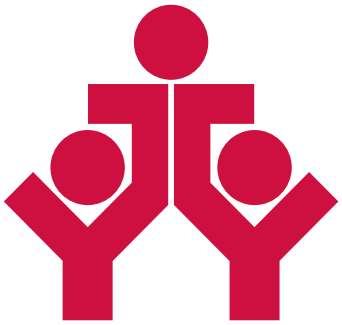
Vol. 20, No. 1



Canadian Arbitration and Mediation JOURNAL d'Arbitrage et de Médiation Canadien

Spring/Printemps 2011 A publication of the ADR Institute of Canada, Inc./Publié par l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

INSIDE this issue

Message from the President 1
Message du président 2
Message from the Editorial Board 3
Mot du comité de rédaction 4
Emotional Awareness and Negotiation 5
La conscience des émotions et la négociation 11
Public Policy Exception in the Enforcement of Foreign Arbitral Awards 18
L'exception fondée sur l'ordre public à l'exécution des sentences arbitrales étrangères 22
"Discovery" in International Arbitration 26
L'utilisation de la *Discovery* dans l'arbitrage international 29
2020 Vision: Where in the world will mediation be within 10 years? 33
Vision 2020 : Où en sera la médiation dans 10 ans ? 41
NAFTA Advisory Committee on Private Commercial Disputes ... 49
Comité consultatif des différends commerciaux privés de l'ALENA 53
Arbitration of Consumer Claims in Canada: Reality or Myth? 58
L'arbitrage de réclamations de consommateurs au Canada : mythe ou réalité ? 61
Lionel J. McGowan Awards of Excellence in Dispute Resolution Call for Nominations for 2011 67
Prix d'Excellence à la Mémoire de L.J. McGowan Demande des nominations pour 2011 68

Register today for the ADR Institute of Canada Annual National Conference

ADRIC 2011: *PEAK PERFORMANCE in ADR*

Break-through Strategies, Critical Insights

Thursday October 27
to Friday October 28, 2011
Pan Pacific Hotel,
Vancouver

Over 20 Sessions, More than 45 Experts, Everything you need to:

- Stay at the top of your profession or progress to the next level
- Achieve win-win results and ensure repeat business
- Enrich your understanding of important new concepts to develop more effective and creative solutions
- Benefit from the wisdom of leading innovators in the field
- Develop your practice in new and emerging areas

Who are we?

The ADR Institute of Canada, Inc. was created from the Arbitrators' Institute of Canada, Inc. in 1974 as the first Canada-wide professional association for dispute resolution. Its primary function was to provide the public with the means of resolving disputes and to act as a national centre of information, education and services in the field of alternative dispute resolution.

The Institute is a non-profit organization which brings together not only arbitrators, mediators and other ADR professionals, but also major corporations and law firms who work together to promote the creative resolution of conflicts and disputes. This broad membership base brings diverse skills and experience to the Institute and contributes to the development of the field of dispute resolution in Canada.

Organizations turn to the Institute and its affiliates for guidance in establishing and administering disputes between the organization and its clients or customers, between employees, or between employees and management.

The National Institute works in collaboration with seven Regional Affiliates throughout Canada to develop and promote standards for practice. The Regional Institutes develop programs and services targeted to regional needs.

All members throughout Canada adhere to the Institute's Code of Ethics and are subject to its disciplinary policies. Members who have achieved the required education and practical experience may apply for recognition as Chartered Arbitrators or Chartered Mediators.

In 2002, the ADR Institute of Canada launched new national rules for administered ADR. These rules provide parties to a dispute with a professional third-party neutral (as have past rules). The new national arbitration rules also provide for administration of disputes by the Institute.

With an expanded membership and expanded ADR services, the National Institute and its Regional Affiliates are poised to become the dispute resolution leaders in Canada.

Qui sommes nous?

L'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada, Inc. est originaire de la Fondation des arbitres du Canada en 1974 comme la première association professionnel de PRD canadienne. Sa fonction primaire était de fournir le public avec les moyens de résoudre des disputes et de servir comme centre national d'information, d'éducation et d'améliorer les services dans le domaine.

L'Institut est une organisation à but non-lucratif qui réunit, non seulement des médiateurs et des arbitres, mais aussi les autres gens de la profession, les sociétés commerciales et les cabinets d'avocats. Ils travaillent ensemble pour promouvoir les règlements afin de résoudre des conflits. Leurs expertises apportent des techniques et expériences diverses à l'Institut et contribue au développement du domaine au Canada.

Les organisations se tournent vers l'Institut et ses filiales pour obtenir des conseils dans le but de régler et administrer les différends entre l'organisation et ses clients ou entre employés, ou entre employés et cadres.

L'Institut National travaille en collaboration avec sept affiliées régionaux à travers le Canada pour développer et promouvoir des normes de pratique. Les Instituts Régionaux développent des programmes uniques à leurs besoins régionaux.

On exige de tous les membres qu'ils se soumettent au code de déontologie de l'Institut et aux procédures disciplinaires adoptées par celui-ci. Les membres qui ont acquis de l'expérience et de la formation requises, conforment aux normes de l'Institut peuvent se demander de la reconnaissance comme un Médiateur Certifié ou Arbitre Certifié.

En 2002, L'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada a lancé des nouvelles règles nationales pour le PRD administré. Ces nouvelles règles fournissent aux partis d'une différence avec une tierspartie professionnel neutre (comme aux anciens règlements); mais, les nouvelles règles d'arbitrage nationales pourvoient aussi à l'administration de conflits par l'Institut.

Avec un sociétariat divers et des services augmentés, l'Institut national et ses affiliées régionaux sont sur le point de devenir les dirigeants de résolution de différends au Canada.

ADR Institute of Canada Corporate Members

To inquire about corporate memberships, please call Janet McKay, Corporate Membership Manager and Manager of Business Development:

416-487-4733 or 1-877-475-4353
janet@adrcanada.ca

- Alberta Environmental Appeals Board
- Appraisal Institute of Canada
- Borden Ladner Gervais LLP
- Burnet Duckworth & Palmer LLP
- Canadian Institute for Conflict Resolution
- Imperial Oil Ltd.
- Fraser Milner Casgrain LLP
- Insurance Bureau of Canada
- Macleod Dixon LLP
- Osler, Hoskin & Harcourt LLP
- The City of Calgary
- Torys

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

The official publication of the ADR Institute of Canada, Inc.
La publication officielle de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada inc.

Vol. 20, No. 1
Spring/Printemps 2011

234 Eglinton Avenue East, Suite 405
Toronto, Ontario M4P 1K5
Tel/Tél: 416-487-4733
Toll Free/Sans frais: 1-877-475-4353
Fax/Téléc: 416-487-4429
E-mail/Courriel: admin@adrcanada.ca
Internet: www.adrcanada.ca

Executive Director / Directrice générale
Mary Anne Harnick

Manager, Membership & Accreditations / Directrice des adhésions et de l'agrément
Mena Sestito

Manager, Business Development/ Directrice du développement des affaires
Janet McKay

Bookkeeper/Administrator / Aide-comptable / Administrateur
Rob Linkiewicz

Administrative Assistant / Adjointe administrative
Brenda Lesperance

Layout / Mise en page
Whizard Graphics

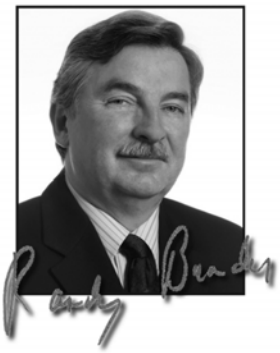
Canadian Arbitration and Mediation Journal (ISSN 1192-537X) is published twice a year by the ADR Institute of Canada, Inc. © 2011, All rights reserved. Reproduction or transmittal, in whole or in part, in any form or by any means, or its storage in a retrieval system, without prior permission of the copyright owner in writing, is forbidden.

Le Journal canadien d'arbitrage et de médiation (ISSN 1192-537X) est publié deux fois par année par l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada inc. c2011. Tous droits réservés. Sa reproduction ou sa transmission, en tout ou en partie, sous quelque forme ou par quelque moyen, ou son stockage dans un système d'extraction, sans l'autorisation préalable du propriétaire des droits d'auteur, sont interdits.

