà dans l'usage.

Nous avons relevé les tournures « miniprocès privé » et « miniprocès judiciaire ».

Les formules mixtes les plus courantes actuellement sont des programmes adjoints au règlement judiciaire; ils comprennent : les **miniprocès privés**, les séances dirigées, l'évaluation préliminaire, le procès sommaire avec jury, le **miniprocès judiciaire**, la gestion de cause et l'enquête par un ombudsman. [Internet. [<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100032665/1100100032667>]. Affaires autochtones et du Nord Canada. « Les modes de règlement extrajudiciaire ». (20161124)]

Nous recommandons l'équivalent « **miniprocès judiciaire** » pour rendre *judicial mini-trial* et « **miniprocès privé** » pour rendre *private mini-trial*.

## ANALYSE NOTIONNELLE

*arbitration-mediation*

*arb-med*

*co-med-arb*

*mediation-arbitration*

*med-arb*

*med-then-arb*

La *mediation-arbitration (med-arb)*, l'*arbitration-mediation (arb-med)*, la *co-med-arb* et la *med-then-arb* sont des mécanismes hybrides ou mixtes de résolution des différends.

### **med-arb**

Le processus commence par la médiation d'un conflit avec une tierce partie impartiale. Si toutefois le médiateur ne règle pas le différend, ce dernier agira en tant qu'arbitre et rendra une décision contraignante qui liera les parties.

**Med-arb:** **med-arb** combines mediation and arbitration, beginning with mediation. The parties determine a definite time limit for mediation. If they are unable to reach an agreement in the time allowed, the mediator/arbitrator holds an arbitration-like hearing and issues a binding decision, as in a standard binding arbitration. If either party objects to the mediator serving as arbitrator, a different person will be selected to serve as arbitrator. [Internet. [<http://www.mediateadr.com/pdf/Appendix%20E%20-%20Agreement%20to%20Arbitrate.pdf>]. ADR Incorporated. "Agreement to Arbitrate." (20160720)]

### **Mediation-Arbitration (Med-Arb)**

**Mediation-arbitration** employs a neutral selected to serve as both mediator and arbitrator in a dispute. It combines the voluntary techniques of persuasion, as in mediation, with an arbitrator's authority to issue a final and binding decision, when necessary. The process usually consists of the neutral helping the parties and settling those points on which agreement can be reached. At the end of the process, the neutral (as an arbitrator) makes decisions on any points on which the parties cannot reach agreement. [Steven C. Bennett, *Arbitration: Essential Concept*, ALM Publishing, 2002, p. 192-193.]

### **Med/Arb**

The neutral conducts a mediation. If this fails to produce a settlement, the neutral can then render a binding arbitral award. It should be noted that there is considerable jurisprudential debate over the problems associated with blending these two functions. [Bonita J. Thompson. "Commercial Dispute Resolution: A Practical Overview." in D. Paul Emond ed. "Commercial Dispute Resolution: Alternatives to Litigation." Canada Law Book, 1989, p. 92-93.]

### **Hybrid Forms of Dispute Resolution**

Modern dispute resolution clauses now incorporate a number of different dispute resolution techniques in a progressive or stepped approach. The most common hybrid is **Med-Arb**. In **Med-Arb**, the parties first try to resolve their dispute by way of mediation or conciliation and, only if they fail to reach a settlement, does the matter proceed to arbitration. For example, the rules of the International Chamber of Commerce (ICC) provide for optional conciliation prior to arbitration. Some arbitration agreements provide that mediation or conciliation is a true condition precedent to the arbitration. [J. Brian Casey. "Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure." Second Edition, Juris, 2011, p. 15.]



**Mediation/arbitration**, known as **med/arb**, is a hybrid process. An arbitrator is chosen, and if both parties agree, he will mediate the case first and then if that does not resolve the case, he will arbitrate the case and make a decision. The advantage is that the same person can mediate and arbitrate. The disadvantage is that the arbitrator may learn things about the case in the mediation phase that might affect the arbitration decision. If that is an initial concern, then the parties can go to traditional mediation and then if the case is not resolved through mediation, they can go to an arbitrator who knows nothing about the case. [Internet. [<http://books.google.ca>]. Mary Greenwood. "How to Mediate Like a Pro: 42 Rules for Mediating Disputes." iUniverse, 2008, np.]

#### **Mediation-Arbitration**

A **mediation-arbitration process** starts with mediation, and if it does not result in an agreement, the process shifts to binding arbitration. In most **mediation-arbitration processes** in family law matters in Canada, the mediator and the arbitrator are the same individual who shifts roles from mediation to arbitration when mediation breaks down. Often a **mediation-arbitration process** is engaged by way of an arbitration agreement that incorporates mediation as a first stage. [Internet. [<http://www.peacemakers.ca/publications/MorrisArbitration2004.pdf>]. Peacemakers Trusts. Catherine Morris. "Arbitration of Family Law Disputes in British Columbia." (20160720)]

On constate la graphie avec les majuscules (Med-Arb) et celle avec la barre oblique (med/arb). On écarte la graphie avec les majuscules, car ce n'est pas une appellation. Et malgré le fait que la barre oblique peut s'employer pour séparer différents éléments, on constate que son emploi est souvent lié à une codification convenue dans certains contextes, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence. La graphie avec trait d'union est la marque de séparation que nous retenons.

#### **arb-med**

Ce mécanisme commence par la phase d'arbitrage. Un arbitre rend sa décision et ne la divulgue pas aux parties. Il change alors de rôle et devient médiateur pour la deuxième phase du processus. Si la médiation échoue, alors les parties prendront connaissance de la décision de l'arbitre.

**Arb-med:** a process in which the parties first proceed to arbitration before an arbitrator who will render a binding decision. When the decision is made, it is not shown to the parties. Rather the arbitrator places it in a sealed envelope. Thereafter, the parties can negotiate a resolution on their own, or they can involve the arbitrator as a mediator to help mediate a resolution. The arbitrator's decision, having already been made, will not be influenced by any confidential information of the parties. If the negotiations or mediation are unsuccessful, the parties open the sealed envelope and are bound by the award. [Internet. [<http://www.mediateadr.com/pdf/Appendix%20E%20-%20Agreement%20to%20Arbitrate.pdf>]. ADR Incorporated. "Agreement to Arbitrate." (20160720)]

#### **Arb-Med: Combining Mediation and Arbitration**

Many disputes that were once intractable become considerably more amenable to settlement once the parties have had an opportunity to develop their case. Mediation within an arbitration, or '**arb-med**', can present an attractive way of reaching settlement by combining the advantages of each form of dispute resolution. There are different forms of **arb-med**, but the general concept is that

the parties agree that they will try mediation at an appropriate time during the course of the arbitration, or, similarly, they empower the arbitral tribunal to suggest when it believes a suitable time for mediation has been reached.

The key issue here is whether the parties will want a member of the arbitral tribunal to act as a mediator or, as is more likely in our experience, will retain someone else specifically for this purpose. While a mediation may benefit from a tribunal's familiarity with the case, a competent arbitrator is not necessarily a competent mediator, and the arbitrators may simply not have suitable skills to help the parties reach agreement. Moreover, the parties themselves may be reluctant to state their true settlement positions to their arbitrators, for fear that it will lead the arbitrators to conclude that they would happily accept such an outcome in an award. [McIlwrath, Michael and John Savage. "International Arbitration and Mediation: A Practical Guide." Wolters Kluwer, 2010, p. 185-186.]

### **Arb-Med**

**Arbitration/Mediation**, often referred to as **Arb-Med** (its similar counterpart is Med-Arb), is a hybrid form of arbitration/mediation in which the neutral initially conducts an arbitration hearing process. At the close of the arbitration and prior to submitting a decision (Award), the neutral assumes the role of a mediator and works with both parties in an attempt to resolve the dispute. In the event of the failure of mediation, the neutral once again reassumes the role of an arbitrator and imposes a binding decision.

The essence of **Arb-Med** is to first allow the arbitration process to be completed. At the close of the arbitration process, the neutral changes roles and assumes responsibility as a mediator to coach or encourage the parties towards settlement taking into account the information received throughout the arbitration process. In the event of the failure of mediation, the neutral reassumes the role of an arbitrator and imposes a binding decision. [Internet. [<http://www.adrmediate.com/pg47.cfm>]. ADR Associates in Dispute Resolution. "Arbitration-Mediation (Arb-Med): A Hybrid Dispute Resolution Tool." (20160720)]

**Arbitration/mediation**, known as **arb/med**, is a hybrid process that is the reverse of mediation/arbitration. The arbitration takes place first and the arbitrator writes a decision but does not show it to the parties. Then the same person acts as the mediator and conducts the mediation. If the mediation resolves the dispute, then the written decision is not revealed. If the mediation is not resolved, then the arbitrator's written opinion is shown to the parties who are bound by the decision. The advantage of doing the arbitration first is that the arbitrator's decision is not influenced by information he may receive later in a mediation. This is why some prefer **arb/med** over med/arb. On the other hand, some might say it is a waste of time and money if the mediation phase resolves the case and the arbitration decision is not used. However, the parties may be more motivated in resolving the mediation themselves rather than waiting to see what the arbitrator's decision is. [Internet. [<http://books.google.ca>]. Mary Greenwood. "How to Mediate Like a Pro: 42 Rules for Mediating Disputes." iUniverse, 2008, np.]

### **Arb-med (Arbitration-mediation)**

This process commences as an arbitration in which a mutually acceptable third party conducts a hearing and renders a decision. The decision is placed in a sealed envelope and the parties try to settle their differences through mediation. If the parties fail to reach an agreement through mediation, the sealed envelope is opened and the parties are bound by the decision of the arbitrator. [Internet. [[http://www.blaney.com/sites/default/files/other/adr\\_range.pdf](http://www.blaney.com/sites/default/files/other/adr_range.pdf)]. Blaney McMurtrey. "The Range of Dispute Resolution Processes." (20160721)]

### **co-med-arb**

Dans ce mécanisme, les rôles d'arbitre et de médiateur sont tenus par deux personnes différentes. Dans un premier temps, le médiateur et l'arbitre entendent les arguments des deux parties lors de la première phase de la médiation. Dans un deuxième temps, la médiation continue sans la présence de l'arbitre et si elle échoue, il y a arbitrage sans la présence du médiateur.

The FAAD has recognized the problem of one neutral serving as both mediator and arbitrator and has suggested two possible ways to avoid the problem in its binding arbitration guidance: **co mediation/arbitration (Co-Med/Arb)** and arbitration/mediation (Arb/Med). [Internet. [<http://books.google.ca>]. Don Arnavas. "Alternative Dispute Resolution for Government Contracts." CCH, 2004, p. 47.]

**Co-med-arb:** The mediator and the arbitrator hear the parties' presentations together but the mediator then proceeds to attempt to settle the dispute without the arbitrator, who is only called back in to enter a consent award or to serve as an arbitrator if the mediation fails. [Internet. [[http://www.cedires.com/index\\_bestanden/SUSSMANN\\_Edna\\_Developing%20and%20effective%20med-arb\\_arb-med%20process.pdf](http://www.cedires.com/index_bestanden/SUSSMANN_Edna_Developing%20and%20effective%20med-arb_arb-med%20process.pdf)]. Edna Sussman. CEDIRES Center for Dispute Resolution. "Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process." (20160722)]

Partly in an effort to curb the expense associated with the "med-then-arb" procedure, a variation has been developed which combines elements of mediation, shadow mediation, arbitration, and mini-trial into one procedure. In this process, "**Co-med-arb**," a separate mediator and arbitrator are appointed at the beginning of the process and both are present at the open mediation session when joint presentations are made and documents are exchanged. That phase of the process may proceed as a mini-trial, as senior executives may attend the joint session. When the process moves to the confidential caucus phase, the arbitrator temporarily ends his or her participation, and the mediator is prohibited from disclosing with the arbitrator what occurs during the private sessions. The arbitrator alone conducts the arbitration phase, although there may be a continuing role for the mediator, either to conduct a later planned mediation, or spontaneously to mediate any specific issues that may arise during the arbitration. Thus, the mediator may attend and monitor the arbitration phase. [Internet. [<http://rothadr.com/pages/publications/aaa%20medarb.pdf>]. Roth ADR.com. Bette J. Roth. "Med-arb, Arb-med, Binding Mediation, Mediator's Proposal, and other Hybrid Processes." (20160722)]

The basic concept of **co-med-arb** is to use two neutrals, one in the role of mediator and one as arbitrator, but to have them work as closely as possible together to maximize their efficiency while avoiding confusion of roles. Even though **co-med-arb** employs two neutrals, the design of the process seeks to avoid duplicative expenses by saving time needed to bring the arbitrator "up to speed" should the mediation prove unsuccessful.

