

### **Section 8 : Recommandations**

La présente section expose les recommandations de l'étude. Certaines d'entre elles réclament des modifications aux lois en vigueur, d'autres des règlements, d'autres encore une surveillance générale, par le gouvernement, des activités examinées dans le cadre de l'étude, et une partie d'entre elles se contentent de faire appel à l'appui de l'état pour les intérêts des personnes vulnérables dans notre société. Ces changements sont décrits à tour de rôle. L'ordre thématique dans lequel ils sont énumérés a été choisi pour des raisons de commodité et il ne reflète aucune échelle d'importance.

Je ne vais pas répéter ici l'analyse détaillée qui fait l'objet des autres sections du rapport. Je me limiterai à une brève indication des questions qui ont été soulevées durant l'étude et des facteurs qui ont conduit à ma conclusion.

Les recommandations sont elles-mêmes numérotées par ordre consécutif à travers les différentes sections, de 1 à 46 . Une simple liste des recommandations, sans commentaires, figure dans le Sommaire.

### **Recommandations générales**

Aucune preuve ne ressort de l'étude pour suggérer que les femmes souffrent systématiquement de discrimination à la suite d'arbitrages de différends en droit de la famille. Par conséquent l'étude se prononce en faveur de l'utilisation de l'arbitrage pour trancher des différends en droit de la famille. Toutefois, cette utilisation devrait être assujettie aux protections recommandées ci-dessous.

- 1. L'arbitrage devrait demeurer une option de règlement extrajudiciaire des différends offerte dans les affaires de droit de la famille et de droit des successions, sous réserve des autres recommandations de la présente étude.**
- 2. La Loi sur l'arbitrage devrait continuer à autoriser l'arbitrage des différends en vertu du droit religieux, si les protections prescrites actuellement et recommandées par la présente étude sont observées.**

### **Recommandations d'ordre législatif**

Voici les modifications proposées à la *Loi sur l'arbitrage* et à la *Loi sur le droit de la famille*, qui permettraient d'adapter ces lois aux réalités de l'arbitrage de différends en droit de la famille et en droit des successions.

## Recommandations

La question du consentement sera abordée dans plusieurs parties : l'identité et la capacité de la personne qui a consenti à l'arbitrage; le moment de la conclusion de la convention d'arbitrage; la réalité du consentement au processus d'arbitrage et la réalité du consentement au choix d'un droit différent.

- 3. L'article 51 de la *Loi sur le droit de la famille* devrait être modifié afin d'ajouter les ententes de médiation et les ententes d'arbitrage à la définition de « contrat familial », dans le but de faire tomber ces conventions sous le coup des protections générales de la partie IV de la Loi. Ces ententes devraient donc être faites par écrit, signées par les parties et confirmées par témoin.**
- 4. Lorsque la partie IV de la *Loi sur le droit de la famille* s'applique, l'entente de médiation ou d'arbitrage devrait pouvoir être annulée pour les mêmes motifs que pour un autre contrat familial.**
- 5. La partie IV de la *Loi sur le droit de la famille* devrait être modifiée afin d'établir que si une entente de cohabitation ou un contrat de mariage contient une convention d'arbitrage, cette dernière ne lie pas les parties à moins qu'elle ne soit confirmée, par écrit, au moment du différend et avant le début de l'arbitrage.**
- 6. La confirmation par écrit ne devrait pas être obligatoire pour un arbitrage qui a lieu dans les circonstances suivantes :**
  - (a) dans le cadre d'une entente de séparation,**
  - (b) à la suite d'une sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage auquel il a été lui-même convenu au moment approprié,**
  - (c) à la suite d'une décision judiciaire.**
- 7. Le paragraphe 55 (2) de la *Loi sur le droit de la famille* devrait être modifié afin d'exiger l'approbation préalable du tribunal pour un contrat familial conclu par un mineur en Ontario.**
- 8. Le paragraphe 33 (4) de la partie III de la *Loi sur le droit de la famille*, autorisant le tribunal à annuler une disposition alimentaire qui figure dans un contrat familial ou un accord de paternité, devrait être modifié afin de permettre au tribunal d'annuler une sentence arbitrale pour les mêmes motifs (situation inadmissible, le bénéficiaire des aliments touche l'aide sociale, il y a défaut de verser les aliments).**
- 9. La *Loi sur l'arbitrage* devrait être modifiée afin d'autoriser le tribunal à annuler une sentence arbitrale dans une affaire de droit de la famille ou de droit des successions dans les cas suivants :**