Frais d'abonnement annuel : 90,00 $ CAD
Aux États-Unis : 115,00 $ CAD
International : 140,00 $ CAD

Annual subscription rate: $90.00 CAD
Within U.S.: $115.00 CAD
International: $140.00 CAD

Printed in Canada on recycled paper.
Imprimé au Canada sur du papier recyclé.



Message from the President

Randy Bundus, President, ADR Institute of Canada, Inc.

As you read this, the 2011 Conference Committee of the British Columbia Arbitration and Mediation Institute is putting the finishing touches on one of the best ADR Conferences the Canadian ADR Community has ever seen.

Streams will include everything from Cultural Models for Conflict Resolution including Ismaili, Asian and Aboriginal Communities, to ADR in Environmental/ Resource Management Disputes; Design of Commercial Arbitration Agreements; New Procedural Rules of International Commercial Arbitration; ADR and the Consumer, Elder Mediation, The Elder and Guardianship Mediation Project, the Business of Seniors and many other topics designed to bring our members and friends cutting edge information on new and emerging issues.

The program is designed to inspire and renew your interest in this our chosen field and allow you to connect with your colleagues from across the country. Networking opportunities alone will make this event worth the price of admission!

Hold the date: October 27-28, 2011 and call Rob immediately if you have not already registered.

But that's not all that's been going on at the National Office. Newly introduced C.Med criteria go into effect September 1 and our members are rushing to apply under the existing criteria until that date, making for a busy spring and summer as the number of members holding designations skyrockets to over 530. In addition, a Committee is busy determining criteria for the new Q.Arb designation that will be helpful to newly minted Arbitrators. At the same time, the C.Arb is being reviewed with a view to raising the bar for future C.Arb applicants.

You should also be in receipt of the New Mediation Rules and Code of Conduct for Mediators which is being mailed with this Journal. Call Mena at the National Office for additional copies.

We look forward to seeing you in Vancouver this Fall.

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.
1-877-475-4353 • admin@adrcanada.ca
ADR Connect:
Find an ADR Professional
www.adrontario.ca/findapro.cfm
Arbitrators Gold Standard Mediators

Submit Your Proposals

Présentez vos propositions

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

We invite members across Canada to submit proposals for the Journal to the following address for consideration by the Editorial Board:

Nous invitons tous membres du Canada à présenter au Journal leurs propositions d'articles à l'adresse suivante, aux fins d'examen par le Comité de rédaction :

Mary Anne Harnick, Executive Director
ADR Institute of Canada
234 Eglinton Ave. E, Suite 405
Toronto, Ontario
M4P 1K5

Message du président

Randy Bundus, président, Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc.

Alors que vous lisez ces lignes, le comité de la Conférence 2011 de l'Institut de médiation et d'arbitrage de Colombie-Britannique est en train de mettre la dernière main à l'une des meilleures conférences de l'ADR auxquelles il sera donné à notre communauté canadienne de participer.

Les ateliers de travail offerts iront des modèles culturels pour la résolution de conflits, entre autres dans les communautés ismaïlienne, asiatique et aborigène, jusqu'à la gestion de différends sur l'environnement et les ressources, la conception de conventions d'arbitrage commerciales, les nouvelles règles de procédure pour l'arbitrage commercial international, l'ADR et le consommateur, la médiation chez les aînés, *l'Elder and Guardianship Mediation Project*, les affaires chez les aînés, ainsi que bon nombre d'autres sujets qui nous permettront de transmettre à nos membres et nos amis des renseignements de pointe sur des questions d'actualité.

Ce programme est conçu pour vous inspirer et raviver votre intérêt à l'égard de notre champ d'activité, en plus de vous permettre de prendre contact avec vos collègues du pays tout entier. À elles seules, les occasions d'établissement de réseaux que présente cet événement vaudront le prix de l'inscription!

Retenez bien ces dates : les 27 et 28 octobre 2011, et communiquez immédiatement avec Brenda pour vous inscrire, si ce n'est déjà fait.

Mais ce n'est pas tout ce qui se passe à nos bureaux nationaux. Les nouveaux critères d'obtention du titre de médiateur agréé entreront en vigueur le 1er septembre prochain, et nos membres s'empressent en ce moment de soumettre leurs demandes en vertu des critères actuels, de sorte que le printemps et l'été seront des saisons très occupées, puisque nous compterons désormais plus de 530 membres agréés. Un comité s'affaire aussi à l'heure actuelle à déterminer les critères du nouveau titre d'arbitre qualifié (Q. Arb.), ce qui sera d'une grande utilité pour les arbitres qui viennent tout juste d'obtenir cette désignation. On réévalue, en même temps, la désignation d'arbitre agréé en vue de hausser la barre pour les futurs candidats à ce titre.

Vous devriez aussi avoir en main les nouvelles règles de médiation et le nouveau code d'éthique pour les médiateurs que nous vous avons fait parvenir avec ce bulletin. Pour obtenir des copies additionnelles, communiquez avec Mena, à nos bureaux nationaux.

Nous nous réjouissons à l'idée de vous rencontrer à Vancouver cet automne.

Editorial Board / Comité de rédaction

- Barbara Benoliel, B.A., MBA, Ph.D.
  President / présidente, Preferred Solutions, Inc., Toronto
- Mary Comeau, LL.B., ACIArb
  Macleod Dixon LLP, Calgary
- Lise Delisle, CRHA, Chartered Mediator / médiatrice agréée
  Human Resources Consultant and Organisational Mediator / Consultante en ressources humaines et médiatrice organisationnelle, Montréal
- Colin Feasby, B.A., M.A., LL.B., LL.M., J.S.D., Osler, Hoskin & Harcourt LLP
- Thomas D. Gelbman, LL.B, LL.L.
  Osler, Hoskin & Harcourt LLP
- Gerry Ghikas, Q.C., C.Arb / c.r., Arb.A
  Borden, Ladner, Gervais, Vancouver
- Alan Levy, B.A., LL.M.
  Associate Professor / Professeur agrégé, Brandon University, Manitoba
- Mandy Moore, BA, LL.B., FCIArb., Borden Ladner Gervais, Ottawa

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

2010-2011 Board of Directors/ Conseil d'administration

R.J. (Randy) Bundus, LL.B.
President and Corporate Director /
Président et directeur corporatif – ON
Donald E. Short, FCIArb, C.Arb., Arb.A.
Past President and Corporate Director /
Ancien président et directeur corporatif – ON
P. David McCutcheon, C.Arb., Arb.A. (Fellow)
Past President and Corporate Director /
Ancien président et directeur corporatif– ON
Bernard F. McMullan, AACI (Fellow) P.App.,
SR/WA, C.I.M., A.M., C.Arb., Arb.A. (Fellow)
Vice-President and Regional Director /
Vice-président et directeur régional–MB
Pamela Large-Moran, LL.B., LL.M. (ADR)
Vice-President and Regional Director /
Vice- présidente et directrice régionale – AP
Jeffrey Smith, CA • IFA, CIP
Director and Treasurer /
Directeur et trésorier – ON
Stephen Antle
Corporate Director /
Directeur corporatif – BC
Marie-Josée Brunelle, LL.B., C.Med., Méd.A.
Director / Directrice – QC
Mary Comeau, LL.B. ACIArb
Corporate Director /
Directrice corporative – AB
Colin Feasby
Corporate Director /
Directrice corporative – AB
Louise Novinger Grant
Corporate Director /
Directrice corporative – AB
Dalton Larson, LL.B., LL.M., C.Arb., Arb.A.
Director/ Directeur – BC
H. Derek Lloyd Q.C., LL.B.
Corporate Director /
Directeur corporatif – AB
James Musgrave, Q.C., Cert.Conf.Res.
Corporate Director /
Directeur corporatif – NS
L. J. (Les) O'Connor, LL.B., D.E.S.S.,
Adm.A., C.Med., Méd.A.
Director / Directeur – ON
Elaine Seifert, Q.C.
Director / Directrice – AB
Anne M. Wallace, Q.C., C.Arb., C.Med.
Director / Directrice – SK

Other Officers / Autres administrateurs

Mary Anne Harnick, M.A., LL.B.
Secretary and Executive Director /
Secrétaire et directrice générale

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

Message from the Editorial Board

Mandy Moore

On behalf of the Editorial Board, I would like to welcome you to the Spring 2011 edition of the *Canadian Arbitration and Mediation Journal*. As the Spring is bringing welcome changes outdoors, it has also brought changes to the Journal's Editorial Board. In joining the Editorial Board and assuming the position of Chair, I would like to extend my sincere thanks to William Horton for his dedication and tremendous effort over the last four years as Chair of the Editorial Board. His contribution to the Journal, like his contribution to the arbitration and mediation community at large, has been remarkable.