The parties select both the mediator and the arbitrator prior to the dispute or after the dispute arises. The two neutrals jointly tend to procedural matters such as conducting a pre-hearing conference, setting dates for meetings, and scheduling the filing of briefs. The mediator and arbitrator review all submitted documents prior to the hearing. At the initial session of the hearing, they sit as a panel to hear the parties' opening statements in what is called the open phase. During this open phase, the arbitrator presides and both the arbitrator withholds asking "sensitive" questions regarding the parties' needs and interests until the second, or confidential, phase of the

process. After the open phase closes, the rules preclude the mediator from discussing the substance of the dispute with the arbitrator, though the two neutrals may usually confer on procedural matters.

In the confidential phase, the mediator attempts to mediate the dispute to resolution. If the parties reach an impasse, they proceed to the third phase of the process and present their evidence to the arbitrator. When this occurs, the mediator is usually “on call” in the event that the parties desire to resume mediation at one or more points during the arbitration. If the parties resume mediation, the mediator sets strict time limits on the mediation conference.

Although mediation efforts may not be successful initially in resolving the entire dispute, they can lead to a variety of possible beneficial results including streamlining the arbitration, achieving a stipulation of facts or agreed limitation of issues, and resolving several of the contested issues. The mediator may also be helpful after the arbitration hearing concludes. If the parties desire, the arbitrator may withhold the award until after the parties have a limited-duration final session with the mediator to attempt to work out a mutually satisfactory settlement. If the mediation is successful, the parties agree that the award should not issue, and they enter into a settlement agreement. If the mediation is unsuccessful, the arbitrator issues the award, and if the parties desire, they can request that the mediator conduct a post-award settlement conference. [John W. Cooley and Steven Lubet, "Arbitration Advocacy," Second Edition, Nita, 2003, p. 252-253.]

**CO MED/ARB** is similar to Med Then Arb.

Both a mediator and an arbitrator are retained and both are present and involved in the fact-finding portion of the mediation phase, whereafter the arbitrator withdraws from the mediation. Where caucusing is in order during the fact-finding stage, the arbitrator will not participate in the caucus in order to ensure that no confidential information is disclosed. If the mediation is successful, no arbitration is necessary. If mediation does not resolve all the issues, the mediator withdraws, while the arbitrator conducts the arbitration. If the parties wish to attempt further mediation, the mediator is reengaged, while the arbitrator backs off. Once again, the cost of two neutrals is a fact or that may make this process unattractive to family law participants. [Internet. [<http://docplayer.net/14942981-Family-law-med-arb-the-best-of-both-worlds-introduction.html>]. DocPlayer. "Famiy Law Med/Arb: The Best of Both Worlds?" (20160722)]

La particule « co » devant *med-arb* semble indiquer que les deux processus, soit la médiation et l'arbitrage, se déroulent de manière concomitante. Dans les faits, la médiation est suivie par l'arbitrage et c'est seulement lors de la première phase de la médiation que le médiateur et l'arbitre entendent ensemble les arguments des parties et dans laquelle ces derniers présentent les documents à l'appui. C'est d'ailleurs ce que nous allons retenir de la signification de la particule « co », soit deux personnes qui tiennent les rôles de médiateur et d'arbitre contrairement au *med-arb* et les deux interviennent concomitamment dès le début de la procédure.

**co-** *prefix 1* added to: **a** nouns, with the sense 'joint, mutual, common' (co-editor; co-pilot). **b** adjectives and adverbs, with the sense 'jointly, mutually' (codependent, coequally). **c** verbs, with the sense 'together with another or others' (co-operate; co-author). [Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd., Ontario, Oxford University Press, 2004, s.v. « co- ».]

## *med-then-arb*

Comme le *med-arb*, ce mécanisme commence par le processus de médiation et est suivi par celui d'arbitrage. La différence dans le *med-then-arb* c'est que ce sont deux personnes différentes qui portent les chapeaux de médiateur et d'arbitre.

Several variations of the arbitration process just described include med-arb **and mediation-then-arbitration**. ... **Mediation-then-arbitration** involves the combination and sequential use of two dispute resolution procedures – mediation and arbitration – with a different third party for each process. [Internet. [<http://books.google.ca>]. Christopher W. Moore. "The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict." Fourth Edition, Jossey-Bass, 2014, np.]

### **Med-then-arb**

Like med-arb, this process involves mediation followed by arbitration, but it differs in that separate neutrals serve as mediator and arbitrator. While this process eliminates all ethical concerns about using the same neutral for both phases, some would argue that it may be more expensive than med-arb because of the time and costs associated with educating the new arbitrator about the entire case.

This process occurs frequently by default, as many predispute agreements require parties to first mediate, and then arbitrate if the mediation is not entirely successful; and parties typically select different neutrals for the two processes. [Internet. [<http://rothadr.com/pages/publications/aaa%20medarb.pdf>]. Roth ADR.com. Bette J. Roth. "Med-arb, Arb-med, Binding Mediation, Mediator's Proposal, and other Hybrid Processes." (20160622)]

In the United States a number of modifications have sought to address the difficulties posed by MedArb in its basic form where a single neutral is used. Under the first, **Med-then-Arb**, the mediator and subsequent arbitrator are different individuals. The arbitrator, who is not privy to the mediation phase, will not be influenced by the discussions and materials relating to the previous unsuccessful mediation. [Internet. [<http://books.google.ca>]. Simon Roberts and Michael Palmer. "Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision-Making." Second Edition, Cambridge University Press, 2005, p. 301.]

MED THEN ARB is a process like traditional med/arb, however, there are two neutrals involved in the process, the first a mediator and the second an arbitrator.

Often, **MED THEN ARB** occurs by default, where the parties believe they can resolve their dispute through mediation, then fail, and hire an arbitrator. The obvious downside is the expense of two separate procedures and the time and fees expended for two neutrals to get up to speed on the facts, the evidence and the parties' positions and interests. Some critics say that **Med Then Arb** is not a form of med/arb, but simply one process followed by the other. I tend to agree. [Internet. [<http://docplayer.net/14942981-Family-law-med-arb-the-best-of-both-worlds-introduction.html>]. DocPlayer. "FAMILY LAW MED/ARB: THE BEST OF BOTH WORLDS?" (20160722)]

A number of variations of the Med-Arb procedure have been established. The **Med-then-Arb** process is the same as Med-Arb except that the different neutrals are used at the mediation and arbitration stages. [Internet.

[<http://library.lawsociety.sk.ca/inmagicgenie/documentfolder/AC0174.pdf>]. Law Society of Saskatchewan. "Alternative Dispute Resolution in International Trade." (20160722)]

La particule « then » entre les deux substantifs *mediation* et *arbitration* énonce que les deux mécanismes se déroulent successivement comme dans le *med-arb*. Le syntagme anglais n'illustre pas la différence de ce mécanisme par rapport à celui du *med-arb* qui est la présence de deux personnes différentes pour tenir les rôles de médiateur et d'arbitre.

## ÉQUIVALENTS

*med-arb*

*mediation-arbitration*

*arb-med*

*arbitration-mediation*

Les équivalents qui sont dans l'usage sont transparents soit « médiation-arbitrage » pour *mediation-arbitration* et « arbitrage-médiation » pour *arbitration-mediation*.

On retrouve la même complexité dans d'autres formes d'ADR: la "**médiation-arbitrage**" ou **Med-Arb**, est un peu le contraire du *mini-trial*: les parties conviennent d'une médiation, et, en cas d'échec, elles acceptent à l'avance que le médiateur statue ensuite comme arbitre. [Internet. [<http://www.oecd.org/internet/consumer/1878948.pdf>]. OECD. Philippe FOUCHARD. « Alternative Dispute Résolution et Arbitrage : L'évolution des modes de règlement des litiges du commerce international ». (20160719)]

La « **med- arb** » (diminutif pour « **médiation- arbitrage** ») est un mode de résolution des conflits qui combine médiation et arbitrage. Le but est de tenter de résoudre un conflit à l'amiable avec l'aide d'un médiateur, tout en ayant la garantie qu'en cas d'échec de la médiation une solution sera apportée : si la phase de médiation n'aboutit pas à un accord amiable, le médiateur « se transforme » en arbitre et tranche le litige. Autrement dit : on négocie d'abord avec un tiers, et si on ne s'en sort pas, ce tiers médiateur, qui connaît déjà tous les tenants et aboutissants du conflit, statue sur le conflit et décide à la place des parties. Ce procédé paraît de prime abord extrêmement intéressant, puisqu'il favorise en premier lieu la recherche d'une solution amiable (la paix trouvée) tout en offrant la garantie d'une issue au conflit (la paix imposée). [Internet. [[http://www.daldewolf.com/documents/document/20131220123510-libdal\\_van\\_leynseele.pdf](http://www.daldewolf.com/documents/document/20131220123510-libdal_van_leynseele.pdf)]. Daldewolf. Patrick Van Leynseele. « La " Med-Arb " et ses dérivés – plaider pour un mode de résolution des conflits efficace ». (20160720)]

Le **med-arb** est l'abréviation pour **médiation-arbitrage** qui désigne, *lato sensu*, toutes les procédures qui mélangent les deux méthodes alternatives de résolution des conflits, la médiation et l'arbitrage. Cette forme hybride de solutionner les litiges est un processus à deux broches, « habituellement » en commençant par la médiation suivie par l'arbitrage. [Internet. [<http://studia.law.ubbcluj.ro/articol/374>]. Studia. « Le med-arb, mode alternatif de règlement des conflits, dans le droit comparé ». (20160722).]

Le **med/arb** est utilisé depuis les années 1970. Au début, cette méthode s'est surtout développée dans les relations de travail. Au cours des années 1980, elle s'est étendue au domaine commercial. Un de ces cas impliquait un différend entre IBM et Fujitsu à propos de droits de propriété en matière de logiciels.

Cette méthode commence par une médiation et, en cas d'échec de la médiation, se transforme en arbitrage. Si aucun règlement ne survient au cours de la médiation, le médiateur change donc de chapeau et devient arbitre. En se fondant sur ce qui a été dit en médiation et sur toute preuve

présentée en arbitrage, il rend une décision qui tranche le débat. C'est un processus mixte qui s'inspire à la fois de la médiation et de l'arbitrage. [Internet. [<http://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2alpha/alpha-fra.html?lang=fra>]. Termium Plus: La banque de données terminologiques et linguistiques du gouvernement du Canada. s.v. « mediation-arbitration ». (20160721)]

### L'Arbitrage-Médiation (Arb-Med)

Dans l'**Arb-Med**, la procédure initiale est l'arbitrage et la médiation intervient au moment opportun à la demande des parties ou bien de l'arbitre. En cas de réussite de cette médiation, le tiers rédige une sentence arbitrale incorporant l'accord intervenu entre les parties. En cas d'échec de la médiation, on revient en arbitrage. [Internet. [<http://www.cooperativehabitation.coop/wp-content/uploads/2015/01/Rapport-sur-les-modes-alternatifs-de-r%C3%A8glement-des-diff%C3%A9rends.pdf>]. CQCH Confédération québécoise des coopératives d'habitation. « L'arbitrage et les autres modes alternatifs de règlement des différends dans les coopératives d'habitation ». (20160720)]

L'**arb-med** est une sorte de med-arb inversée : la procédure d'arbitrage précède la procédure de médiation. Cependant, la décision arbitrale reste secrète jusqu'à la fin de la procédure de médiation. Si la procédure de médiation aboutit, la sentence arbitrale n'est pas révélée. En cas d'échec de la médiation, la sentence s'impose aux parties. [Internet. [[http://www.jadaf.fr/fichiers\\_site/a1585jad/contenu\\_pages/graphisme\\_global/jada2011\\_1.pdf](http://www.jadaf.fr/fichiers_site/a1585jad/contenu_pages/graphisme_global/jada2011_1.pdf)]. JADA Journal africain du droit des affaires. « Les MARC en OHADA ». (20160720)]

### • L'arbitrage-médiation (« Arb-Med »)

Cette technique ressemble au « med-then-arb », mais elle implique un seul intermédiaire chargé de régler le litige. Elle s'en différencie toutefois puisqu'elle débute par une audience classique d'arbitrage où les parties exposent leurs argumentations. La singularité du système consiste à voir alors les parties entrer aussitôt dans la phase de médiation, avec le concours de l'arbitre jouant son rôle de médiateur. Il y a là un risque évident de perte de temps par rapport à la médiation-arbitrage, d'autant plus que, une fois leur affaire plaidée devant l'arbitre, les parties sont sans doute plus réticentes à entrer en voie de négociation, même si le talent du médiateur peut les y aider. [Internet.