## Recommandations

- (a) La sentence n'est pas dans les meilleurs intérêts des enfants qu'elle vise;
- (b) Une partie à l'arbitrage n'a pas obtenu des conseils juridiques indépendants ou elle n'a pas renoncé au droit d'en recevoir;
- (c) Les parties ne possèdent pas une copie de la convention d'arbitrage et de la décision écrite avec les motifs;
- (d) Le cas échéant, une partie n'a pas reçu la déclaration de principe sur l'arbitrage religieux.

Les parties ne devraient pas être en mesure de renoncer à cette disposition.

10. La *Loi sur l'arbitrage* ou la *Loi sur le droit de la famille* devrait être modifiée afin d'octroyer des pouvoirs réglementaires au sujet d'arbitrages de différends en droit familial et successoral et d'imposer l'utilisation des formulaires et procédures réglementés.

11. Le paragraphe 72 (5) de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* devrait être modifié de façon à inclure explicitement les médiateurs et les arbitres dans la catégorie des personnes qui exercent des fonctions professionnelles liées par le devoir de déclarer le besoin de protection d'un enfant.

### Modifications d'ordre réglementaire

Certaines exigences juridiques sont mieux servies par des règlements que par des lois.

Il est important que les parties comprennent bien les circonstances et les conséquences de leur choix d'avoir recours à l'arbitrage.

12. Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient exiger que les conventions d'arbitrage dans des litiges de droit familial et successoral soient faites par écrit et qu'elles établissent :

- la liste détaillée des questions renvoyées à l'arbitrage,
- que l'arbitrage est de nature exécutoire ou consultative,
- la forme du droit, s'il ne s'agit pas du droit de l'Ontario, qui sera utilisée pour trancher le litige, et s'il s'agit d'un droit religieux, la forme du droit religieux,
- si l'arbitrage est soumis au droit religieux, une déclaration selon laquelle la partie a reçu et lu la déclaration de principe sur l'arbitrage religieux avant de signer la convention;

## Recommandations

- des détails explicites sur toute renonciation à des droits ou recours prévus par la *Loi sur l'arbitrage*;
  - une déclaration explicite selon laquelle il n'est pas possible de renoncer aux recours judiciaires prévus à l'article 46 et au droit à un traitement juste et égal énoncé à l'article 19 de la *Loi sur l'arbitrage*;
  - une déclaration explicite reconnaissant qu'il n'est pas possible de renoncer à la surveillance judiciaire des situations se rapportant aux enfants et que le paragraphe 33 (4) de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* est à respecter ;
  - une déclaration explicite selon laquelle l'article 56 de la *Loi sur le droit de la famille* s'applique à la convention et qu'il n'est pas possible d'y renoncer, et qu'en conséquence une partie peut demander l'annulation de la convention pour des motifs additionnels, comme par exemple si ce n'est pas dans les meilleurs intérêts des enfants visés par la convention, s'il n'y a pas eu de divulgation entière et honnête des renseignements financiers, ou si une partie ne comprend pas la nature ou les conséquences de la convention.
13. Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient exiger que les conventions d'arbitrage dans les différends en droits familial et successoral contiennent soit un certificat de conseils juridiques indépendants soit une renonciation explicite aux conseils juridiques indépendants.
14. Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient exiger que les médiateurs et arbitres de différends en droits familial et successoral soient membres d'organisations professionnelles volontaires, ou qu'ils entrent dans une catégorie exclue définie par voie de règlement, afin que leurs décisions soient exécutoires par les tribunaux de l'Ontario.
15. Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* devraient définir le concept d'un processus juste et égal dans le contexte des arbitrages en droit de la famille et en droit des successions.
16. Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient exiger que les arbitres appliquant le droit religieux dans des arbitrages en droits familial et successoral élaborent une déclaration de principe sur l'arbitrage religieux qui explique les droits et obligations des parties ainsi que les processus existants en vertu de la forme du droit religieux choisie.
17. Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient exiger que les arbitres appliquant le droit