The article by Morgan Fowler and Thomas Gelbman on the public policy exception to the enforcement of foreign arbitration awards in Canada is an important read for anyone practicing in the area of arbitration. It highlights the strategic implications of this exception for both parties and arbitrators when framing an arbitration claim, granting relief, deciding in which jurisdiction to seek enforcement and in considering the available options to challenge enforcement of an award.

This issue includes an article by Michael Schafler and Norm Emblem analyzing the Supreme Court of Canada's recent decision in *Seidel v. TELUS Communications Inc.* which addresses the restriction of arbitration clauses in consumer contracts in British Columbia. The decision has stirred up debate amongst those in the arbitration community, particularly given the heated language employed by both the majority and the dissent. However, given the narrow issue addressed in the decision, the ultimate impact of the decision on arbitration jurisprudence in Canada remains to be seen.

Delee Fromm's article on emotional awareness and negotiation provides a very interesting perspective on how practitioners can hone their negotiation skills by being attuned to their own emotional intelligence and that of the other party, all with a view to enhancing the level of success achievable by the practitioner for his or her client. This article reminds us that negotiation skills are not just limited to cognitive strategies and techniques.

Selma Lussenburg has authored an informative piece on the NAFTA Advisory Committee on Private Commercial Disputes, detailing its past work and where she anticipates the Committee's focus going forward.

Michael Leathes' article queries where the practice of mediation will be in 10 years time by analyzing how mediation is learned, practiced and presented to its users and how users needs have been changing and will continue to change over time.

And while no longer serving as Chair, William Horton continues to contribute to this edition with his article entitled "Discovery" in International Arbitration. His article touches upon the concerns of both parties and counsel involved in international arbitrations arising from the lack of any uniform understanding of the meaning and scope of the concept of discovery. Where will the IBA Guidelines on the Taking of Evidence in International Arbitration take us? How should arbitrators balance the parties' right to a fair hearing which will inevitably require the disclosure of documents from the other parties while maintaining the hallmark efficiencies of the arbitration process?

On behalf of the Editorial Board, we hope you enjoy this issue of the Journal. We look forward to any feedback that you may have on this issue and any contributions you would like to put forward for future editions.

Corporate Membership
Adhésion corporative

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

To inquire about corporate memberships, please call Janet McKay, Corporate Membership Manager and Manager of Business Development:

Pour en savoir davantage sur les adhésions corporatives, veuillez contacter Janet McKay, directrice de l'adhésion corporative et directrice du développement des affaires.

416-487-4733 • 1-877-475-4353
janet@adrcanada.ca

Mot du comité de rédaction

Mandy Moore

Au nom du comité de rédaction, j'ai le plaisir de vous présenter l'édition du printemps 2011 du *Canadian Arbitration and Mediation Journal*. Le printemps s'accompagne de changements bienvenus dans la température, et est aussi marqué par des changements dans le comité de rédaction du journal. Tandis que je me joins au comité de rédaction à titre de président, j'aimerais exprimer mes remerciements les plus sincères à William Horton pour son dévouement et tous les efforts qu'il a déployés au cours des quatre dernières années en tant que président du comité de rédaction. Sa contribution au journal, à l'instar de sa participation au sein de la collectivité de l'arbitrage et de la médiation dans son ensemble, a été particulièrement remarquable.

L'article rédigé par Morgan Fowler et Thomas Gelbman sur l'exception de la politique publique quant à l'application des décisions arbitrales des systèmes juridiques étrangers au Canada constitue une lecture importante pour toute personne exerçant dans le secteur de l'arbitrage. Il souligne les implications stratégiques de cette exception, tant pour les parties que les arbitres, au moment de circonscrire une demande d'arbitrage, de décerner réparation, de décider dans quelle juridiction exiger l'application et de considérer les options disponibles de remise en question de l'application d'une décision.

Ce numéro comprend également un article rédigé par Michael Schafler et Norm Emblem dans lequel ils analysent la récente décision de la Cour suprême du Canada dans *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, portant sur la restriction des clauses d'arbitrage dans les contrats de consommation en Colombie-Britannique. La décision a suscité des débats entre les membres de la collectivité de l'arbitrage, particulièrement en raison des vifs échanges qui ont eu lieu entre la majorité et les dissidents. Toutefois, étant donné la question de la restriction abordée dans la décision, il reste à voir quel sera l'effet ultime de la décision sur la jurisprudence canadienne en matière d'arbitrage.

L'article de Delee Fromm sur la conscience émotionnelle et la négociation présente une perspective très intéressante de la façon dont les spécialistes peuvent affiner leurs compétences relatives à la négociation en étant à l'écoute de leur propre intelligence émotionnelle et de celle de l'autre partie, tout cela en vue d'améliorer le niveau de succès que le spécialiste est en mesure d'atteindre pour son client. Cet article nous rappelle que les compétences en matière de négociation ne se limitent pas exclusivement aux stratégies et techniques cognitives.

Selma Lussenburg est l'auteure d'un document d'information sur le Comité consultatif des différends commerciaux privés de l'ALENA, qui décrit en détail les travaux antérieurs du Comité et la direction dans laquelle, selon elle, le Comité s'engage.

Dans son article, Michael Leathes cherche à savoir où en sera la pratique de la médiation dans dix ans en analysant la manière dont elle est apprise, exercée et présentée à ses utilisateurs, et la façon dont les besoins des utilisateurs ont changé et continueront de changer au fil du temps.

Bien qu'il n'occupe plus le poste de président, William Horton continue de contribuer à ce numéro, avec un article intitulé « "Discovery" in International Arbitration ». Son article aborde les préoccupations des parties et des avocats participant à des cas d'arbitrage international découlant du manque d'uniformité dans la compréhension du sens et de la portée du concept de l'investigation. Où les lignes directrices de l'Association internationale du barreau sur l'administration des preuves en arbitrage international (*IBA Guidelines on the Taking of Evidence in International Arbitration*) nous mèneront-elles? Comment les arbitres devraient-ils gérer le droit des parties à une audience juste, ce qui exigera inévitablement la divulgation de documents des autres parties, tout en conservant l'efficacité qui caractérise le processus arbitral?

Au nom du comité de rédaction, nous espérons que vous apprécierez le présent numéro. Nous attendons avec impatience vos commentaires sur ce numéro ainsi que toute contribution que vous pourriez souhaiter apporter aux numéros à venir.

Alberta
Environmental Appeals Board

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

Pour recevoir des copies des Règles nationales d'arbitrage ou les Règles nationales de médiation, pour distribution, veuillez téléphoner à Mena :

416-487-4733 or 1-877-475-4353
admin@adrcanada.ca, www.adrcanada.ca

Please note that there was a translation error in the title of the following article in the last issue:
« L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada a approuvé l'octroi de la désignation IMI International ». The correct translation should read as follows: « L'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada a été autorisé par l'Institut de médiation international (IMI) à décerner le titre de Médiateur certifié par l'IMI ».
We apologize for any inconvenience this situation may have caused. *Documens Translations*

Nous désirons vous informer qu'une erreur de traduction s'est glissée dans le titre de l'article suivant dans la dernière édition :
« L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada a approuvé l'octroi de la désignation IMI International ». La traduction correcte devrait plutôt se lire comme suit : « L'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada a été autorisé par l'Institut de médiation international (IMI) à décerner le titre de Médiateur certifié par l'IMI ».
Nous nous excusons pour tous les ennuis que cette situation a pu causer. *Traduction Documens*

Emotional Awareness and Negotiation[1]

Delee Fromm[2]

Introduction

Keep a poker face. Don't get emotional. Remain cool and rational. Don't let them get to you. Good advice for negotiating? It used to be. Most researchers and academics, until fairly recently, ignored emotion completely in negotiation focusing instead on the cognitive and rational aspects.[3] From this perspective emotions were viewed as obstacles to a good negotiated outcome and as foes to an effective process. This view was encapsulated in one of the elements of principled negotiation—"separate the people from the problem". [4] Although this element allowed for a constructive discussion of emotion in negotiation, as anyone who has negotiated with a very difficult counterpart can attest, the person and the feelings created often become the problem.