[[http://www.google.ca/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=15&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjU14T2o4fOAhUizIMKHRtJByU4ChAWCDYwBA&url=http%3A%2F%2Fwww.arbitrage-maritime.org%2Fcpt\\_download\\_art.php%3Ffile%3DG5JSR.pdf&usg=AFQjCNHyVIqCFB4\\_CicMrax3d9Bat2kFPg&bvm=bv.127521224,d.amc](http://www.google.ca/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=15&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjU14T2o4fOAhUizIMKHRtJByU4ChAWCDYwBA&url=http%3A%2F%2Fwww.arbitrage-maritime.org%2Fcpt_download_art.php%3Ffile%3DG5JSR.pdf&usg=AFQjCNHyVIqCFB4_CicMrax3d9Bat2kFPg&bvm=bv.127521224,d.amc)]. Gazette de la Chambre arbitrale maritime de Paris. Jean-Serge Rohart. « L'ADR : une alternative à l'arbitrage de la CAMP ? ». (20160722)]

Par contre, le Comité suggère de procéder par télescopage et de créer les mots « médiarbitrage » et « arbi-médiation ». Ces mots-valises permettent d'unir le sens respectif de ces deux termes.

Nous avons trouvé sur Internet « médiarbitrage » dans quelques contextes, mais aucune occurrence d' « arbi-médiation ».

Le **mediarbitrage** est une procédure d'équité, internationalement applicable, qui permet au processus de médiation d'être renforcé par une sentence arbitrale lui octroyant une résolution définitive et sans appel du litige. [...] Le **mediarbitrage** offre la possibilité aux entreprises en conflit, quelles que soient leurs nationalités, de trouver elles-mêmes la solution et à rédiger un protocole de médiation qui sera repris dans son esprit lors de la rédaction de la sentence arbitrale, mettant ainsi un terme définitif au différend/conflit/litige qui les oppose. [Internet.

[<http://www.courleuxsansfrontieres.com/attachment/648563/>]. Le Soleil. « Le médiation arbitrage et les pays émergents au XXI<sup>e</sup> siècle ». (20161118)]

Le Comité recommande les équivalents « médiation arbitrage » et « arbitrage médiation » pour rendre les termes *mediation–arbitration* et *arbitration–mediation*.

### **co-med-arb**

La *co-med-arb* n'est pas décodée dans les exemples qui suivent. On constate que les locuteurs français se sont accommodés de l'abréviation anglaise.

La « **co - med - arb** » : un médiateur et un arbitre interviennent concomitamment dès l'origine mais l'arbitre ne peut pas être présent durant les caucus. A défaut d'accord, le médiateur ne pourra pas s'associer au délibéré et au prononcé de la décision. [Internet. [[http://www.avocat-zohar.com/les-procedures-de--med-arb-\\_ad6.html](http://www.avocat-zohar.com/les-procedures-de--med-arb-_ad6.html)]. Dany Zohar. « Les procédures de med-arb ». (20160722)]

Une autre variante fort proche est la *co- med- arb*. Il s'agit d'un processus dans lequel il y a un médiateur et un arbitre dès le début de la procédure. Cependant, l'arbitre doit se retirer lorsque les parties demandent un *caucus*. Dans ce cas, seul le médiateur reste présent. Cela permet d'éviter les problèmes que poserait la « med- arb ». Ce médiateur ne participera pas au délibéré et au prononcé de la sentence arbitrale si aucun accord n'est trouvé. [Internet. [[http://www.daldewolf.com/documents/document/20131220123510-libdal\\_van\\_leynseele.pdf](http://www.daldewolf.com/documents/document/20131220123510-libdal_van_leynseele.pdf)]. Daldewolf. Patrick Van Leynseele. « La " Med- Arb " et ses dérivés—plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace ». (20160722)]

- Le « **co-med-arb** »  
C'est le complet mélange des genres, qui combine médiation, médiation-fantôme, arbitrage et mini-procès, afin d'éviter les inconvénients respectifs de ces diverses formules. En pratique cela revient pour l'arbitre (les arbitres) à assister à la réunion initiale de médiation, ce qui lui (leur) permet de prendre connaissance de l'affaire en même temps que le médiateur. Pour autant, l'arbitre ne participe pas à la phase de négociation, qui demeure donc confidentielle entre le médiateur et les parties. Comme dans le mini-procès, des représentants au plus haut niveau des entreprises en cause peuvent assister à la phase préliminaire de la médiation. Si celle-ci échoue, ils jugent l'affaire dans le cadre d'un « miniprocès », et si cette méthode en vient à son tour à échouer, l'arbitrage aura lieu sous la présidence de l'arbitre (des arbitres), étant entendu que le médiateur demeurera à disposition des parties pour les aider à négocier tel ou tel aspect du litige soumis à l'arbitrage. [Internet. [[http://www.google.ca/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=15&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjU14T2o4fOAhUizIMKHRtJBYU4ChAWCDYwBA&url=http%3A%2F%2Fwww.arbitrage-maritime.org%2Fcpt\\_download\\_art.php%3Ffile%3DG5JSR.pdf&usg=AFQjCNHyVIqCFB4\\_CicMrax3d9Bat2kFPg&bvm=bv.127521224,d.amc](http://www.google.ca/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=15&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjU14T2o4fOAhUizIMKHRtJBYU4ChAWCDYwBA&url=http%3A%2F%2Fwww.arbitrage-maritime.org%2Fcpt_download_art.php%3Ffile%3DG5JSR.pdf&usg=AFQjCNHyVIqCFB4_CicMrax3d9Bat2kFPg&bvm=bv.127521224,d.amc)]. Gazette de la Chambre arbitrale maritime de Paris. Jean-Serge Rohart. « L'ADR : une alternative à l'arbitrage de la CAMP ? ». (20160722)]

Le med-arb, comme son nom l'indique, veut conjuguer la médiation et l'arbitrage. Le même tiers agit d'abord en tant que médiateur, puis si la médiation ne réussit pas, il se transforme en arbitre. Une variante existe : le **co-med-arb**. Il s'agit d'organiser un med-arb, mais avec deux personnes différentes : l'une est le médiateur, et l'autre – qui suit une partie des débats – sera l'arbitre en cas d'échec de la première phase de médiation. [Internet. [<http://books.google.ca>]. Charles Jarrosson. « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale ». (20160722)]

**Co-** Élément, du latin *co*, var. de *cum* « avec » (réunion, adjonction, simultanéité). [Le petit Robert]



Le Comité recommande de procéder par la fusion d'éléments empruntés aux mots « arbitrage » et « médiation » et de former le mot-valise « co-médiarbitrage ».

### **med-then-arb**

Comme on l'a vu dans l'analyse notionnelle, le syntagme *mediation-then-arbitration* est une version modifiée de la *mediation-arbitration*. Par contre, le terme illustre la même notion que la *med-arb* soit que le mécanisme commence par la médiation et se poursuit, s'il y a lieu, par l'arbitrage, ce qui complique le choix d'un équivalent français.

La « **med- then- arb** » : le processus est équivalent à celui appliqué en France dit de « med-arb simultanés » qui consiste à débiter par une procédure de médiation et en cas d'échec, poursuivre le processus en arbitrage, devant un tiers différent du médiateur. C'est un procédé qui fait se succéder ces deux modes de résolution des conflits selon leurs propres méthodes et de manière concomitante. [Internet. [[http://www.avocat-zohar.com/les-procedures-de--med-arb-\\_ad6.html](http://www.avocat-zohar.com/les-procedures-de--med-arb-_ad6.html)] Dany zohar. « Les procédures de med-arb ». (20160722)]

On a constaté deux occurrences de l'équivalent « arbitrage post-médiation ».

#### **L'arbitrage post médiation** (« *Med-then-arb* »)

La procédure est la même que celle de la médiation-arbitrage décrite ci-dessus, à l'exception près que les deux phases de cette procédure ne sont pas confiées au même intermédiaire, afin d'éviter que des révélations confidentielles éventuellement faites par les parties au tiers « médiateur » puissent l'influencer au moment de rendre sa sentence comme « arbitre ». En réalité ce souci n'a pas lieu d'être, car un médiateur digne de ce nom est normalement capable de jouer successivement les deux rôles, alors que le recours à deux intermédiaires successifs occasionne nécessairement un accroissement des frais. [Internet. [[http://www.google.ca/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=15&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjU14T2o4fOAhUizIMKHRtJByU4ChAWCDYwBA&url=http%3A%2F%2Fwww.arbitrage-maritime.org%2Fcpt\\_download\\_art.php%3Ffile%3DG5JSR.pdf&usg=AFQjCNHyVIqCFB4\\_CicMrax3d9Bat2kFPg&bvm=by.127521224,d.amc](http://www.google.ca/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=15&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjU14T2o4fOAhUizIMKHRtJByU4ChAWCDYwBA&url=http%3A%2F%2Fwww.arbitrage-maritime.org%2Fcpt_download_art.php%3Ffile%3DG5JSR.pdf&usg=AFQjCNHyVIqCFB4_CicMrax3d9Bat2kFPg&bvm=by.127521224,d.amc)]. Gazette de la Chambre arbitrale maritime de Paris. Jean-Serge Rohart. « L'ADR : une alternative à l'arbitrage de la CAMP ? ». (20160722)]

À travers le temps, les praticiens anglo-saxons ont proposé et développé des nombreux modes de résolution des conflits hybrides. On précise parmi les plus célèbres, à la croisée de l'arbitrage et de la médiation : le med-arb (*stricto sensu*), l'**arbitrage post médiation** (*med-then-arb*), l'arbitrage-médiation (*arb-med*), la médiation-fantôme (*shadow mediation*), le co-med-arb, le med-arb simultanés. [Internet. [<http://studia.law.ubbcluj.ro/articol/374>]. Studia. « Le med-arb, mode alternatif de règlement des conflits, dans le droit comparé ». (20160722)]

Cette traduction littérale semble être une solution envisageable pour traduire le terme *med-then-arb*. Par contre, l'accent est mis sur l'arbitrage et non sur le fait qu'il y a d'abord une médiation qui est ensuite suivie par un arbitrage.

Le Comité a proposé « médiation suivi de l'arbitrage » et « séquence médiation-arbitrage ».

Le processus ontarien obligatoire de **médiation suivi de l'arbitrage** cause beaucoup de maux de tête à nos voisins, à tel point que le gouvernement a mis sur pied un groupe de travail comprenant des copropriétaires, gestionnaires et experts en divers domaines, avec mandat de déposer un rapport sur le monde du *condominium* avant la fin de 2013. [Internet. [<http://www.jpm-copro.com/Memoire%20Copro%20Quebec%2019-07-13.pdf>]. JPM Copro. « Mémoire des copropriétaires / consommateurs et des syndicats de copropriété du Québec ». (20161125)]

### **Règlements des différends**

Légère augmentation du recours à des mécanismes de médiation ou d'arbitrage (de 31 % à 35 %); toutefois, la **médiation suivi de l'arbitrage** final devient moins populaire (de 18 % à 3 %). [Internet. [[http://www.fasken.com/fr/bulletin\\_vm\\_f\\_a-15\\_fevrier\\_2010/](http://www.fasken.com/fr/bulletin_vm_f_a-15_fevrier_2010/)]. Fasken Martineau. « Compte rendu de la plus récente étude de l'ABA sur les fusions et acquisitions privées ». (20161115)]

Finalement, le Comité recommande la tournure « médiation suivi d'arbitrage » pour rendre *med-then-arb*, car elle énonce clairement la succession des deux mécanismes.

Nous proposons les équivalents suivants :

*mediation-arbitration; med-arb* = « médiarbitrage »

*arbitration-mediation; arb-med* = « arbimédiation »

*co-mediation-arbitration; co-med-arb* = « co-médiarbitrage »

*mediation-then-arbitration; med-then-arb* = « médiation suivi d'arbitrage »

## **ANALYSE NOTIONNELLE**

### **early neutral evaluation**

### **neutral evaluation**

La *early neutral evaluation* et la *neutral evaluation* sont des modes de résolution dans le cadre desquels les parties présentent leur cause à un tiers qui donne un *non-binding opinion* sur le bien-fondé de l'affaire en question.

Sur le site du ministère de la Justice, on a fait une distinction entre les deux termes en précisant que la *neutral evaluation* est un mécanisme qui peut se mettre en branle à tout moment pendant la durée d'un différend.

The literature refers both to “**Neutral Evaluation**” and “**Early Neutral Evaluation**” without distinction. For the purpose of this document, the expression “Neutral Evaluation” will be used

since this process may be initiated at any time during the life of a dispute. [Internet. [<http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/dprs-sprd/res/drrg-mrrc/eval.html>]. Department of Justice. "Dispute Resolution Reference Guide: Neutral Evaluation." (20160725)]

### **Neutral Evaluation**

An institution can arrange for a neutral party, or the parties can find and agree on a neutral party, who will listen to each side, and then give a non-binding opinion about an issue of fact, and issue of law, or perhaps a technical issue. The neutral party typically assesses the strengths and weaknesses of the case, which may help parties be more realistic about their claims in subsequent settlement discussions. [Moses, Margaret L. "The Principles and Practice of International Commercial Arbitration." Second Edition, Cambridge University Press, 2012, p. 15.]