**religieux distribuent leur déclaration de principe sur les arbitrages religieux à tous leurs clients éventuels.**

Le droit des contrats et la partie IV de la *Loi sur le droit de la famille* prévoient l'option d'annuler une convention en l'absence d'un consentement véritable, si la personne a subi des pressions ou a été contrainte de conclure la convention. Des pressions communautaires plus subtiles risquent de ne pas être considérées comme de la contrainte à cette fin, alors que les menaces de violence de la part du partenaire ou d'un membre de la famille le seraient certainement.

**18. Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient exiger que les médiateurs et arbitres de différends en droits familial et successoral examinent les parties séparément pour détecter toute forme d'inégalité et de violence familiale, avant la conclusion de la convention d'arbitrage, en appliquant un processus d'examen uniformisé.**

**19. Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient exiger que les médiateurs et arbitres de différends en droits familial et successoral certifient avoir examiné les parties séparément pour détecter toute forme de violence familiale, avoir passé en revue les certificats de conseils juridiques indépendants ou la renonciation aux conseils juridiques indépendants, et être convaincus que chaque partie a consenti à l'arbitrage volontairement et en connaissant la nature et les conséquences de la convention d'arbitrage.**

À l'heure actuelle, les arbitres ne sont pas tenus de tenir des dossiers de leurs décisions, bien qu'ils soient tenus d'accompagner leurs décisions de motifs par écrit, à moins que les parties n'en décident autrement. Dans ces conditions, il est difficile pour une partie éventuelle de savoir si un arbitre particulier a des préjugés ou un style particulier de procédure. Cet aspect constitue également un obstacle pour toute étude sur la pratique de l'arbitrage des différends en droit de la famille au nom de l'intérêt public. La présente étude s'est elle-même trouvée confrontée à ce problème. Pour éliminer ces difficultés, les arbitres devraient être tenus de conserver des dossiers et d'autoriser leur consultation. Ces recommandations figurent ci-dessous; voici la sanction réglementaire.

**20. Les règlements pris en application de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi sur le droit de la famille* devraient stipuler que si les dossiers exigés aux recommandations 35, 36 et 37 ne sont pas tenus, une partie peut demander l'annulation de la sentence arbitrale.**

### **Conseils juridiques indépendants**

Presque tous les participants ont admis l'existence du besoin d'obtenir des conseils juridiques indépendants pour les personnes qui sont parties à un arbitrage en droit de la famille ou en droit des successions.

L'étude a dû relever le défi d'évaluer le besoin évident d'obtenir des renseignements additionnels sur le droit et le processus d'arbitrage, par rapport à la crainte que l'obligation d'obtenir des conseils juridiques indépendants ne transforme ce qui est aujourd'hui une méthode de recharge utile et rapide aux procédures judiciaires en un processus plus long et légaliste.