Emotions are an integral and essential part of the human experience and negotiation is no exception. Think back to a recent negotiation that you were involved in. Were you *fearful* that your counterpart in the negotiation would be better prepared or more skillful? Perhaps you were *hopeful* that the facts favored you and that your alternatives were much better than theirs. Were you *anxious* because your career possibilities were tied to the outcome, such as a good grade? During the negotiation were you *surprised* by some new facts you didn't know or made *angry* by the condescending attitude of the other negotiator? And at the end were you *elated* at the outcome or did you end up with buyer's *remorse?*

Those were just some emotions you may have felt during a negotiation. What about the emotions of the other party? What about the emotional state that you might have come to the negotiation with? A mood triggered by events not related to the negotiation, such as the coffee you spilled on your new expensive suit or the ticket for speeding you got on the way to the negotiation.[5] It is not surprising then that we have been described as being in "perpetual emotion" [6] and that we often negotiate under the influence of emotion.

Recently scientists and academics have embraced the study of emotion in negotiation, and numerous books, studies and articles have flowed from such interest. Such studies have revealed that this previous perspective which viewed emotion as the enemy of negotiation and calm rationality as goal was limited in many respects. For example evidence from the neurosciences [7] has shown that instead of being in opposition to reason, emotion is an integral part of reasoning and decision making. In fact an absence of emotion has been found to have the same disruptive effect on decision making as strong negative emotion. [8] And suppressing an emotion has been found to result in impaired cognitive ability [9] and recall [10]. Ignored or suppressed emotions can also be messy as they tend to surface and make themselves heard, usually at the most inopportune time. [11]

Yet another reason for not ignoring or suppressing emotion is the many important roles it plays: it motivates us to act; provides us with important information about ourselves, the other party and the negotiation; helps organize and sharpen our cognitive processes, and enhances the process and outcome of the negotiation when used strategically. The emotion we experience is not the only helpful way emotion provides information. Displayed emotion provides information to others and can be used as an incentive or deterrent to influence their behavior. In particular "(n)egative emotions serve as a call for mental or behavioral adjustment whereas positive emotions serve as a cue to stay the course".[12] Positive emotion in a negotiation can also reveal the importance of an interest or issue which may help in expanding the pie and brainstorming. In contrast, expressing negative emotion can signal to the other side that a reservation point or limit is close. Expressed anger has been shown to signal the strength of the negotiator's alternatives. [13]

It is becoming increasingly clear that in order to become a truly skillful negotiator it is important to employ not only cognitive strategies, tools and techniques but also to be emotionally intelligent. To negotiate using only cognitive skills is similar to building a house with tools and materials that relate only to the construction of the outside and with none of the interior finishing tools or materials. What is needed is the whole tool box of emotion and cognitive skills to enrich, enhance and inform our negotiation experience. There are many advantages to being an emotionally intelligent negotiator including the ability to gather more and richer information about the other side's underlying interests and reservation points; more accurately evaluate risk, leading to better decision making performance; better perceive the opportunity to use negotiation strategies and tactics that involve emotions; and more successfully induce desired emotions in negotiation opponents.[14]

In this article various skills, techniques and tools relating to becoming a more emotionally intelligent negotiator are discussed using the first dimension of emotional intelligence put forward by Salovey and Mayer [15] involving emotional awareness and perception. *Emotional awareness* of our own feelings as well as those of others is key to becoming an emotionally intelligent negotiator but is elusive in many ways.[16]

Emotional Awareness

Emotional awareness can be elusive for many reasons. Although we swim in a "sea of emotions" [17] and are in a state of "perpetual emotion" [18] many of us are not aware of what we are feeling, especially when we are intellectually engaged. It is usually only when we are experiencing a strong emotion or feeling that we become aware of it– particularly when it is a negative one.

> There is, however, no evidence that we are conscious of *all* of our feelings, and much to suggest that we are not. For example, we often realize quite suddenly, in a given situation, that we feel anxious or comfortable, pleased or relaxed, and it is apparent that the particular state of feeling we know then has not begun on the moment of knowing but rather sometime before. [19]

In addition to our not being conscious of our emotions, another significant challenge to becoming emotionally aware is that the particular emotion may be difficult to identity. Part of the difficulty with identifying emotions is that they can masquerade as other feelings. For example anger can mask fear, shame, hurt or self-doubt. One of the skills in becoming emotionally aware is becoming adept at teasing apart the bundle of feelings and recognizing them so that they can be acknowledged and dealt with.

Stone, Patton and Heen [20] suggest that "simply becoming familiar with the spectrum of difficult-to-find emotions may trigger a flash of recognition". Thus understanding the spectrum of emotion and becoming fluent with the language of emotion can greatly assist in that awareness.

The Language of Emotion

Although most of us struggle to put emotions into words there are literally thousands of words in the English lexicon to describe different emotions [21] and hundreds of definitions of emotion.[22] Here are a few:

> *…an emotion is a felt experience…. When someone says or does something that is personally significant to you, your emotions respond, usually along with associated thoughts, physiological changes, and a desire to do something.* [23]

> *…most agree in defining emotions as brief, rapid responses involving physiological, experiential, and behavioral activity that help humans respond to survival-related problems and opportunities. Emotions are briefer and have more specific causes than moods.* [24]

> *I take emotion to refer to a feeling and its distinctive thoughts, psychological and biological states, and range of propensities to act. There are hundreds of emotions along with their blends, variations, mutations and nuances. Indeed, there are many more subtleties of emotion than we have words for.*[25]

Most definitions of emotion refer to several components: the feeling of the emotion, thoughts arising out of or in association with the feeling, the physiological changes (for example changes in heart rate and blood pressure), and the need to act. These components are important since they allow us to better understand emotions and also to create different tools for dealing with them. For example understanding the physiological aspects allows us to become aware of emotions earlier through bodily awareness while the associated thoughts allow us to cool down emotions by applying different labels to them, and by stopping or changing the nature of the thoughts. There is also a behavioral component to emotion – a propensity to act or a desire to do something. Certain emotions, through physiological changes, prime us to react physically, which can have disadvantages at the negotiation table. For example blood rushes to the extremities with anger so that there is less blood to service the higher centres of brain function. This provides a very cogent reason for learning to recognize and deal with anger before it can affect our behavior and cloud our thinking.

Primary emotions, of which all other emotions are blends, include *sadness, anger, fear, enjoyment, love, surprise, disgust, and shame*.[26] However even these primary emotions may be difficult to identity. Set out in Figure 1 are descriptions of some of these hard-to-find emotions. [27]

Hard-to-Find Feelings	
Love	Affectionate, caring, close, proud, passionate, fond
Anger	Frustrated, exasperated, enraged, indignant
Hurt	Let down, betrayed, disappointed, needy
Shame	Embarrassed, guilty, regretful, humiliated, self-loathing
Fear	Anxious, terrified, worried, obsessed, suspicious
Self-Doubt	Inadequate, unworthy, inept, unmotivated
Joy	Happy, enthusiastic, elated, content
Sadness	Bereft, wistful, joyless, depressed
Jealousy	Envy, selfish, covetous, anguished
Gratitude	Appreciative, thankful, relieved, admiring
Loneliness	Desolate, abandoned, empty, longing
	FIGURE 1

Figure 1 contains only a very short list of emotions as a recent survey of emotional descriptors from thesauri produced a list thousands of words long which when narrowed down to "discrete emotional concepts" resulted in 412 discrete emotions. [28] These findings underline how extensive and rich the human emotional experience truly is. In Figure 2 are set out a longer list of positive and negative emotions.