### **Neutral Case Evaluation**

The neutral in this process should be a senior practitioner and an expert in the substantive area of law in dispute. Counsel for the parties present their best case in a brief narrative form to the neutral; documentary evidence might be tendered. The neutral renders an oral opinion, preferably immediately after the presentations, on the issues submitted to him. The opinion is a recommendation only and not binding on the parties. [Recent comment notes that this process bears a marked similarity to some pre-trial conferences.]. [Bonita J. Thompson. "Commercial Dispute Resolution: A Practical Overview." in D. Paul Emond dir. "Commercial Dispute Resolution: Alternatives to Litigation." Canada Law Book, 1989, p. 92.]

La *early neutral evaluation* s'enclenche avant toute procédure judiciaire et le plus tôt possible après la naissance du différend. Donc, même si on emploie dans la littérature ces deux termes de manière synonymique, nous allons les distinguer, car ces deux mécanismes sont distincts sur le plan temporel.

**ENE**, the acronym of "**early neutral evaluation**", is a hybrid ADR process in which an individual with experience in the substantive area of the dispute furnishes the parties with some early case assessment, thereby providing the parties and their attorneys with the opportunity to visualize their case from the perspective of a third person. [Internet. [[https://www.ruor.uottawa.ca/bitstream/10393/30562/1/Hsieh\\_Hungpin\\_Pierre\\_2014\\_thesis.pdf](https://www.ruor.uottawa.ca/bitstream/10393/30562/1/Hsieh_Hungpin_Pierre_2014_thesis.pdf)]. Research Ottawa University. Hungpin Pierre Hsieh. "The Mediator, the Negotiator, the Arbitrator or the Judge?—Translation as Dispute Resolution." (20160722)]

### **Early-neutral evaluation (ENE)**

**ENE** is a court-annexed process in which parties and their counsel present the essential factual and legal bases of their positions to a neutral. The neutral gives the parties a non-binding prediction of the outcome, which may be useful in settlement discussions. Because the neutral offers an objective opinion, parties may be inclined to accept the advice. **ENE** can help parties and their counsel to determine the strengths and weaknesses of their case. **ENE** is generally used prior to significant discovery. If parties do not settle, **ENE** can serve as a case management technique by helping the parties to focus on the specific discovery they need to resolve the case. [Steven C. Bennett. "Arbitration: Essential Concept." New York: ALM Publishing, 2002, p. 194-195.]

**Early neutral evaluation** is a process by which the parties present facts and issues, either orally or, more often, in writing to a mutually acceptable neutral case evaluator who advises the parties on the strengths and weaknesses of their positions and provides a *non-binding* assessment of how the dispute is likely to be decided by an adjudicator, arbitrator, or judge. The **early neutral evaluation process** often takes place soon after a case has been filed in court and the neutral evaluator's assessment is often used to plan settlement or litigation strategies. The result of an early evaluation often provides a valuable reality check to one or both parties and encourages negotiation or mediation leading to settlement. As a result, **early neutral evaluations** often bring about time-effective negotiated or mediated settlement of the dispute along the lines recommended by the neutral evaluator, thereby saving substantial time, costs, and stress. Since the **early neutral evaluation** is non-binding, however, there is no prejudice to either parties' position, and they are free to escalate the dispute to another form of dispute resolution. [Internet. [<http://www.casselsbrock.com/files/file/docs/ABCsofADR.pdf>]. Cassels Brock Lawyers. Jennifer Wasylyk and Stephen R. Morrison. "The ABCs of ADR." (20160721)]

**Early Neutral Evaluation** is a process in which a judge of the court or a dispute resolution officer evaluates the relevant strengths and weaknesses of the positions advanced by the parties, and the proper outcome at trial, and advises the parties accordingly. In these sessions, counsel present the core of the case in the presence of the parties and the neutral evaluator gives an assessment of the strengths and weaknesses of the case of each of the parties afterwards. This process has been very effective where used, but its use has been relatively low so far. I believe that as counsel begin to understand the value of this concept more, and begin to have more faith in ADR generally, there will be significantly increased use of **Early Neutral Evaluation**. [Internet. [<http://www.msmlaw.ca/index.php/component/easyblog/entry/adr-in-the-americas-the-canadian-perspective?Itemid=101>]. McDonald, Sager & Manis LLP. "ADR in the Americas: The Canadian Perspective." (20160722)]

Voici des définitions pour les adjectifs *neutral* et *early* :

**early adjective**

**3a** not far on in a period, development, or process of evolution; being the first stage (*early Canadian painting, in her early thirties; early spring*). [Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, Second Edition, Ontario, Oxford University Press, 2004, s.v. « early ».]

**early adj**

**1a.** near the beginning of a period of time **b.** near the beginning of a course, process or series. [*Webster's Third New International Dictionary*, 1976, s.v. « early ».]

**neutral adjective**

**2.** not aligned with or supporting any side or position in a controversy:  
*The arbitrator was absolutely neutral.*

[Internet. [<http://www.dictionary.com/browse/neutral>]. dictionary.com. s.v. « neutral ».]

**neutral adj**

**3.** If you say that something is neutral, you mean it does not have any significant qualities of its own, or it is an equal balance of two or more different qualities, amounts, or ideas. [John Sinclair ed. *Collins Cobuild English Dictionary*. Harper Collins Publishers, 1995, s.v. « neutral ».]

**neutral** adj

**3** being neither one thing nor the other; indefinite. [Gaelan Dodds de Wolf et al. *Gage Canadian Dictionary*, 2000, Toronto, Gage Educational Publishing Company, s.v. « neutral ».]

**neutral** adjective

**1** not helping or supporting either of two opposing sides, esp. countries at war or in dispute; impartial. [Nous soulignons.] [Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, Second Edition, Ontario, Oxford University Press, 2004, s.v. « neutral ».]

**neutral**, adj. **1.** Not supporting any of the people or groups involved in an argument or disagreement; indifferent to the outcome of a dispute **2.** (Of a judge, mediator, arbitrator, or actor in international law) refraining from taking sides in a dispute; impartial; unbiased. [GARNER, Bryan A. (ed.). *Black's Law Dictionary*. 10<sup>th</sup> ed., St. Paul, Thomson Reuters, ©2014, [2016 pp.]. s.v. « neutral ».]

Puisque *neutral* a le sens d'*impartial* dans la définition du *Canadian Oxford Dictionary* et du *Black's Law Dictionary*, nous allons vous représenter des définitions pour *impartial*.

**impartial** adj treating all sides in a dispute etc. equally; unprejudiced, fair. [Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, Second Edition, Ontario, Oxford University Press, 2004, s.v. « neutral ».]

**impartial** suggests the absence of any pre-existing thoughts favoring one side or the other <an impartial magistrate>. [Bryan A. Garner (ed.). *Garner's Dictionary of Legal Usage*. s.v. « fair ».]

**impartial**, adj. Not favoring one side more than another; unbiased and disinterested; unswayed by personal interest. [Bryan A. Garner (ed.). *Black's Law Dictionary*. 10<sup>th</sup> ed., St. Paul, Thomson Reuters, ©2014, [2016 pp.]. ISBN 978-0-314-61300-4. s.v. « impartial ».]

Nous tenons à souligner le fait que l'*évaluation* est aussi qualifiée d'*impartial* ou d'*objective* par certains auteurs.

early neutral evaluation

During this an evaluator examines the facts and the laws, makes an **impartial evaluation** of the legal rights of each party, and determines the amount of the award. [Internet. [<https://quizlet.com/157004398/business-law-trail-procedures-chapter-2-flash-cards/>]. Quizlet. "Business Law Trail Procedures Chapter 2." (20161228)]

**Impartial evaluation;**

The concept of Impartial Evaluation may be summed up as a process through which the parties may obtain an initial expert and neutral assessment of the merits of their respective cases at the very initial stage of a dispute, as well as an independent recommendation regarding settlement options.

**Impartial evaluation** is like an expert in a court of justice. They provide information and expert analysis according to laws, but they remain neutral and follow the conditions agreed upon by the two parties.

[Internet. [<http://noshadha.com/ADR>]. Noshadha & Partners. "Alternative Dispute Resolutions (ADR) in International Commercial Law." (20161228)]

Early Neutral Evaluation uses a neutral or an impartial third party to provide an **objective evaluation**, sometimes in writing, of the strengths and weaknesses of a case. Under this method, the parties will usually make informal presentations to the neutral party to highlight their respective cases or positions. [Internet.

[<https://www.eeoc.gov/federal/adr/neutralevaluation.cfm>]. US Equal Employment Opportunity Commission. "Early Neutral Evaluation." (20161228)]

An early neutral evaluation (ENE) is used when one or both parties to a dispute seek the advice of an experienced individual, usually an attorney, concerning the strength of their cases. An **objective evaluation** by a knowledgeable outsider can sometimes move parties away from unrealistic positions, or at least provide them with more insight into their cases' strengths and weaknesses. Of course, the success of this technique depends upon the parties' faith in the fairness and objectivity of the neutral third-party, and their willingness to compromise. [Internet. [<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Early+Neutral+Evaluation>]. Farlex, The Free Dictionary. "Alternative Dispute Resolution." (20161228)]

## ÉQUIVALENTS

On trouve plusieurs équivalents comme le démontrent les contextes suivants :

### L'évaluation liminaire (« *Early Neutral Evaluation* »)

Cette formule, plus adaptée que la précédente aux litiges à forte consistance juridique, vise, dès avant la mise en état d'une procédure judiciaire ou d'un arbitrage, à permettre aux parties et à leurs conseils de se réunir devant un tiers indépendant désigné d'un commun accord (un avocat ou un magistrat à la retraite) pour lui présenter les grandes lignes de leurs dossiers. Après les avoir entendus, le tiers indépendant leur livre une évaluation des mérites respectifs de chaque dossier et indique quelle devrait, selon son sentiment, être l'issue du procès. Cette évaluation non-contraignante permet de faciliter le rapprochement des parties, et conduit bien souvent à une médiation anticipée. Aux États-Unis, de nombreux tribunaux invitent les parties à recourir à cette formule, parfois également appelée « pre-trial conference » lorsqu'elle se situe à un stade plus développé de la procédure, si ce n'est à la veille du procès. [Internet.

[[http://www.google.ca/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=15&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjU14T2o4fOAhUizIMKHRtJBYU4ChAWCDYwBA&url=http%3A%2F%2Fwww.arbitrage-maritime.org%2Fcpt\\_download\\_art.php%3Ffile%3DG5JSR.pdf&usg=AFQjCNHvYIqCFB4\\_CicMrax3d9Bat2kFPg&bvm=bv.127521224,d.amc](http://www.google.ca/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=15&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjU14T2o4fOAhUizIMKHRtJBYU4ChAWCDYwBA&url=http%3A%2F%2Fwww.arbitrage-maritime.org%2Fcpt_download_art.php%3Ffile%3DG5JSR.pdf&usg=AFQjCNHvYIqCFB4_CicMrax3d9Bat2kFPg&bvm=bv.127521224,d.amc)]. Gazette de la Chambre arbitrale maritime de Paris. Jean-Serge Rohart. « L'ADR : une alternative à l'arbitrage de la CAMP ? ». (20160722)]

La juge Werdegar rapporte que, à la lumière des succès et de la popularité des différents modes non judiciaires, les cours fédérales américaines ont rendu disponibles aux parties une gamme complète de services prélitige, allant de l'**évaluation neutre précoce** au miniprocès, en passant par la médiation et l'arbitrage. [Internet. [<https://www.erudit.org/revue/cd/1999/v40/n1/043532ar.pdf>]. Érudit.org. Marie-France Chabot. « Des raisons et des manières d'intégrer la médiation dans le système de justice civile ». (20160722)]

Je suis saisi d'une requête présentée par la demanderesse qui allègue que la défenderesse a violé une convention d'évaluation objective préliminaire intervenue entre les parties. Cette convention prévoit une **évaluation objective préliminaire** et une médiation par un juge à la retraite de la Cour supérieure de l'Ontario. Dans le cadre de ce processus, les parties ont échangé un certain nombre de documents et, plus particulièrement, des projets de rapports d'experts. [CanLII, *Andersen Consulting c. Canada*, 1999 CanLII 8642 (CF)].

La conférence préparatoire a été reprise à la suite de la demande de conférence préparatoire qui a été présentée le 25 mars 1999. Il s'agit toutefois en réalité de la poursuite d'une conférence de gestion de l'instruction qui avait commencé par une **évaluation préliminaire par un arbitre** que le juge Lutfy avait ordonnée le 29 septembre 1998. L'**évaluation préliminaire par un arbitre** a eu lieu le 17 mars 1999. Cette évaluation s'est soldée par une critique verbale des forces et des faiblesses de la thèse de chacune des parties et par une note de service détaillée visant à faciliter le règlement du litige. [CanLII, *Air Spray (1967) Ltd. c. Canada*, 2000 CanLII 14937 (CF)].