- 21. Le certificat de conseils juridiques indépendants dans les affaires de droit de la famille et de droit des successions devrait attester que la partie a reçu des conseils sur les lois de l'Ontario et du Canada applicables à sa situation de fait, le droit de l'arbitrage et les recours offerts aux deux parties par le droit de la famille et le droit de l'arbitrage de l'Ontario.**
- 22. Les services d'arbitrage qui effectuent des arbitrages en droits familial et successoral devraient distribuer la déclaration de principe sur les arbitrages religieux prévue aux recommandations 16 et 17 aux clients éventuels, avant que les clients consultent un avocat.**
- 23. Si le droit religieux est choisi par la convention d'arbitrage pour un litige de droit de la famille ou de droit des successions, le certificat de conseils juridiques indépendants devrait explicitement confirmer que l'avocat a lu la déclaration de principe sur l'arbitrage religieux et qu'il est convaincu que la personne détient suffisamment de renseignements pour comprendre la nature et les conséquences du choix du droit religieux.**
- 24. La renonciation aux conseils juridiques indépendants dans les litiges de droit de la famille ou de droit des successions devrait déclarer que la partie a renoncé au droit de recevoir des conseils sur le droit de la famille de l'Ontario et du Canada et sur le droit de l'arbitrage de l'Ontario, et si le droit religieux est choisi, la renonciation devrait préciser que la partie a reçu et considéré la déclaration de principe sur l'arbitrage religieux prévue aux recommandations 16 et 17.**

### **Éducation juridique du public**

Bien que les commentateurs aient souvent mis en garde l'auteur de l'étude sur l'insuffisance des dépliants et autres documents écrits, ils ont tous souligné le besoin de publier des renseignements utiles et accessibles pour que les femmes vulnérables,

## Recommandations

en particulier, soient au courant de leurs options légales pour le règlement des différends.

**25. Le gouvernement de l'Ontario devrait élaborer, en collaboration avec des organisations communautaires et des spécialistes, une série d'initiatives d'éducation publique, dans le but de sensibiliser le public au système juridique, aux options de règlement extrajudiciaire des différends et aux dispositions du droit de la famille.**

**26. Les initiatives prévues à la recommandation 25 devraient être adaptées linguistiquement et culturellement aux divers besoins des différentes communautés, et tenir compte des difficultés de communication de certains membres de la collectivité (p. ex., aveugles, sourds, etc.)**

**27. Toute campagne d'éducation publique mise au point devrait comprendre, mais sans y être limitée, des renseignements sur les sujets suivants :**

- Les droits et obligations généraux en vertu de la loi
- Les questions soulevées par le droit de la famille
- Les méthodes substitutives de règlement des différends
- *La Loi sur l'arbitrage*
- Les questions soulevées par le droit de l'immigration
- Les soutiens communautaires

**28. Les programmes d'information juridique à l'intention du public financés par le gouvernement de l'Ontario devraient présenter un survol des options de règlement des différends en droit de la famille, notamment le processus d'arbitrage.**

**29. Les programmes d'information juridique en droit de la famille à l'intention du public financés par le gouvernement de l'Ontario devraient être ouverts à tous les membres de la collectivité qui souhaitent y participer, qu'ils soient ou non parties à une procédure devant les tribunaux.**

**30. Les Centres d'information sur le droit de la famille devraient offrir des renseignements préparés par et pour des communautés ethno-culturelles particulières, et dans leurs langues, au sujet des droits et responsabilités énoncés dans les lois de l'Ontario et du Canada.**

### **Formation et éducation à l'intention des professionnels**

Les parties aux arbitrages et médiations ne sont pas toujours au courant de la compétence professionnelle des arbitres ou médiateurs (ou de leur manque de compétence professionnelle) à qui elles confient le règlement de leurs différends. Il n'existe aucun dispositif de contrôle de la qualité pour vérifier si l'intention de la *Loi sur l'arbitrage* de régler rapidement et équitablement les différends en droit de la famille

## Recommandations

n'est pas bafouée et si des inégalités graves dans le traitement des hommes et des femmes dans les décisions arbitrales ne se produisent pas avec le temps.

La réalité de la réglementation des services professionnels suggère qu'une combinaison de règlements de l'état, de la collectivité et du marché serait probablement susceptible de produire les meilleurs résultats. L'auteure de l'étude craignait vivement que la simple élimination des appuis et limitations réglementaires (en interdisant complètement l'arbitrage des différends en droit de la famille) ne réduise les options de règlement des différends mises à la disposition du public et ne repousse la pratique des arbitrages religieux hors du système juridique, ce qui limiterait la capacité des tribunaux d'intervenir pour remédier aux problèmes.