ADR Outsourcing

The ADR Institute of Canada provides government and various organisations with case administration services: Everything from the assignment of Arbitrators and Mediators to final billing.

For further information, please call:
Mary Anne Harnick, Executive Director 416-487-4733 or 1-877-475-4353 or visit our website: *www.adrcanada.ca/services/outsourcing*

Emotion Words	
Positive Emotions	**Negative Emotions**
Excited	Guilty
Glad	Ashamed
Amused	Humiliated
Enthusiastic	Embarrassed
Cheerful	Regretful
Jovial	Envious
Delighted	Jealous
Ecstatic	Disgusted
Proud	Resentful
Gratified	Contemptuous
Happy	Impatient
Jubilant	Irritated
Thrilled	Angry
Overjoyed	Furious
Elated	Outraged
Relieved	Intimidated
Comforted	Worried
Content	Surprised
Relaxed patient	Fearful
Tranquil	Panicked
Calm	Horrified
Hopeful	Sad
In awe	Hopeless
Wonder	Miserable
	Devastated
	FIGURE 2

Another categorization of words to describe emotions that is helpful in dealing with strong negative emotions is that of hot feelings and cold feelings.[29] By being able to identify and label hot and cold feelings we can start using techniques to move away from hot emotions, which can derail our negotiation, into cooler feelings. Set out in Figure 3 are lists of hot and cool feelings.

Hot and Cool Feelings	
Hot Feelings	**Cool Feelings**
Rage, fury and anger	Annoyance and irritation
Despondency, despair, depression and pessimism	Sadness
Severe guilt, intense remorse	Regret
Self-worthlessness, self-hate	Self-disappointment
Severe hurt	Mild bruising
Anxiety, fear and panic	Concern
	FIGURE 3

Self Awareness

The "main stage" or "theatre" [30] for all emotions is the body as emotions and bodily responses are so closely linked. It is in the body where the first indicators of an emotion are felt and can be recognized. It is very helpful to recognize emotions early so that strong emotions can be dealt with sooner and more effectively, and any information from such an emotion can be accessed and made conscious more quickly. Recognizing the signs of an emotion in the body is made easier by understanding the corresponding physical aspects of emotions – especially those of strong negative emotions. Figure 4 below sets out the physical manifestations of anger, rage, panic, depression and anxiety.

Physical Signs and Feelings	
Feelings	**Physical Signs**
Anger	Hands-on-hips posture, pounding heart, sweating and rapid breathing
Rage Fury	Clenched fists, Cold-focused stare, loud and rapid speech
Depression Despair Despondency	Fatigue Weighted-down posture Slouching, staring into space, a slow, hesitant voice and frequent sighing
Anxiety Restlessness	pounding heart, rapid breathing
Fear Panic	Aching muscles and headaches, tension in neck and shoulders
	FIGURE 4

So how does one become aware of emotions as they arise? By tuning into what your body is telling you. You may be thinking that with so much going on during a negotiation and with so much other information to track, tuning into your body as well may not only be difficult but impossible. However the more often you tune into your body and listen to what it is telling you the easier and faster it will become. Do it right now. Is there tension in your upper back and neck as you bend over this book reading? How about your head? Do your legs feel fine or are the muscles in your calves clenched? How about your knees? Is there general muscle tension? Are you feeling tired? So how long did that check take? About thirty seconds? By learning how your body reveals your inner emotional state, you will not only be more aware of what you are feeling but will discover the onset of emotional states more quickly.

Another technique for becoming aware of your emotions is to take an emotional temperature check. Fisher and Shapiro[31] suggest you can do this by asking three questions during a negotiation.

Are your emotions:

Out of control?
Past the boiling point. (I am already saying things better left unsaid.)
Risky?
Simmering. Too hot to be safe for long.
Manageable?
Under control. I am both aware of them and able to keep them in check.

If you are finding it hard not to berate the other negotiator or to concentrate on anything other than your emotions, then you are at

Tip the scales in your favour –
work with a real value expert
when your disputes involve property.

Trying to navigate difficult property valuation situations? Rely on the expert and independent advice of AIC professionals – Canada's leading authorities in real property value.

Make a real property expert – an AACI or CRA – part of your team today.
Visit www.aicanada.ca

Appraisal Institute
of Canada

AIC is a proud Corporate Member of ADR Institute of Canada Inc.

REAL VALUE EXPERTS

Advisory Services | Consultation | Due Diligence | Feasibility Studies | Valuation

least at the risky point.[32]

Perception and appraisal of one's own emotions are central to emotional intelligence. However, equally important in becoming emotionally intelligent is recognizing and dealing appropriately with the emotions of others.

Perception of Emotions in Others

There is significant advantage to being able to accurately read emotional clues displayed by others during a negotiation. Such clues could well provide information about their reservation point, underlying interests, and constraints that might not otherwise be revealed in conversation. For example agitation or strong negative emotion such as anger may be displayed by a party as a reservation point is approached. Signs of embarrassment might be shown when questions are asked about information that the party does to want to reveal. Important information is also provided by how the person copes with such feelings. For example facial expressions of anger may be shown but body posture reveals minimization and tightness. This disconnect may indicate unawareness, denial or repression. Conversely a person may show anger in the face together with a menacing posture and loud speech. In this case the person may still be unaware of his feelings but is willing to express them.

It will come as no surprise that most information about emotion is transmitted non-verbally. What is surprising is that research on general communication of information has been found that only 7% of communication is verbal while the remainder – a huge 93% — is nonverbal.[33] This indicates that we get far more information from nonverbal language than we do from the words that are spoken. However since there is such a myriad of nonverbal information it is often difficult to figure out what is important and what is just extraneous. Also some of the popular literature on reading body language erroneously puts forward single and absolute interpretations of gestures – such as crossed arms always means hostility – without taking into consideration the context of the gesture or the person's typical gestures.

Bolton has devised several guidelines for interpreting nonverbal language which are simple, practical and effective. [34] They include: focus attention on the most helpful clues; read nonverbal language in context; note discrepancies, and be aware of your own feelings and body language. In terms of where to *focus attention* most behavioral scientists agree that the face is the most important source of information about emotions. As noted by Paul Ekman and Wallace Friesen:

> The rapid facial signals are the primary system for expression of emotion. It is the face you search to know whether someone is angry, disgusted, afraid, sad etc. Words cannot always describe the feelings people have; often words are not adequate to express what you see in the look on someone's face at an emotional moment.[35]

The ability to perceive emotion in others using the eyes and surrounding facial tissue has been found to be remarkably accurate and it appears that we may be hard wired for such recognition.[36] Without any training we are able to differentiate many different and subtle emotions using only this facial area. Perhaps this is why advice about using a poker face and displaying no emotion during negotiations is so popular. One caution - when observing the changing facial expressions of the other side it is advisable to do it in such a way that appears natural and non-threatening. You certainly don't want the other side to become anxious due to your surveillance of them.

Increased animation and liveliness can also tell us nonverbally what is important to a person. We have all been involved in conversations where we or the other person suddenly becomes animated, as if extra energy has suddenly been accessed. Determining which topic was discussed during this period of increased animation will reveal what matters to that person. This can be of particular importance when determining underlying interests during a negotiation or in understanding the person more fully.

With regard to gestures, no single motion ever stands alone as it usually forms part of a pattern. Nor does it usually have the same consistent meaning across individuals. Thus gestures must be interpreted and understood *in the context of the situation*.[37] And such context includes other body movements at the time, the person's words at the time and the typical gestures of the person over time. If a person seldom crosses his arms, when he does it could well mean that he is distancing himself from the topic under discussion or indicating hostility. However if he tends to do it all the time, especially when he is relaxed, then you will know when he is relaxed. Sudden changes, especially changes in the position of the torso, can convey important information. Sudden leaning forward or moving backward may display the level of interest in the discussion, however, it is important to take the individual's typical movements into account before drawing such conclusions.