## Définition

**387** La conférence de règlement des litiges est présidée par un juge responsable de la gestion de l'instance ou le protonotaire visé à l'[alinéa 383c](#)), lequel :

a) s'il procède par médiation, aide les parties en les rencontrant ensemble ou individuellement afin de susciter et de faciliter les discussions entre elles dans le but de trouver une solution au litige qui convienne à chacune d'elles;

b) s'il procède par une **évaluation objective préliminaire** de l'instance, évalue les points forts et les points faibles respectifs des positions formulées par les parties et leur donne son opinion — à caractère non obligatoire — sur le résultat probable de l'instance;

c) s'il procède par mini-procès, préside la présentation des arguments des avocats des parties et leur donne son opinion — à caractère non obligatoire — sur le résultat probable de l'instance. [CanLII, Règles des Cours fédérales, DORS/98-106].

L'**évaluation impartiale** peut être utilisée sous l'égide des tribunaux ou être entreprise complètement en dehors de l'appareil judiciaire, sur une base volontaire. Au Canada, on se sert de l'**évaluation impartiale** de façon restreinte dans le cadre d'ententes volontaires entre les parties. Cependant, ce mécanisme est parfois utilisé de concert avec des programmes de règlement des conflits devant les tribunaux. [Internet. [<http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/sprd-dprs/res/mrrc-drrg/eval.html>]. Ministère de la Justice. « Le manuel relatif au règlement des conflits : évaluation impartiale ». (20160725)]

La doctrine utilise indistinctement les expressions « **évaluation impartiale** » et « **évaluation préliminaire impartiale** ». Aux fins du présent document, nous utiliserons l'expression « évaluation impartiale » puisque ce mécanisme peut être utilisé à tout moment de la durée d'un conflit. [Internet. [<http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/sprd-dprs/res/mrrc-drrg/eval.html>]. Ministère de la Justice. « Le manuel relatif au règlement des conflits : évaluation impartiale ». (20160725)]

## L'évaluation impartiale

L'**évaluation préliminaire impartiale** permet aux parties et à leurs conseillers juridiques de présenter leur cause à une tierce partie impartiale qui possède l'expertise requise dans le domaine ayant donné lieu au conflit. La tierce partie évalue les forces et les faiblesses des positions des parties et leur fournit un avis qui ne les lie pas sur ce que serait le résultat du litige si un juge tranchait la question. Ce mécanisme offre aux parties une évaluation impartiale et non obligatoire du conflit qui les oppose et qui s'effectue, de préférence, le plus tôt possible après la naissance du conflit par un tiers dont la grande expertise apporte davantage de crédibilité au processus. [Nous

soulignons.] [Internet. [<http://www.sergepisapia.ca/services/resolution-de-conflits/?lang=fr>] Serge Pisapia. « Règlement des différends ». (20160725)]

### early neutral evaluation

**séance d'évaluation impartiale anticipée** R.S.O. 1990, c. A.98; p. 58

► mediation, arbitration, **early neutral evaluation**, neutral fact-finding, mini-trial and negotiation

► médiation, arbitrage, **évaluation préliminaire impartiale**, enquête impartiale, mini-procès et négociation R.S.O. 1990, c. A.99; p. 211 [Internet. [[http://cas-cdc-www02.cas-satj.gc.ca/fct-cf/docs/Glossary\\_f.pdf](http://cas-cdc-www02.cas-satj.gc.ca/fct-cf/docs/Glossary_f.pdf)]. Courts Administration Service. Glossary. *s.v.* « early neutral evaluation ». (20160725)]

Le terme *evaluation* ne pose pas de problèmes et se rend par « évaluation ». Les solutions pour rendre les adjectifs *early* et *neutral* sont plus complexes.

Voici des définitions pour les adjectifs « neutre », « objectif » et « impartial » qui ont été employés dans les contextes ci-dessus pour rendre l'adjectif *neutral*.

#### neutre *adj*

2. Qui s'abstient de prendre parti, de s'engager d'un côté ou de l'autre. ► impartial, objectif. [Paul Robert et al., *Le Nouveau Petit Robert*, 2009, *s.v.* « neutre ».]

#### neutre *adj*

Qui ne prend pas parti entre des contendants, soit États soit particulier, bien qu'il puisse avoir une opinion très nette sur le débat : *Heureux les hommes qui sont sincèrement neutres entre leur pensée et celle d'autrui* (Fén.). [Henri Bénac. « Dictionnaire des synonymes ». Hachette, 1982, *s.v.* « neutre ».]

#### neutre C. — [En parlant de choses]

1. Qui n'est caractérisé ni dans un sens ni dans le sens contraire; qui est sans individualité marquée. Synon. *indéterminé*. *L'événement fortuit peut être (...) un événement simplement neutre, comme le fait qu'un dé retombe sur une face plutôt que sur une autre* (RUYER, *Esq. philos. struct.*, 1930, p.337) [Internet. [<http://atilf.atilf.fr>]. *Le Trésor de la langue française informatisé*, *s.v.* « neutre ».]



**objectif** *adj*

2. [En fonction de l'attitude du suj.] Qui manifeste un souci d'exactitude, faisant abstraction de toutes préférences, idées ou sentiments personnels. Synon. *impartial* [Internet. [<http://atilf.atilf.fr>]. *Le Trésor de la langue française informatisé*, s.v. « objectif ».]

**objectif** *adj*

1. cour. Se dit d'une description de la réalité (ou d'un jugement sur elle) indépendante des intérêts, des goûts, des préjugés de la personne qui la fait. ► *impartial*. *Faire un rapport objectif des faits*. *Jugement objectif*. – par ext. *Information objective*. *Un article objectif sur les conflits sociaux*.

4 (personnes) Dont les jugements ne sont altérés par aucune interférence d'ordre personnel. [Paul Robert et al., *Le Nouveau Petit Robert*, 2009, s.v. « objectif ».]

**objectif** *adj*

[En parlant d'une activité essentiellement cognitive ou de son résultat] *Exposé, jugement objectif; lecture objective; article, compte rendu, ouvrage objectif*. *Il se mêle à tous ses récits: le narré simple et objectif du fait lui est impossible; il ne sait point l'isoler du jugement qu'il en a porté et de l'impression personnelle qui lui en est restée* (RENAN, *Avenir sc.*, 1890, p.263). *L'examen auquel je me suis livré est parfaitement objectif* (DUHAMEL, *Notaire Havre*, 1933, p.9) [Internet. [<http://atilf.atilf.fr>]. *Le Trésor de la langue française informatisé*, s.v. « objectif ».]

**impartial** *adj*

Qui n'est pas partial, qui est sans parti pris. ► *juste, neutre*. *Arbitre, juge impartial*. [Paul Robert et al., *Le Nouveau Petit Robert*, 2009, s.v. « impartial ».]

**impartial** *adj*

**B.** — [P. méton.; en parlant d'un jugement ou de ce qui l'exprime] Synon. *objectif*; anton. *inique, tendancieux*. *Avis, jugement, récit, verdict impartial; analyse, critique, opinion impartiale; juger d'une façon impartiale*. *Qu'est-ce que la voix calme et impartiale de la philosophie dans le tumulte des faits qui se mêlent et se combattent?* (LAMART., *Voy. Orient*, t. 2, 1835, p. 260). [Internet. [<http://atilf.atilf.fr>]. *Le Trésor de la langue française informatisé*, s.v. « impartial ».]

**impartial** *adj*

(choses) *Verdict impartial. Un compte rendu, un rapport impartial. Une critique impartiale.*

► objectif. [Paul Robert et al., *Le Nouveau Petit Robert*, 2009, s.v. « impartial ».]

Dans le terme à l'étude c'est l'évaluation qui est *neutral*, mais il n'en demeure pas moins que cette dernière est le résultat d'un processus mental et comportemental d'une personne. C'est pourquoi nous avons ajouté des définitions concernant le résultat d'un jugement ou d'une activité cognitive. Le tiers soumet une évaluation des mérites des dossiers de chacune des parties.

Nous avons vu dans l'analyse notionnelle que les auteurs emploient non seulement l'adjectif *neutral* pour qualifier l'évaluation, mais aussi les adjectifs *impartial* et *objective*. Nous pensons que ces qualificatifs doivent se rendre respectivement par « neutre », « impartial » et « objectif ».

La situation se complique lorsqu'il s'agit de rendre en français l'adjectif *early*. Voici des définitions pour les adjectifs « préliminaire », « liminaire », « précoce » et « anticipé » qui ont été employés dans les contextes ci-dessus.

**préliminaire** *adjectif*

Qui précède la matière principale. *Un entretien préliminaire à l'engagement.* Ne pas confondre avec le nom *liminaire*, texte placé au début d'un livre. [Marie-Eva de Villers. *Multidictionnaire de la langue française*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal (Québec), Québec-Amérique inc., 2009, s.v. « préliminaire ».]

**préliminaire** *adj.*

2. Qui précède, prépare une autre chose considérée comme plus importante. ► préalable, préparatoire. *Accords préliminaires. Essai, enquête préliminaire. Remarques préliminaires.* [Josette Rey-Debove et Alain Rey dir. *Le nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 200, s.v. « préliminaire ».]

**liminaire** *adj.*

1. Placé en tête (d'un ouvrage, d'un discours). ► préface, prologue. *Épître, déclaration liminaire*. ► préliminaire.

Littér. Initial. « Une journée finale répondra à la journée liminaire » Maurois. [Josette Rey-Debove et Alain Rey dir. *Le nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2009, s.v. « liminaire ».]

**précoce** *adj*

Qui survient, se développe plus tôt que d'habitude. *Printemps précoce*. La cuisine « se trouvait déjà glacée par les gelées précoces de novembre » Zola. [Josette Rey-Debove et Alain Rey dir. *Le nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2009, s.v. « précoce ».]

**anticipé** *adj*

Qui se fait par anticipation, avant la date prévue ou sans attendre l'évènement. Remboursement anticipé. [Josette Rey-Debove et Alain Rey dir. *Le nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2006, s.v. « anticipé ».]

Ces définitions ne rendent pas le sens d'*early* soit « tôt dans le processus ». En contexte, on veut exprimer que le mécanisme d'*evaluation* s'enclenche dès le début de la durée d'un différend.

Dans l'outil traductionnel appelé « bitexte » du Bureau de la traduction, la particule « early » a été traduite par une périphrase.

Le MARC comprend habituellement une **évaluation neutre réalisée au départ**, la négociation, la conciliation, la médiation et l'arbitrage. [Bitexte. Affaires indiennes et du Nord Canada. n° 9372142.]

On a trouvé aussi « évaluation neutre de la première heure (ENPH) » comme équivalent français.

À la naissance de la judiciarisation du conflit, l'**évaluation neutre de la première heure** offre un examen neutre et détaché effectué sous la supervision d'un tiers qui permet de faire le point sur la naissance du conflit, quand et comment le tout a dégénéré et, qui permet également d'estimer ce qui pourra se produire avant d'atteindre la résolution du conflit.

L'évaluation a pour but de fournir des recommandations confidentielles qui ne lient nullement les parties pour permettre de circonscrire le débat et fournir la manière la plus propice pour résoudre la situation.

[...]

Finalement, l'évaluateur partage avec les parties son appréciation des forces et des faiblesses des prétentions respectives pour leur permettre une meilleure compréhension des enjeux et pour qu'ils puissent explorer des avenues plus rentables pour résoudre le conflit.

Les recommandations de l'évaluateur pourront être de procéder par médiation, par arbitrage, ou que la seule issue possible passe par l'entremise des Tribunaux, mais avec un débat déjà plus circonscrit et au coût humain et monétaire probablement réduit. [Internet. [<http://www.rclg.ca/evaluation-neutre-ene-.ws>]. Règlement de conflits Louis Gosselin. « ENPH Évaluation Neutre de la Première Heure (ENE Early Neutral Evaluation) ». (20160727)]

Nous ne retiendrons pas ces équivalents, car ils ne sont pas économiques.

Nous pourrions envisager la question sous un autre angle, soit celui que l'évaluation précède toutes autres formes de modes substitutifs de résolution des conflits ou de procédures judiciaires. C'est-à-dire que l'évaluation est un mécanisme qui sert à introduire d'autres étapes considérées comme plus importantes comme la médiation, l'arbitrage ou le recours devant les tribunaux. À ce moment-là, l'adjectif « préliminaire » serait correct pour rendre en français l'adjectif *early*.

Nous proposons alors de rendre *neutral evaluation* par « **évaluation neutre** » et *early neutral evaluation* (ENE) par « **évaluation neutre préliminaire** ».

## ANALYSE NOTIONNELLE

### *summary jury trial*

Les parties présentent leurs arguments non pas devant un tiers, mais devant un jury qui donnera un avis non-contraignant sur le différend en question. C'est une procédure judiciaire allégée.

**Summary jury trials** have been used primarily in the federal courts, where they provide parties with the opportunity to "try" their cases in an abbreviated fashion before a group of jurors, who then deliberate and render an **Advisory Opinion**.