- 31. Le gouvernement de l'Ontario devrait coopérer avec les organismes professionnels à l'élaboration d'un processus d'examen uniformisé pour détecter la violence familiale, qui serait utilisé dans les médiations et les arbitrages de différends en droits familial et successoral.**
- 32. Le ministère du Procureur général, le Barreau du Haut-Canada et LawPro devraient créer un groupe d'étude conjoint chargé d'examiner l'utilisation de l'arbitrage dans les différends en droits familial et successoral, en vue d'élaborer et d'assurer une formation continue à l'attention des avocats au sujet de l'arbitrage et des conseils juridiques indépendants, et d'étudier l'impact des questions d'assurance et d'indemnisation publique sur l'intérêt public.**
- 33. Le gouvernement de l'Ontario devrait collaborer avec des associations professionnelles de médiateurs et arbitres en vue d'assurer une formation sur les problèmes d'inégalité dans les litiges de droit de la famille et de droit des successions, l'utilisation du processus d'examen prescrit à la recommandation 18, et le processus de certification par l'arbitre des documents pour un litige de droit de la famille et de droit des successions comme le prévoit la recommandation 19.**
- 34. Les directives des associations professionnelles volontaires pour la formation, la conduite et la compétence des médiateurs et arbitres devraient clairement expliquer leur devoir professionnel de déclarer le besoin de protection d'un enfant.**
- 35. Les associations professionnelles volontaires de médiateurs et arbitres devraient exiger que dans les litiges de droits familial et successoral, si les médiateurs font de l'arbitrage durant les séances de médiation, la convention d'arbitrage précède le début de la médiation, et que toutes les obligations de l'arbitre, énoncées aux recommandations 16, 17, 18 et 19, soient satisfaites avant le début de l'arbitrage.**



### **Surveillance et évaluation des arbitres**

L'un des points les plus urgents qu'a soulevés l'étude est le besoin d'instaurer un quelconque dispositif de surveillance. Le gouvernement manque de renseignements sur l'étendue de l'utilisation de l'arbitrage dans les litiges familiaux et successoraux et sur l'impact de l'arbitrage sur les personnes vulnérables. Cette situation a été considérée comme un problème grave par pratiquement toutes les personnes qui ont répondu à l'étude.

- 36. Le ministère du Procureur général devrait coopérer avec des organisations professionnelles à l'examen des codes de déontologie existants et à l'évaluation de l'application de ces codes lorsqu'une personne exerçant des fonctions professionnelles tient des séances d'arbitrage ou de médiation.**
- 37. Les décisions des arbitres dans les litiges de droits familial et successoral devraient être délivrées aux parties par écrit avec une copie de la convention d'arbitrage et toute annexe prescrite par voie de règlement. Les décisions devraient être accompagnées des motifs écrits.**
- 38. L'arbitre de différends en droits familial et successoral devrait conserver des copies des décisions pendant au moins dix ans.**
- 39. Les arbitres devraient être tenus de conserver des dossiers de chaque arbitrage de différend en droit de la famille ou en droit des successions, y compris les noms des parties et de leurs représentants (le cas échéant), la convention d'arbitrage, les certificats de conseils juridiques indépendants ou leurs renonciations, les documents déposés par les parties, un résumé des faits de l'affaire et la décision écrite. Des copies de ces dossiers devraient être mises à la disposition des parties sur demande. Si l'arbitre ne tient pas ces dossiers ou s'il ne donne pas accès aux dossiers lorsque la demande en est faite, la décision arbitrale est susceptible d'être annulée.**
- 40. Les arbitres de litiges en droit de la famille et en droit des successions devraient être tenus de faire état, chaque année, au ministère du Procureur général, des renseignements cumulatifs et non identifiant suivants :**
  - **Le nombre d'arbitrages effectués,**
  - **Le nombre d'appels ou de motions en annulation et leur issue, si elle est connue (p. ex., procédure pendante, décision d'annulation, renvoi du tribunal à l'arbitre),**
  - **Toute plainte ou mesure disciplinaire contre eux dont ils ont connaissance et qui a été prise, au cours de l'année, par leur organisme professionnel ou les tribunaux.**