Another guideline in interpreting nonverbal behavior is to note any disconnect between the words spoken and body language displayed. For example, shouting the words "I am not angry" while appearing red in the face and banging the table shows a big discrepancy. When there is such disconnect between the words spoken and the body language, both messages are important. The person banging the table while denying the feeling of anger is clearing conflicted about feeling angry and most likely unable to admit to such feelings.

Surprisingly awareness of what other people are feeling can be accessed through our own feelings. There is new research indicating that our brain contains neurons, called mirror neurons, which respond in the same way to other's emotions as if we were feeling the emotion ourselves.[38] Scientists have postulated that these types of neurons underlie the human capacity for empathy. It is possible that mirror neurons might even be related to the unconscious activity of bodily mirroring others when we are in sync with them during conversations. In fact therapists do this intentionally to better understand what others may be feeling.

Emotions are contagious and this may also be mediated by mirror neurons. This is one reason put forward as to why some movie stars get paid incredible amounts. When they smile, we feel good. So if someone else is tense or anxious in the negotiation, we may also start feeling that way in response to their tension. This may also explain how things can get emotional so quickly in a negotiation – we may catch the strong negative emotion from watching the other person act out their anger. The expression "he made me so mad" has new meaning based on these recent findings from neuroscience. That a felt emotion may not even originate with us makes it even more important to be able to deal with strong negative emotions when they arise in a negotiation.

Does it Involve:

Identity Issues

Has something been raised that questions what I tell myself I am or hope to be such as *Am I competent? Am I fair? Am I a good person?*

Shadow Characteristics

Is the other person showing some characteristics that I possess but will not admit to as I view them as being undesirable (dishonesty, incompetence, meanness, being unfair etc.)

Core Concerns Not Being Met

Are my ideas, thoughts and actions being devalued? Am I not to be treated with respect but rather treated as an adversary? Is my freedom to make decisions being impaired? Am I being treated as inferior to others? Is my current role not personally fulfilling?

Violations of Assumptions or Rules

Are my standards of fairness being violated? Is the common bias operating about my being cooperative and fair while the other party is hostile and competitive? What rule or assumption that I hold is being violated by the other's behaviour?

Reminder of Unpleasant Events or Persons

Does this situation remind me of a past unpleasant experience? Does the other person remind me of someone with whom I have had an unpleasant experience?

Fear, the other emotion that most often affects negotiations, may be triggered by feeling unprepared or inadequate, being unable to deal with the other side, having a poor BATNA or facing a more powerful opponent. Some people even suffer from fear of fear – that is they fear the physical symptoms of fear. As with anger, the way of dealing with fear first involves awareness of it and then finding tools and techniques for dealing with it.

Putting It All Together

The central premise of this article is that in order to become a truly skillful negotiator it is important to be able to use not only cognitive strategies, tools and techniques but also your emotional intelligence. The various skills, techniques and tools to assist you with becoming a more emotionally intelligent negotiator in this article have focused on the first dimension of emotional intelligence — emotional awareness and perception both in the self and others. The other two dimensions, involving regulation of emotion and employment of emotion in adaptive and creative ways, are equally important and have been dealt with by this author elsewhere.[39]

So how then does one put together all of this information on self-awareness in preparing for and navigating a negotiation session? At the *planning stage* after you have determined your substantive goals and your strategy, examine your emotions towards the other party and the negotiation items. Note any strong emotion that comes up and focus on why these types of emotions might be arising. *Immediately before the negotiation* starts perform a check of your mood. If you are in a low mood and you want to create positive effect for a collaborative negotiation, you will want to elevate your mood.

Benefits of Membership with the Institute /

Avantages aux membres de l'Institut

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

416-487-4733 — 1-877-475-4353
admin@adrcanada.ca, www.adrcanada.ca

- Identification as a leader in ADR
- Learning and networking opportunities
- Competency and ethical standards
- Chartered designations (C.Med. and C.Arb.)
- Journal, handbooks, rules for administered ADR
- Regional and National conferences and events

- Identification comme leader en PRD
- Opportunités d'apprentissage et un réseau de contacts
- Normes d'éthique et de compétence
- Désignations accréditées (Med. A. et Arb. A.)
- Journal, manuels, règles d'administration de la PRD
- Conférences et événements régionaux et nationaux

If you are already in an elevated mood and feeling good – then carry on. In contrast if you will be employing competitive tactics only (and this would be a rare situation) and you are in an elevated mood, you may wish to think some depressing thoughts before commencing the negotiation.

During the negotiation, especially contentious ones, you will want to tune into your body periodically and do temperature checks. If you are experiencing strong negative emotions you will want to take a break – either mentally or physically. During the break you may wish to use the techniques that change hot emotions into cooler ones. Once you are calmer and more detached you can decide how to get the negotiation back on track. You may want to ask yourself how the other side is feeling. During the negotiation session be perceptive and watch for signs of emotion in the other person. It can provide invaluable information.

---

1 Taken in part from a chapter in the book entitled The theory and practice of representative negotiation edited by C. M. Hanycz, T. Farrow and F. Zemans, (Toronto: Emond Montgomery Publications Limited, 2008) at 219.
2 Delee Fromm is both a lawyer and psychologist who coaches, trains and teaches in all areas of leadership. She can be reached at delee@frommandgoodhand.
3 S. Kopelman, A. S. Rosette & L. Thompson, "The three faces of Eve: Strategic displays of positive, negative and neutral emotions in negotiations" (2006) 99 Organizational Behavior and Human Decision Processes 81.
4 R. Fisher & W. Ury, Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In (New York, NY: Penguin Books Ltd, 1981) at 17.
5 For more about incidental emotions see J. S. Lerner, "Negotiating Under the Influence" (2005) Harvard Negotiation Newsletter June issue.
6 D. L. Shapiro, "Enemies, Allies and Emotions: The Power of Positive Emotions in Negotiation" in The Handbook of Dispute Resolution edited by M. L. Moffitt and R. C. Bordone (San-Francisco: Jossey-Bass, 2005) 66 at 68.
7 A. Damasio, The Feeling of What Happens: Body and Emotion in the Making of Consciousness (San Diego: Harcourt, Inc., 1999) at 41.
8 Ibid.
9 M. A. Neale, "Emotional Strategy" (2005) Harvard Negotiation Newsletter February issue.
10 J. Gross and I. Richards, "Forget the Stiff Upper Lip" (2005) New Scientist 13.
11 D. Stone, B. Patton, & S. Heen, Difficult Conversations: How to Discuss What Matters Most (New York, NY: Penguin Books, 2000) at 87.
12 J. T. Cacioppo & W. L. Gardner, "Emotion" (1999) 50 Annual Review of Psychology 191.
13 G. A. Van Kleef , C. K. W. De Dreu & A. S. R. Manstead, "The Interpersonal Effects of Emotions in Negotiations: A Motivated Information Processing Approach" (2004) 87 Journal of Personality and Social Psychology 510.
14 I. S. Fulmer & B. Barry, "The Smart Negotiator: Cognitive Ability and Emotional Intelligence in Negotiation" 15 (3) The International Journal of Conflict Management 245.
15 P. Salovey & J. D. Mayer, "Emotional intelligence" (1990) 9 Imagination, Cognition and Personality 185.
16 For discussion and elaboration on the other two aspects of EQ being regulation of emotion and the use of emotion in constructive and creative ways, please see the full chapter online in The Negotiator Magazine at www.negotiatormagazine.com/article404.html for Part One and for Part Two at www.negotiatormagazine.com/article408_3.html
17 E. Ryan, "Building the Emotionally Learned Negotiator" (2006) Negotiation Journal 209.
18 Supra note 4.
19 Supra note 5 at 36.
20 Supra note 9 at 95.
21 D. Keltner & P. Ekman, "Emotion: An Overview" in Encyclopedia of Psychology (Oxford) Oxford University Press 2000) 162.[22] Supra note 4 at 67.
23 R. Fisher & D. Shapiro, Beyond Reason: Using Emotions As You Negotiate (New York, NY: Penguin Group, 2005) at 4.
24 Supra note 18 at 163.
25 D. Goleman, Emotional Intelligence (New York, NY: Bantam Books, 1995) at 289.
26 Ibid at 289.
27 Supra note 9 at 91.
28 S. Johnson, Mind Wide Open: Your Brain and the Neuroscience of Everyday Life (New York, NY: Scribner, 2004) at 41.
29 S. J. Stein & H. E. Book, The EQ Edge: Emotional Intelligence and Your Success (New York, NY: Stoddart Publishing Co., Limited, 2000) at 44.
30 Supra note 5 at 39.
31 Supra note 20 at 148.
32 Ibid.
33 R. Bolton, People Skills: How to Assert Yourself, Listen to Others, and Resolve Conflicts (New York, NY: Simon & Shuster, Inc., 1979) at 78.
34 Ibid at 80.
35 P. Ekman & W. Friesen, Unmasking the Face: A Guide to Recognizing Emotions From Facial Clues (Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1975) 18.
36 Supra note 25 at 19.
37 Supra note 30 at 84.
38 D. Dobbs, "A Revealing Reflection" (2006) 17(2) Scientific American Mind 22.
39 Supra notes 1 and 16.