Like an early neutral evaluation, an advisory opinion from a **summary jury trial** can help the parties assess the strengths and weaknesses of their cases and sometimes can facilitate the settlement of the dispute. Another advantage of the **summary jury trial**, which it has in common with the minitrial, is that it can be scheduled much sooner than a trial. When early evaluations help

the parties settle their cases, the parties typically avoid much of the delay, expense, and anxiety that occurs in litigation. [Internet. [<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Summary+Jury+Trial>]. Farlex the Free Dictionary. s.v. « alternative dispute resolution ». (20160722)]

Mini-trials also differ from another ADR technique, the “**summary trial**” or “**summary jury trial**.” Both mini-trials and **summary jury trials** involve the presentation of each side’s case, usually without live testimony, but with opening and closing statements and an outline of evidence they intend to produce at trial. However, **summary trials** are actually presented before mock juries, who issue advisory “verdicts.” Following a jury determination, the parties and their attorneys will attempt settlement. [Internet. [<http://arbitration.uslegal.com/mini-trials/mini-trials-distinguished-from-other-forms-of-adr/>]. USLegal. "Mini-Trials Distinguished From Other Forms of ADR." (20160722)]

The **summary jury trial** is another judicial settlement technique that has been introduced by way of experiment in the United States in response to pressures on the civil litigation system in recent years. [Internet. [<https://www.alri.ualberta.ca/docs/dp001.pdf>]. Alberta Law Reform Institute. "Civil Litigation: The Judicial Mini-Trial." (20160722)]

#### Lay Evaluation: The **Summary Jury Trial**

- Trial in a summary fashion saves time and money for parties and court
- Abbreviated version of their evidence to an advisory jury, opening statement, evidence that would be showed if case went to trial, limited testimony, closing arguments, then returns a non-binding advisory verdict: BUT process can be modified to suit the parties.
- Used when parties or court feel that a preview of what a jury might do would be helpful to better assess the case for purposes of settlement, but possible for parties to stipulate that jury’s verdict will be binding. [Internet. [[http://lsa.mcgill.ca/pubdocs/.../315-bachand\\_extrajudicialdisputeresolution\\_Winter2007.doc](http://lsa.mcgill.ca/pubdocs/.../315-bachand_extrajudicialdisputeresolution_Winter2007.doc)]. McGill Law Students Association. "Non-Adjudicative Extrajudicial Dispute Resolution." (20160722)]

“ADR” is an acronym for “**A**lternative **D**ispute **R**esolution.” It’s a term that encompasses a wide range of techniques that may be used to attempt to resolve a legal dispute without having to proceed to more traditional adversarial and adjudicatory processes such as litigation, hearings, and appeals. These include consensual or non-binding procedures such as negotiation, neutral listener proceedings, early neutral evaluation, advisory opinions, the use of an OMBUDS person, settlement conferences, peer review, mediation, the mini-trial, the **summary jury trial**, conciliation, neutral expert fact-finding and non-binding arbitration. It also includes binding adjudication such as arbitration and private judging. [Internet. [[http://adrontario.ca/resources/event\\_details.cfm?announcementId=2435](http://adrontario.ca/resources/event_details.cfm?announcementId=2435)]. ADR Institute of Ontario. "ADRIO Special Evening Presentation: When ADR Works and When It Doesn't - Event Details." (20160722)]

**Summary Jury Trial** is a procedure connected to the formal litigation process and is available once the case is ready for trial. It is most typically advantageous in large complex cases that are expected to be very lengthy trials. The counsel for the parties present their best cases to a real jury. The jury is not advised that the trial is not a real one. However, the presentation is an abbreviated one so that it lasts only one or two days. There are no outside witnesses called. The business principals with authorization to settle are the parties who attend the trial. A judge presides over the summary jury trial. The jury renders a non-binding verdict. This becomes a starting point for negotiations in order for the parties to achieve settlement without the need for the complex trial.

[Internet. [<http://www.msmlaw.ca/index.php/component/easyblog/entry/adr-in-the-americas-the-canadian-perspective?Itemid=101>]. McDonald, Sager & Manis LLP. "ADR in the Americas: The Canadian Perspective." (20160722)]

**SJT**, the acronym of “**summary jury trial**”, is another hybrid ADR process in which the attorneys of the parties present their case before a mock jury under close supervision by a judge, with the “jury” rendering a mock verdict with a view to giving the parties an idea as to how their case might turn out if it goes to trial. Essentially, it is a shortened form of lawsuit trial. [Internet. [Internet. [[https://www.ruor.uottawa.ca/bitstream/10393/30562/1/Hsieh\\_Hungpin\\_Pierre\\_2014\\_thesis.pdf](https://www.ruor.uottawa.ca/bitstream/10393/30562/1/Hsieh_Hungpin_Pierre_2014_thesis.pdf)]. Research Ottawa University. Hungpin Pierre Hsieh. "The Mediator, the Negotiator, the Arbitrator or the Judge?—Translation as Dispute Resolution." (20160722)]

The **summary jury trial** is the only ADR method which provides for case presentation before a jury. Although the process is time limited, the parties have the satisfaction of having their case heard by their peers. The goal of the **summary jury trial** is to provide litigants with a jury verdict which will help them facilitate settlement.

Although a **summary jury trial** may be voluntary, it is generally initiated upon motion by one or all of the litigants or the court. In the court context, the parties select six jurors from a panel of ten to twelve jurors. After a brief voir dire by the court or the attorneys, the jurors are empaneled. [Internet. [<http://frieardt.com/mediationarbitration/alternative-dispute-resolution-summary-jury-trial/>]. Frie, Arndt and Danborn, P.C. "Alternative Dispute Resolution – Summary Jury Trial." (20160727)]

## ÉQUIVALENT

Voici quelques contextes avec différents équivalents français :

Les formules mixtes les plus courantes actuellement sont des programmes adjoints au règlement judiciaire; ils comprennent : les miniprocès privés, les séances dirigées, l'évaluation préliminaire, le **procès sommaire avec jury**, le miniprocès judiciaire, la gestion de cause et l'enquête par un ombudsman. Nous verrons plus loin le cas de la gestion des causes en Ontario. Les formules mixtes peuvent être obligatoires dans certaines situations déterminées par la loi, ce que nous verrons aussi plus loin. [Internet. [<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100032665/1100100032667#chp4>]. Affaires autochtones et du Nord Canada. « Les modes de règlement extrajudiciaire ». (20160722)]

Avruch et Black (1996) ont écrit un article intéressant sur l'engouement en Amérique du Nord pour les modes de règlement extrajudiciaire des conflits : engagement d'un juge, enquête menée par un expert indépendant pour recueillir les données, **instruction sommaire devant jury**, ou mini-procès, intervention du protecteur du citoyen, etc. Cette formule englobe toutes les formes parajuridiques de conciliation, de facilitation, de médiation ou d'arbitrage, auxquelles on a actuellement recours en droit commercial, ainsi qu'en droit de la famille et pour les mineurs. [Internet. [<https://idl-bnc.idrc.ca/dspace/bitstream/10625/31273/1/124995.pdf>]. Bibliothèque numérique du CRDI. Daniel Buckles dir. « Cultiver la paix : Conflits et collaboration dans la gestion des ressources naturelles ». (20160722)]

Fondé en 1985, l'*Ohio State Journal sur la résolution des différends* ("JDR") est initié, et géré par des étudiants de publication de l'Ohio State University College Michael E. Moritz de droit. Le *JDR* est dédié à l'exploration des forums alternatifs et des méthodes de résolution des différends, comme la négociation, la médiation, l'arbitrage, le **procès sommaire devant jury de synthèse**, et le mini-procès. [Internet. [<http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/osjdr/about-the-jdr/news-announcements/about-us-in-french/>]. The Ohio State University. "Ohio State Journal on Dispute Resolution." (20160722)]

### **procès**

1. Litige soumis à un tribunal; contestation pendante devant une juridiction.
2. Parfois syn. de *procédure, instance*. [Gérard Cornu dir., *Vocabulaire juridique*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Quadriga/PUF, 2011, s.v. « procès ».]

### **instruction**

Phase du procès civil qui, en un sens large, englobe non seulement la phase préparatoire (comprenant la communication des pièces, l'exécution des mesures d'instruction, l'échange des conclusions), mais aussi les plaidoiries et les débats qui concourent à éclairer le juge. [Gérard Cornu dir., *Vocabulaire juridique*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Quadriga/PUF, 2011, s.v. « instruction ».]

Le procès sommaire ou le procès par voie sommaire est un mode de procès, tandis que l'instruction sommaire est une phase d'un procès. D'après les contextes anglais dans l'analyse notionnelle, nous considérons qu'il y a lieu de parler de « procès sommaire » et non « d'instruction sommaire ».

Nous avons constaté les deux tournures « procès devant jury » et « procès avec jury ». Une petite recherche dans Google sur les sites canadiens, nous permet de voir que « procès devant jury » récolte 6 310 résultats et « procès avec jury », 1 440 résultats.

Dans CanLII, « procès devant jury » récolte aussi davantage de résultats que « procès avec jury » soit 736 occurrence pour le premier et 264 pour le deuxième.

Nous proposons l'équivalent le plus couramment employé, soit « **procès sommaire devant jury** » pour rendre le terme *summary jury trial*.

## **ANALYSE NOTIONNELLE**

*binding opinion*

*non-binding opinion*

Le *non-binding opinion* s'applique à différents types de MSR, comme la médiation, le miniprocès, l'évaluation préliminaire impartiale, etc. Les parties présentent leur cause à un tiers qui donne un *non-binding opinion* sur le bien-fondé de l'affaire en question.

As far as the neutral evaluation technique is concerned, the ICC Guide defines it as a **non-binding opinion** or evaluation concerning one or more matters such as:

- an issue of fact;
- a technical issue of any kind;
- an issue of law;
- an issue concerning the application of the law to the facts;
- an issue concerning the interpretation of a contractual provision;
- an issue concerning the modification of a contract.

Although not provided for in the ICC ADR Rules themselves, the ICC Guide to ADR sets out that “the parties may agree contractually to abide” to the Neutral’s evaluation. This means that they can provide in a signed agreement that the Neutral’s evaluation shall be binding upon them, such an agreement having thereby the value of a quasi-judicial decision. [Internet.

[<http://kluwermediationblog.com/2012/03/07/adr-rules-of-the-international-chamber-of-commerce-icc-a-flexible-way-in-the-use-of-adr-settlement-techniques/>]. Christopher Imhoos. "ADR Rules of the International Chamber of Commerce (ICC): a flexible way in the use of ADR settlement techniques." (20161121)]

However, large, complex construction and engineering projects are increasingly calling for the establishment of panels of “standing neutrals” to provide preliminary rulings upon disagreements and claims as they arise. Such panels are created either in the construction contract or at the outset of a project. Where the panel is mandated to provide a *non-binding opinion* on the merits of a dispute, it is generally referred to as a “Dispute Review Board” (or “DRB”). [Internet.

[[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9Uwd7L5vW84J:cccl.org/articles/Dispute\\_Review\\_Boards\\_and\\_Adjudication\\_etc.DOC+&cd=11&hl=fr&ct=clnk&gl=ca](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9Uwd7L5vW84J:cccl.org/articles/Dispute_Review_Boards_and_Adjudication_etc.DOC+&cd=11&hl=fr&ct=clnk&gl=ca)]. Harvey J. Kirsh. "'Dispute Review Boards' and 'Adjudication': Two Cutting-Edge ADR Processes in International Construction." (20161121)]

#### **What is a judicial mini trial?**

A judicial mini trial is a non binding, flexible ADR process, involving counsel for all of the parties to the litigation, who present arguments to the judge, in the presence of the clients. Neither the judge nor the counsel is gowned during the presentation. An agreed Statement of Facts should be prepared, if possible, together with copies of expert reports, medical reports and authorities attached. No evidence is adduced. Rather, arguments are presented based on agreed facts or facts essentially agreed upon. Counsel may refer to evidence from Examinations for Discovery. Counsel, by arrangement with the Trial Co-ordinator, make an appointment with the mini trial



judge assigned to the timeframe for which the appointment is arranged, and the judge is then able to assess whether or not a mini trial is appropriate, and confirm the date for the mini trial, and the time to deliver briefs. Usually the mini trial takes no more than one or two days. The **non binding opinion** of the judge rendered at the conclusion of the mini trial is strictly confidential. The mini trial judge will not discuss the opinion given at the mini trial with anyone else on the bench. No costs are assessed at the mini trial. If the parties are unable to conclude a settlement, the case will proceed to trial in the normal manner. [Internet. [<http://bcami.com/faqs.html>]. British Columbia Arbitration and Mediation Institute. "Rules of procedure." Last Updated on 28 July 2016. (20161121)]