## Recommandations

- 41. Les arbitres de litiges de droits familial et successoral devraient être tenus de remettre au gouvernement de l'Ontario des résumés de chaque décision, dénués de renseignements susceptibles de révéler l'identité des personnes concernées, et le gouvernement devrait autoriser la consultation de ces résumés, sur demande, à des fins de recherche, d'évaluation et de protection des consommateurs. Si, à l'avenir, les arbitres devaient former une profession dotée d'un pouvoir d'auto-réglementation, les résumés des décisions devraient être transférés à l'organe de réglementation de cette profession.**
- 42. Les organismes d'inscription volontaire devraient considérer l'omission de donner accès aux décisions et de déposer les décisions conformément aux recommandations 40 et 41 comme un motif d'annulation de l'inscription de l'arbitre.**

### Développement communautaire

Le gouvernement ne peut pas, et ne devrait pas, se charger à lui seul de la préparation des ressources en matière d'éducation juridique du public. Pour que les ressources soient accessibles et adaptées aux besoins des deux sexes et des différentes cultures, et pour assurer l'efficacité des messages, il est préférable d'établir des partenariats entre le gouvernement et la collectivité en vue de l'élaboration des initiatives d'éducation publique sur l'arbitrage et les questions connexes. Une approche collaborative, mettant en jeu de nombreuses facettes de la collectivité, constituera la stratégie d'éducation publique la plus efficace.

- 43. Le gouvernement de l'Ontario devrait encourager les organismes communautaires qui offrent des services d'arbitrage à élaborer du matériel d'information sur les droits et obligations prévus par le droit religieux et leur octroyer du financement à cette fin.**
- 44. Le gouvernement de l'Ontario devrait encourager les organismes communautaires à coopérer avec des fournisseurs de ressources d'éducation publique chevronnés et le milieu juridique à la recherche et à l'élaboration de documents d'information publique efficaces qui expliquent les droits énoncés dans les lois de l'Ontario et du Canada, dans un style à la portée des communautés de divers milieux et cultures. Le gouvernement de l'Ontario devrait aussi leur octroyer du financement à cette fin.**

### Élaboration future de politiques

Un certain nombre de recommandations ont été formulées dans l'étude afin de répondre aux inquiétudes les plus urgentes concernant l'utilisation de l'arbitrage pour trancher des différends en droit de la famille et en droit des successions. Cela n'élimine en rien le besoin de trouver également des solutions à long terme.

**45. Le ministère du Procureur général devrait établir un objectif à long terme d'auto-réglementation professionnelle des médiateurs et arbitres qui traitent des différends en droit de la famille et en droit des successions. Le ministère devrait travailler de concert avec des organisations professionnelles, y compris le Barreau du Haut-Canada et des organisations de médiation et d'arbitrage volontaires, en vue d'élaborer un processus de consultation qui aboutira à des directives sur la conduite et la qualification de ces professionnels.**

Comme nous l'avons vu, la *Loi sur le droit de la famille* traite déjà d'une façon bien particulière l'annulation d'une transaction qui a été négociée dans le contexte de l'élimination des obstacles religieux au remariage. Sur la base de ce concept, il pourrait être possible pour le gouvernement d'assurer un niveau de surveillance judiciaire plus élevé sur les règlements des différends en droits familial et successoral qui sont négociés en vertu de principes religieux. C'est un domaine qui selon moi mérite des efforts approfondis d'étude et d'analyse.

**46. Le ministère du Procureur général devrait mener une analyse plus approfondie de la légalité et de la désirabilité de l'exigence d'un niveau de surveillance judiciaire sur les règlements des différends en droits familial et successoral, régis par des principes religieux, plus élevé que pour les règlements des différends de nature non religieuse en vertu de la partie IV de la *Loi sur le droit de la famille*, en sus des motifs additionnels énoncés dans les présentes recommandations en vertu desquels les sentences arbitrales pourraient être contestées.**