La conscience des émotions et la négociation[1]

Delee Fromm[2]

Introduction

Gardez un visage de marbre. Ne vous laissez pas emporter par vos émotions. Ayez la tête froide, soyez rationnel. Restez insensible à leurs attaques. De bons conseils de négociation? C'était le cas. Jusqu'à tout récemment, la plupart des chercheurs et des universitaires ignoraient totalement le facteur émotif de la négociation pour se concentrer exclusivement sur les volets cognitif et rationnel.[3] Selon cette optique, les émotions étaient vues comme des obstacles à une issue favorable, nuisibles à l'efficacité du processus. Cette vision est encapsulée dans l'un des principes fondamentaux de la négociation structurée — « séparer l'humain du problème ».[4] Bien que cet élément ait favorisé un débat constructif sur les émotions dans l'exercice de la négociation, comme pourra en attester quiconque a dû mener une négociation avec un interlocuteur particulièrement difficile, l'individu et ses sentiments deviennent souvent eux-mêmes le problème à surmonter. Il s'avère de plus en plus flagrant, à la lumière des recherches sur les émotions et des études de cas sur les solutions négociées, que le négociateur le plus habile est celui qui apprend non seulement à maîtriser les stratégies, méthodes et techniques cognitives, mais aussi à faire preuve de lucidité émotionnelle.

Les émotions dans la négociation

Les émotions font partie intégrante de l'expérience humaine, dont elles forment un constituant fondamental, et la négociation ne fait pas exception. Remémorez-vous une négociation à laquelle vous auriez participé dernièrement. Étiez-vous *inquiet* que votre interlocuteur soit mieux préparé ou plus habile? Peut-être *espériez-vous* que les faits vous soient favorables et vos options, supérieures aux siennes. Étiez-vous *anxieux* parce que vos perspectives de carrière étaient liées à l'issue de la négociation, comme à une bonne note scolaire? Pendant la négociation, avez-vous été *surpris* par des faits nouveaux que vous auriez ignorés, ou avez-vous été *irrité* par l'attitude condescendante du négociateur en face de vous? En cas de succès, avez-vous ressenti de l'*exultation* ou au contraire les *remords* de l'acheteur?

Ce ne sont là que quelques exemples des émotions que vous pourriez avoir ressenties pendant une négociation. Qu'en est-il des émotions de l'autre partie? Dans quel état émotionnel étiez-vous à votre arrivée à la négociation? Un sentiment déclenché par des événements non liés à la négociation, par exemple le fait d'avoir

renversé votre café sur votre précieux costume neuf, ou votre contravention pour excès de vitesse en route vers la négociation.[5] Il n'est pas surprenant que l'être humain soit dit en état « d'émotion perpétuelle »[6] et se retrouve donc souvent à négocier sous l'emprise de ses sentiments.

Depuis peu, les chercheurs et les universitaires s'intéressent de près au facteur émotif dans le contexte de la négociation, intérêt qui a mené à la publication de nombreux livres, études et articles. Ces études ont révélé les multiples lacunes de l'optique antérieure considérant l'émotion comme l'ennemie de la négociation et le calme rationnel comme l'idéal à atteindre. Par exemple, les neurosciences on fournit des indices[7] montrant que, loin de s'opposer à la raison, l'émotion fait partie intégrante du raisonnement et du processus décisionnel. En fait, l'absence d'émotion s'est révélée avoir un effet tout aussi perturbateur sur le processus décisionnel qu'une forte émotion négative.[8] Par ailleurs, on a démontré l'effet néfaste de la répression des émotions sur l'aptitude cognitive[9] et le souvenir[10]. Les émotions qu'on ignore ou qu'on réprime peuvent semer le désordre dans l'esprit en refaisant surface, généralement au moment le plus inopportun.[11]

Autre bonne raison de ne pas les ignorer ou les réprimer, les émotions remplissent plusieurs fonctions importantes : elles motivent les actions du sujet; elles lui communiquent de l'information importante sur lui-même, l'autre partie et la négociation; elles l'aident à organiser et aiguiser ses procédés cognitifs et, utilisées stratégiquement, optimisent le processus ainsi que le résultat de la négociation. En outre, leur pouvoir de communication ne se limite pas à la personne qui les ressent. En effet, on peut également tirer parti de ses propres émotions pour exercer un effet incitatif ou dissuasif sur les autres. En particulier, « les émotions négatives sont comme des appels à des ajustements mentaux ou comportementaux, tandis que les émotions positives invitent à tenir le cap ».[12] Les émotions positives, quant à elles, peuvent révéler l'importance d'un intérêt ou d'une question et mener à un élargissement de la portée des débats, ou favoriser le remue-méninge. À l'inverse, l'expression d'une émotion négative peut donner le signal qu'on approche d'une réserve ou d'une limite. L'expression de la colère a démontré son aptitude à affirmer la force des options du négociateur.[13]

Négocier en faisant appel aux seules techniques cognitives revient à bâtir une maison avec les outils et les matériaux pour construire la charpente, mais sans ceux nécessaires à la finition. En définitive, il faut exploiter toute la boîte à outils d'émotions et de techniques cognitives pour enrichir, améliorer et renseigner l'expérience de la négociation. Pour le négociateur, il existe de nombreux avantages à faire preuve d'intelligence émotionnelle : recueillir davantage de renseignements de qualité sur les intérêts et les réserves de l'autre partie; évaluer le risque avec plus de précision, d'où un gain d'efficacité dans le processus décisionnel; mieux percevoir l'opportunité de stratégies et de tactiques de négociation exploitant les émotions; enfin, induire les émotions recherchées chez le partenaire de négociation.[14]

Dans le présent article, l'auteur traite d'aptitudes, de techniques et de méthodes permettant au négociateur de se montrer plus avisé sur le plan émotionnel, selon la première dimension de l'intelligence émotionnelle avancée par Salovey et Mayer,[15] celle de la conscience et de la perception des émotions. La *conscience des émotions*, c'est-à-dire la perception de ses propres sentiments et de ceux des autres, est essentielle pour devenir un négociateur émotionnellement intelligent; elle demeure néanmoins insaisissable à plus d'un titre.[16]

La conscience des émotions

La conscience des émotions est difficile à réaliser pour bien des raisons. Même si toute personne baigne dans une « mer d'émotions »[17] et se trouve dans un état « d'émotion perpétuelle »[18], bien peu de gens sont conscients de leurs sentiments, surtout lorsqu'ils sont engagés dans un processus intellectuel. Ce n'est généralement qu'au moment où se manifeste concrètement une forte émotion que le sujet en prend conscience – surtout s'il s'agit d'une émotion négative.

> Il n'existe toutefois aucune preuve que l'on soit conscient de *tous* ses propres sentiments, et beaucoup d'éléments portent même à croire qu'on ne l'est pas. Par exemple, il n'est pas rare de prendre assez soudainement conscience, dans une situation donnée, d'un sentiment d'anxiété ou de confort, de satisfaction ou de décontraction, tout en sachant fort bien que cet état d'esprit ne s'est pas formé à ce moment précis, mais bien quelque temps auparavant.[19]

Outre le fait de ne pas être conscient de ses propres émotions, un autre défi se pose sur la route de la conscience émotionnelle : la difficulté à déterminer la nature exacte des émotions. Une part de la difficulté tient au fait qu'une émotion peut en masquer une autre. Par exemple, la colère peut être une expression de la peur, de la honte, de la douleur ou du doute de soi. L'une des aptitudes qui permettent d'acquérir la conscience de ses émotions consiste à décortiquer le ballot des émotions pour les identifier une à une, afin de les prendre en considération et de les gérer.