Judicial Dispute Resolution, or 'JDR', is a voluntary and confidential dispute resolution process. The process usually takes place within a courthouse conference room or occasionally within the judge's office. While the process can vary from courthouse to courthouse and can depend on the preferences of the parties or the judge, the parties involved will generally submit briefs in advance to the judge containing the facts and legal arguments surrounding the case. After oral submissions by the parties, the judge will often give a **non-binding opinion** on the case which is intended to help facilitate a settlement. In Calgary, however, most of the judges do not give a formal opinion but rather attempt to work with the parties to reach a settlement. If the parties cannot reach a settlement, and if the case goes to trial, a different judge will preside over the trial. [Internet. [<http://www.cfcj-fcjc.org/clearinghouse/judicial-dispute-resolution>]. Canadian Forum on Civil Justice. "Judicial Dispute Resolution." (20161121)]

The report proposes a model for dispute resolution of accident benefits in Ontario:

- A new system ought to be introduced that consolidates the strengths of the existing mediation and arbitration process to facilitate a more efficient model.
- The entire process for dispute resolution would take no longer than six months from start to finish.
- Every Ontario auto insurance company is to establish a formal internal review process. This process would take place within a 30 day window.
- If the parties cannot resolve their dispute, the claimant would then be free to file an application with the new ADR body.
- A case manager would serve as a gatekeeper to the process and would review each application to determine whether the parties are ready to proceed through the system.
- Once everything is in order, the case would immediately be assigned to an arbitrator who would arrange mediation within 45 days. The arbitrator might provide a **non-binding opinion** on the likely outcome.
- If the mediation fails to produce a settlement, the arbitrator would immediately schedule a hearing for the parties and would determine whether the case should be subject to a paper hearing, an expedited summary in-person hearing or a full in-person hearing. [Internet. [<http://www.advocatedaily.com/profile/a-proposed-new-model-for-dispute-resolution-in-ontario.html>]. John. A McLeish. "Proposed new model for dispute resolution in Ontario." (20161121)]

### **Early Neutral Evaluation**

The parties engage an independent third party to provide a **non-binding opinion** on the strengths and weaknesses of each party's case, typically set out in a position paper, which concludes with a prediction of how the dispute would be disposed of before a court or arbitral tribunal ... [Internet.

[<https://books.google.ca/books?id=KUdYZpjoCxcC&pg=PA332&lpg=PA332&dq=%22non-binding+opinion%22+arbitration&source=bl&ots=3dEln8ZJQI&sig=oJUG8U9zsZqVmeQISSmehFTn3gU&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiN5u-WzLrQAhp74MKHc4YAskQ6AEIRTAG#v=onepage&q=%22non-binding%20opinion%22%20arbitration&f=false>]. Trevor Cook and Alejandro I. Garcia. "International Intellectual Property Arbitration Kluwer Law International." (20161121)]

Another example of a flexible mediation process that can provide the parties with more options is when parties mediate with a view to asking the mediator to provide a written **non-binding opinion** after a mediation conference concludes without a resolution. (The ICC contemplates this in its second guidance note to its Mediation Rules.) Assuming the mediator has the requisite qualifications, the perceived benefit in doing so is that the mediator has had the advantage of reading the material provided and of hearing the parties in joint and private sessions. Accordingly, it is suggested that the mediator is in a sufficiently informed position to assess the respective legal merits and risks being taken by the parties. Often the **non-binding opinion** will form the basis for further negotiations and a resolution. This option, in one form or another, is no doubt being adopted more in large commercial mediations particularly where the appointed mediator is a senior barrister or retired judge ... [Internet.

[<https://books.google.ca>]. Gabriël A. Moens and Philip Evans. "Arbitration and Dispute Resolution in the Resources Sector: An Australian Perspective." Springer, 2015, [p. 332]].

The Tribunal offers mediation at various steps of the process. The first is an early mediation that takes place at the beginning of the process. During an early mediation, the Tribunal Member may evaluate the relative strengths and weaknesses of the positions advanced by the parties and may provide the parties with a **non-binding opinion** as to the probable outcome of the inquiry. This case assessment is added to the existing interest-based model of evaluation. [Internet. [<http://www.chrt-tcdp.gc.ca/transparency/reports/2011-ar/2011-ar-en.html>]. Canadian Human Rights Tribunal. "Annual Report 2011." (20161121)]

---

96. There is no definition of "mediation" in the Act but the meaning of the term has received some judicial consideration in other contexts. Mr. Justice Farley succinctly distinguished between mediation and arbitration in a 1994 Ontario decision:

I think it fair to observe that a binding arbitration is a non-court equivalent to a court trial. In either case a neutral third party hears the case and makes his decision which (subject to appeal) is binding upon the parties. This differs from other forms of ADR in which the parties themselves are part of the decision-making mechanism and the neutral third party's involvement is of a facilitative nature: e.g. mediation, conciliation, neutral evaluation, **non-binding opinion**, non-binding arbitration. [CanLII, The Canadian Legal Information Institute. "Law Society of New Brunswick v. [Y.Y.], 2010 NBLSB 3 (CanLII)."]

Selon les contextes précités et selon le mécanisme de MSRD utilisé, l'*opinion* consiste, entre autres, à déterminer les questions de faits et de droit applicables à une situation donnée, à évaluer les questions techniques s'il y a lieu, à interpréter les clauses contractuelles en jeu, à identifier les causes du différend, à évaluer les forces et les faiblesses des positions des parties et à émettre un avis quant à la résolution du différend ou quant à la solution probable de l'affaire s'il y avait procès.

Voici quelques définitions tirées de dictionnaires juridiques pour *opinion* :

**opinion** : A conclusion or belief held with confidence, after analysis of the facts and the law relating to a matter. Frequently the term is synonymous with judgment. [Datinder S. Sodhi. *The Canadian Law Dictionary*. Don Mills (Ontario), Law and Business Publications (Canada) Inc., 1980, [647 pp.]. s.v. « opinion ».]

**opinion**, n. *Opinion* is the AmE term for a judicial deliverance, i.e., the court's statement explaining its decision, including points of law, statement of fact, *rationes decidendi*, and dicta. The BrE equivalent is *judgment*, but the word *opinion* is also frequently used there. (See judgment (B)). In BrE, opinion more commonly refers to advice given by counsel on facts set out in a case or in a memorandum submitted to counsel. See decision & deliverance. [GARNER, Bryan A. *Garner's Dictionary of Legal Usage*. 3<sup>rd</sup> ed., New York, Oxford University Press, ©2011, [991 pp.]. s.v. « opinion ».]

Nous avons relevé les graphies *non-binding* et *non binding*, mais, dans les dictionnaires anglais, c'est la graphie avec le trait d'union qui est privilégiée.

**non-binding** *adjective* (of arbitration, a vote, an agreement, etc.) not legally binding on any of the parties involved. [Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, Second Edition, Ontario: Oxford University Press, 2004, s.v. « non-binding ».]

On constate aussi que dans le cas de l'*expert determination* qui est un mécanisme de MSRD, le tiers émet un *binding opinion*.

This article, however, discusses a third option – expert determination – whereby the parties who have been unable to resolve a dispute generally concerning a specific, technical matter, look to a specifically qualified individual to decide the matter for them.

...

If parties disagree on technical matters (as opposed to more legally-centered issues such as allegations of mismanagement or failure to comply with brand standards), they may decide either in advance by having 'expert determination' drafted into their contract or in an 'ad hoc' manner to jointly appoint a professional to render a **binding opinion** on the matter. [Internet. [<https://www.cayugahospitality.com/news/when-to-use-expert-determination-in-hotel-disputes>]. Cayuga Hospitality. "When to Use Expert Determination in Hotel Disputes." (20161216)]

## ÉQUIVALENTS

Les syntagmes « opinion non contraignante » et « avis non contraignant » ont été relevés comme équivalents du terme anglais *non-binding opinion*.

Dans Google, la recherche des deux équivalents a donné les résultats suivants :

Terme	Nombre de résultats sur Google
opinion non contraignante	50
avis non contraignant	8460

Voici quelques-uns des contextes relevés sur Google :

Le Tribunal propose la médiation à différentes étapes de la procédure. La médiation évaluative préalable à l'audience a lieu au début de la procédure. Au cours de cette médiation, le médiateur qui est un membre du Tribunal peut évaluer les forces et les faiblesses relatives des arguments avancés par les parties et il peut leur fournir une **opinion non contraignante** quant à l'issue probable de l'instruction. La médiation évaluative s'ajoute au modèle de médiation axée sur les intérêts déjà en place. [Internet. [<http://www.chrt-tcdp.gc.ca/transparency/reports/2011-ar/2011-ar-fr.html>]. Tribunal canadien des droits de la personne. "Rapport Annuel 2011." (20161121)]

Le règlement judiciaire des différends (ou RJD) est une conférence confidentielle de règlement qui se déroule avant le procès et est dirigée par un juge de la Cour provinciale ou de la Cour du Banc de la Reine). L'objectif du RJD est de régler les différends de sorte qu'un procès sera soit inutile soit tout au plus limité aux questions sur lesquelles les parties ne parviennent pas à s'entendre. Les parties rencontrent un juge pour discuter en toute confidentialité du contexte du dossier et des points qu'ils estiment important dans leur dossier. Les participants discuteront ensuite des solutions possibles. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre, le juge peut donner une **opinion non contraignante** sur la décision qu'il rendrait si l'affaire et les faits étaient présentés lors du procès. L'**opinion non contraignante** du juge peut aider les parties et leurs avocats à résoudre l'affaire sans qu'un procès soit nécessaire. Un règlement n'est conclu que si toutes les parties sont d'accord. Lorsque le juge est saisi d'une affaire par l'entremise du processus de RJD, il ne peut pas instruire la cause lors du procès. [Internet. [<http://www.justice.gc.ca/fra/df-fl/sjf-fjs/affic-view.asp?uid=89>]. Ministère de la Justice. « Règlement judiciaire des différends (Alberta) ». (20161121)]

### QU'EST-CE QUE LA MÉDIATION?

La médiation est avant tout une procédure *non contraignante*. Cela veut dire que, même si les parties ont convenu d'y soumettre leur litige, rien ne les oblige à la continuer après la première réunion [...]

Dans la *médiation-évaluation*, le médiateur émet sur le différend un **avis non contraignant** que les parties sont libres d'accepter ou de rejeter [...] [Internet. [<https://books.google.ca/>].

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. « Guide de la Médiation OMPI ». WIPO, 2004, [p.4]. (20161121)].

Dans la démarche de médiation dite conventionnelle, la médiation est librement et spontanément choisie par les parties qui effectuent elles-mêmes le choix du tiers médiateur.

La médiation conventionnelle peut être définie comme le mécanisme extrajudiciaire par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre fin à un différend en faisant appel à un tiers qualifié qui aura pour mission de résoudre ce différend en prenant soin de faciliter, voire de reconstruire le dialogue et, si les parties le lui demandent, de leur soumettre un **avis non contraignant** qu'elles seront libres d'accepter ou de refuser en tout ou partie. [Internet. [<http://www.baylot-partouche-mediation.fr/index.php/quest-ce-que-la-mediation/quelle-procedure->]. Cabinet de Médiation Arlette Baylot Partouche. «\_Quelle procédure? ». (20161121)]

Dans CanLII, nous avons relevé 5 résultats pour « opinion non contraignante » et 6 résultats pour « avis non contraignant ».

Le 16 décembre 2010, le Tribunal avait demandé aux parties de préciser si elles souhaitaient participer à une médiation évaluative. Toutes les parties avaient déclaré être intéressées à participer à un tel processus. L'intimé avait accepté la médiation évaluative à condition que le Tribunal émette aux parties une **opinion non contraignante**. Aucune date n'a été prévue pour la médiation ni pour la présentation des plaidoiries, la communication de la preuve ou l'audition de la plainte. [CanLII, L'institut canadien d'information juridique. *Marshall c. Cerescorp Company*, 2011 TCDP 5 (CanLII).

## PROCÉDURES DU PROJET PILOTE EN MATIÈRE DE RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRE DES DIFFÉRENDS

### 1. Définitions

1.1 Les définitions suivantes s'appliquent à la présente directive de pratique:

[...]

7. «mini-procès» Procédure au cours de laquelle l'avocat adverse présente ses principaux arguments aux parties et à un juge de la Cour, lequel préside le débat et rend un **avis non contraignant** sur la solution probable que recevrait le différend dans un procès. [CanLII, L'institut canadien d'information juridique. *Directive de pratique - règlement extrajudiciaire des différends - 1995*, 1995 CanLII 7094 (ON SC).]

Cela nous permet de voir que, dans CanLII, les deux termes sont utilisés dans une même proportion, mais que, dans Google, le terme « avis non contraignant » est beaucoup plus fréquent.

Nous avons donc poussé la recherche pour voir lequel des équivalents est le plus approprié, celui avec « avis » ou celui avec « opinion ».

Dans Juriterm, nous avons repéré une fiche qui se rapproche du sens de la notion à l'étude.

**VEDETTE: opinion (n.) [3] (legal)**

SOURCE 1: Jowitt's Dictionary of English Law, 2e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 1977, 2 v., vol. 2, p. 1287, article "Opinion".

SOURCE 2: Black's Law Dictionary, 6e éd., St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1990, p. 1092.

MATIÈRE: legal services

**TEXTES JUSTIFICATIFS (VEDETTE)**

(contexte) The advice given by counsel upon the facts set out in a case submitted to him is known as an opinion.

Jowitt's Dict. of English Law, vol. 2, p. 1287, article "Opinion"

**INFORMATIONS SUR LES SOLUTIONS**

**ÉQUIVALENT 1: opinion**

PONDÉRATION: Recommandé par le CTTJ

**DÉFINITION**

Expression formelle des connaissances d'un professionnel du droit au sujet d'un point de fait ou de droit qui lui est soumis.

Vanderlinden, Jacques, Gérard Snow et Donald Poirier, La common law de A à Z, 1re éd., Cowansville (Québec), Yvon Blais, 2010, p. 364, sens 2.

**CONSTATS**

CONSTAT 1: opinion

SOURCE 1: Vanderlinden, Jacques, Gérard Snow et Donald Poirier, La common law de A à Z, 1re éd., Cowansville (Québec), Yvon Blais, 2010, p. 364, sens 2.

Nous nous sommes tournées vers les définitions de dictionnaires juridiques pour cerner le sens d'« opinion » et d'« avis ».

**Opinion (n.f.)**

1. Contenu de la décision d'un juge, qui comprend l'exposé de sa perception des faits, son argumentation et les conclusions auxquelles il est parvenu. Angl. *decision, judgment, opinion*

2. Avis d'un juriste qui, pour une situation précise, fait état du droit applicable. Angl. *Opinion* [REID, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien*. 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, ©2010, [855 pp.]. ISBN 978-2-89127-984-0. s.v. « opinion ».]

### **Avis (n.m.)**

1. Avertissement par lequel une personne porte à la connaissance d'une autre le fait qu'elle a posé un acte, exécuté une obligation ou pris une décision. Ex. Un avis de vente forcée, un avis au curateur public. Angl. *notice*

2. Démarche par laquelle on porte quelque chose à la connaissance de quelqu'un. Angl. *notice*

3. Acte instrumentaire par lequel l'avis est transmis. Angl. *notice*

4. Opinion, conseil. Ex. Un avis du conseil de tutelle. Angl. *advice, opinion* [REID, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien*. 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, ©2010, [855 pp.]. ISBN 978-2-89127-984-0. s.v. « avis ».]

### **Opinion**

1 Conviction personnelle (surtout politique) considérée non seulement comme sentiment intime, mais comme avis déclaré. Ex. la liberté d'opinion comprend la liberté de pensée et la liberté d'expression.

— (**délit d'**). Dans certains systèmes juridiques, infraction politique consistant dans le seul fait d'adopter publiquement certaines idées condamnées par le régime en place.

2 \*Avis personnel qu'un juge émet lors du \*délibéré sur la solution du litige (avis placé au moins en Droit interne sous couvert du \*secret des \*délibérations).

— **dissidente**. Exposé officiel, par un membre d'une juridiction internationale, de son dissentiment à l'égard d'une décision prise par cette juridiction et des motifs de ce dissentiment.

— **individuelle**. Exposé officiel, par un membre d'une juridiction internationale, de son désaccord sur les motifs d'une décision rendue par cette juridiction dont il accepte par ailleurs le dispositif.

— (**partage d'**). Situation qui résulte du fait qu'au cours du \*délibéré d'une formation collégiale (même soumise au principe d'imparité) aucune des opinions émises par les magistrats qui y participent n'obtient de majorité, d'où, en certains cas, le recours à un \*juge \*départiteur.

3 Solutions que donne la formation de \*jugement dans sa décision (on parle de l'opinion de la cour, du tribunal).

4 Position doctrinale adoptée par un auteur sur une question controversée ou par un jurisconsulte sur la \*question litigieuse dans une \*consultation ; thèse.

5 \*Avis que le \*technicien (expert, consultant) est appelé à donner au juge sur les points de faits que celui-ci soumet à son examen, lorsque sa mission ne se borne pas à des \*constatations. [CORNU, Gérard (dir.). *Vocabulaire juridique*. 10<sup>e</sup> éd., Paris, Quadrige : PUF, ©2014, [1136 pp.]. s.v. « opinion ».]

## Avis

### 1 (sens gén.)

*a/* \*Opinion donnée à titre \*consultatif en réponse à une \*question. Comp. *conseil, décision, vœu, délibération, recommandation, rescrit, sentiment.*

*b/* \*Annonce, \*avertissement, \*déclaration. Comp. communication, préavis, information.

2 (adm.) Dénomination générique donnée aux actes des organes administratifs dans l'exercice de la \*fonction consultative ; à la différence des vœux émis de façon spontanée, les avis supposent une demande préalable de l'autorité investie du pouvoir de décision ; si celle-ci peut être contrainte de les solliciter (consultation obligatoire) elle n'est pas, en général, tenue de s'y conformer à moins qu'un texte ne le prescrive expressément (on reconnaît cette dernière exigence à l'emploi de la formule « sur avis conforme »).

### 3 (pr. civ.)

*a/* Réponse personnelle que le \*technicien, commis par le juge, doit donner à celui-ci – sans le lier – sur les questions qu'il était chargé d'examiner ; ensemble de ses \*constatations et \*conclusions.

*b/ (saisine pour) de la Cour de cassation.* Procédure de \*consultation préalable aux fins d'\*interprétation permettant à toute juridiction de l'ordre judiciaire saisie d'une question de droit nouvelle, délicate et fréquente (matière pénale exceptée), de surseoir à statuer et de solliciter, de la Cour de cassation, un avis qui, purement \*consultatif, ne lie pas en droit la juridiction qui l'a sollicité (encore moins les autres juridictions dans les litiges futurs) et que cette juridiction n'a pas à attendre au-delà du délai légal de réponse, limite extrême du sursis à statuer (COJ, a. L. 151-1).

### 4 (int. publ.)

— \***consultatif.** Opinion émise sur une question de droit par un tribunal, à l'issue d'une procédure judiciaire, et n'ayant pas l'\*autorité de chose jugée. [CORNU, Gérard (dir.). *Vocabulaire juridique.* 10<sup>e</sup> éd., Paris, Quadrige : PUF, ©2014, [1136 pp.]. s.v. « avis ».]

Dans les *Difficultés du langage du droit au Canada*, les auteurs font état de l'emploi des substantifs « opinion » et « avis ».

## Avis, opinion

Ces deux termes sont parfois employés indifféremment dans les textes juridiques. Cette confusion vient de l'usage courant qui en fait des synonymes. Faut-il les distinguer dans le domaine du droit?

## Avis

Le mot « avis » (formé du préfixe *a* et du latin *visum* issu de locutions telles que *mihi visum* est : il me semble) s'emploie au sens général d'opinion donnée à titre consultatif, d'avertissement, de renseignement.

Exemples : donner son avis sur une question

demandeur l'avis de la Cour

demandeur l'avis des experts



donner avis au public

Demander un avis (et non une opinion, comme on le verra plus loin) à un avocat, à un juriste, c'est lui demander une consultation ou un rapport sur une question particulière. L'avis demandé est juridique et non pas légal.

Un avis consultatif est une opinion émise sur une question de droit par un tribunal, à l'issue d'une procédure judiciaire, et n'ayant pas l'autorité de chose jugée :

Le juge en chef Laskin déclara : à mon *avis*, chaque fois que le législateur provincial prétend soustraire l'un des tribunaux créé par la loi à toute révision judiciaire de sa fonction d'adjudger et que la soustraction englobe la compétence, la loi provinciale doit être déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle a comme conséquence de faire de ce tribunal une cour au sens de l'art. 96. (*Revue du Barreau*, tome 43, n° 2, mars-avril 1986, p. 176).

## Opinion

Ce mot vient du latin *opinio* (de *opinari*, « être d'avis que ») et s'est fixé dans son sens juridique au XV<sup>e</sup> siècle : « avis d'une personne dans une délibération ». (DHLF)

L'opinion est le contenu de la décision d'un juge, qui comprend l'exposé de sa perception des faits, son argumentation et les conclusions auxquelles il est parvenu. Ce terme est donc un quasi-synonyme de décision, jugement.

L'opinion donnée par la Cour suprême n'a pas, en théorie, force obligatoire, mais, en pratique, elle revêt une importance décisive. (*Revue du Barreau*, tome 28, 1968, p. 115).

[...]

### Remarques

1. C'est sans doute sous l'influence de l'anglais, qui ne dispose que d'un seul terme, *opinion*, que l'on emploie indifféremment « avis » et « opinion ». En effet, le terme « opinion », en français, peut aussi désigner l'avis d'un juriste qui, pour une situation précise, fait état du droit applicable. [GÉMAR, Jean-Claude et Vo HO-THUY. *Difficultés du langage du droit au Canada*. 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, ©1997, p. 35-36.]

Il ressort de ces définitions que l'opinion est émise par un juge ou un juriste, alors que l'avis peut être émis par différents intervenants comme un médiateur ou un tiers indépendant. Pour cette raison, nous allons proposer de rendre *opinion* par « avis ».

Suivant ce qui a été établi dans le dossier 103 relativement au terme *non-binding arbitration*, le terme *non-binding* est rendu par « non contraignant ».

Selon les règles de grammaire applicables, il n'y a pas de trait d'union car le terme « contraignant » est un adjectif.

Nous recommandons « **avis non contraignant** » pour rendre le terme *non-binding opinion* et « **avis contraignant** » pour *binding opinion*.

Dans la *médiation-évaluation*, le médiateur émet sur le différend un **avis non contraignant** que les parties sont libres d'accepter ou de rejeter. [Internet. [<https://books.google.ca/>]. Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI. « Guide de la médiation » (p. 4)]

L'avis d'expert (« *Expert determination* »)

Il s'agit d'une procédure par laquelle un tiers indépendant, généralement un expert choisi par les parties dans le domaine technique dans lequel est né le litige, est appelé à imposer aux parties son avis sur les éléments de leur différend. Cette méthode d'**avis contraignant** convient bien aux litiges essentiellement techniques ou reposant sur des évaluations controversées. La procédure à suivre est généralement extrêmement souple et rapide, laissée à la liberté de l'expert ou convenue sur une base ad hoc lors de la désignation conjointe de l'expert par les parties. Cependant certaines organisations fournissent leurs services d'administration, leurs règles de procédure, ainsi que des listes d'experts susceptibles d'opérer dans de telles missions (on citera le Centre d'Expertise de la CCI ou la British Academy of Experts). [Internet.

[[https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:1HcXss\\_4RM0J:https://cms.unov.org/DocumentStorage/GetDocInOriginalFormat.drx%3FDocID%3D96ecf8be-3929-4646-bdb2-721058ca45eb+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=ca](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:1HcXss_4RM0J:https://cms.unov.org/DocumentStorage/GetDocInOriginalFormat.drx%3FDocID%3D96ecf8be-3929-4646-bdb2-721058ca45eb+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=ca)]. Gazette de la Chambre arbitrale maritime de Paris. Jean-Serge Rohart. « L'ADR : une alternative à l'arbitrage de la CAMP ? » (20161216)]

### TABLEAU RÉCAPITULATIF

<b>arbitration-mediation; arb-med</b>	<b>arbimédiation</b> (n.m.)
<b>binding opinion</b> ANT non binding opinion	<b>avis contraignant</b> (n.m.) ANT avis non contraignant
<b>co-mediation-arbitration; co-med-arb</b>	<b>co-médiarbitrage</b> (n.f.)
<b>early neutral evaluation; ENE</b>	<b>évaluation neutre préliminaire</b> (n.f.)
<b>judicial mini-trial; judicial minitrial</b> ANT private mini-trial; private minitrial	<b>miniprocès judiciaire</b> (n.m.) ANT miniprocès privé
<b>mediation-arbitration; med-arb</b>	<b>médiarbitrage</b> (n.f.) cf. médiation suivi de l'arbitrage

cf. mediation-then-arbitration; med-then- arb	
<b>mediation-then-arbitration; med-then- arb</b> cf. mediation-arbitration; med-arb	<b>médiation suivi d'arbitrage</b> (n.f.) cf. médiarbitrage
<b>mini-trial; minitrial</b>	<b>miniprocès</b> (n.m.)
<b>neutral evaluation</b>	<b>évaluation neutre</b> (n.f.)
<b>non-binding opinion</b> ANT binding opinion	<b>avis non contraignant</b> (n.m.) ANT avis contraignant
<b>private mini-trial; private minitrial</b> ANT judicial mini-trial; judicial minitrial	<b>miniprocès privé</b> (n.m.) ANT miniprocès judiciaire
<b>summary jury trial; SJT</b>	<b>procès sommaire devant jury</b> (n.m.)