Stone, Patton et Heen[20] suggèrent que « le simple fait de se familiariser avec le spectre complet des émotions dissimulées peut déclencher un éclair de reconnaissance ». Autrement dit, l'apprentissage de toute la gamme des émotions et de leur langage peut se révéler d'une utilité précieuse dans le processus de prise de conscience.

Le language des émotions

Même si la plupart des gens éprouvent le plus grand mal à exprimer leurs émotions par des mots, la langue compte des milliers d'expression pour les décrire[21] et des centaines de définitions.[22] En voici quelques-unes :

> *… l'émotion est une expérience ressentie… Lorsqu'une personne dit ou fait quelque chose de significatif pour vous sur le plan personnel, vous réagissez par des émotions, habituellement associées à des pensées, des changements physiologiques et un désir d'agir.* [23]

> *… on s'entend généralement pour définir l'émotion comme une réponse rapide et brève dénotée par une activité physiologique,*

expérientielle et comportementale et qui aide l'humain à réagir à des problèmes et des opportunités essentiels. Les émotions sont plus brèves et ont des causes plus précises que les humeurs. [24]

Je considère que l'expression émotion se rapporte à un sentiment et aux pensées, états physiologiques et psychologiques et diverses propensions à agir qui l'accompagnent. Il existe des centaines d'émotions, avec leurs mélanges, leurs variations, leurs mutations et leurs nuances. En réalité, il y a bien davantage de subtilités dans les émotions que de mots pour les décrire.[25]

La plupart des définitions du concept d'émotion établissent plusieurs éléments : la sensation que procure l'émotion, les pensées qu'elle engendre ou qui l'accompagnent, les changements physiologiques (par exemple, du rythme cardiaque et de la tension artérielle), et le besoin d'agir. L'importance de ces constituants tient à ce qu'ils aident à mieux comprendre les émotions et à créer différentes méthodes pour les gérer. Par exemple, la compréhension de leurs manifestations physiologiques permet de les percevoir plus tôt en prenant conscience de son propre corps, tandis que les pensées qui les accompagnent aident à les apaiser en appliquant des étiquettes précises et en arrêtant ou changeant la nature de ces pensées. On dénote également un effet comportemental à l'émotion – une propension à agir ou le désir de faire quelque chose. Certaines émotions, par voie de changements physiologiques, nous poussent à réagir physiquement, ce qui peut mettre le sujet dans une situation désavantageuse à la table de négociation. Par exemple, la colère provoque une montée de sang aux extrémités, ce qui en laisse moins pour alimenter les centres supérieurs du cerveau. Voilà qui justifie en soi d'apprendre à reconnaître et gérer la colère avant qu'elle n'affecte le comportement et n'embrouille le jugement.

Les émotions primaires, dont toutes les émotions sont des mélanges, sont *tristesse, colère, peur, joie, amour, surprise, dégoût et honte*.[26] Toutefois, même ces émotions primaires peuvent se révéler délicates à identifier. La Figure 1 montre les descriptions de certaines de ces émotions difficiles à percevoir. [27]

Sentiments difficilement perceptibles	
Amour	Affectueux, attentionné, proche, fier, passionné, tendre
Colère	Frustré, exaspéré, enragé, indigné
Douleur	Déçu, trahi, en détresse
Honte	Embarrassé, coupable, frappé de remords, humilié, dégoûté de soi
Peur	Anxieux, terrifié, inquiet, obsédé, suspicieux
Doute de soi	Pas à la hauteur, indigne, inepte, démotivé
Joie	Heureux, enthousiaste, exulté, satisfait
Tristesse	Démuni, mélancolique, sans joie, déprimé
Jalousie	Envieux, égoïste, avide, angoissé
Gratitude	Reconnaissant, soulagé, admiratif
Solitude	Désolé, abandonné, vide, languissant
	FIGURE 1

La liste d'émotions présentée à la Figure 1 est très raccourcie; une étude récente sur les descriptifs émotionnels réalisée à partir d'un thésaurus de milliers de mots en langue anglaise, après épuration, a mené à 412 « concepts émotionnels distincts », ou émotions.[28] Ces résultats soulignent la richesse et la diversité de l'expérience émotionnelle humaine. La Figure 2 présente une liste plus complète d'émotions positives et négatives.

Les mots des émotions	
Émotions positives	**Émotions négatives**
Excité	Coupable
Content	Honteux
Amusé	Humilié
Enthousiaste	Embarrassé
Joyeux	Frappé de remords
Jovial	Envieux
Ravi	Jaloux
Émerveillé	Dégoûté
Fier	Amer
Flatté	Méprisant
Heureux	Impatient
Jubilant	Irrité
Enchanté	Fâché
Comblé	Furieux
Exulté	Outragé
Soulagé	Intimidé
Conforté	Inquiet
Satisfait	Surpris
Détendu, patient	Craintif
Tranquille	Paniqué
Calme	Horrifié
Plein d'espoir	Triste
Ébahi	Désespéré
Interloqué	Misérable
	Foudroyé
	FIGURE 2

Une autre classification des mots employés pour décrire les émotions peut aider à gérer les émotions négatives intenses : la répartition entre sentiments chauds et sentiments froids.[29] L'aptitude à reconnaître les sentiments chauds et froids ouvre la porte à des techniques de basculement des émotions chaudes, susceptibles de faire dérailler une négociation, vers des émotions froides. La Figure 3 présente une liste de sentiments chauds et froids.

Présentez vos propositions

Nous invitons tous membres du Canada à présenter au Journal leurs propositions d'articles à l'adresse suivante, aux fins d'examen par le Comité de rédaction :

Mary Anne Harnick, Executive Director
ADR Institute of Canada
234 Eglinton Ave. E, Suite 405
Toronto, Ontario
M4P 1K5

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

Sentiments chauds et froids	
Sentiments chauds	**Sentiments froids**
Rage, furie et colère	Agacement et irritation
Découragement, désespoir, déprime et pessimisme	Tristesse
Forte culpabilité, remords profonds	Regret
Dégoût de soi, haine de soi	Déception par rapport à soi-même
Douleur intense	Blessure légère
Anxiété, peur et panique	Préoccupation
	FIGURE 3

Conscience de soi

La « scène principale » ou « théâtre »[30] de toutes les émotions est le corps, les émotions et la réaction corporelle étant intimement liées. C'est dans le corps que se ressentent et se reconnaissent les premiers indices d'une émotion. Il est très utile d'identifier les émotions très tôt pour gérer plus rapidement et plus efficacement les plus intenses d'entre elles, et pour recueillir et exprimer rapidement l'information qu'elles recèlent. La perception des signes d'une émotion dans le corps est grandement facilitée par la compréhension des manifestations physiques correspondantes – surtout dans le cas des fortes émotions négatives. La Figure 4 ci-dessous montre les manifestations physiques de la colère, de la rage, de la panique, de la déprime et de l'anxiété.

Sentiments et signes physiques	
Sentiments	**Signes physiques**
Colère	Posture les mains sur les hanches, accélération du rythme cardiaque et de la respiration, transpiration
Rage **Furie**	Poings serrés, Regard froid et fixe, élocution rapide en montant le ton
Déprim **Désespoir** **Découragement**	Fatigue Posture tombante Affalé, le regard perdu dans le vide, voix lente et hésitante, soupirs fréquents
Anxiété	Agitation, accélération du rythme cardiaque et de la respiration
Peur **Panique**	Douleurs musculaires, mal de tête, tension à la nuque et aux épaules
	FIGURE 4

Comment prend-on conscience de ses propres émotions à mesure qu'elles se produisent? En se montrant à l'écoute de son corps. On peut se dire qu'avec tout ce qui occupe l'esprit pendant une négociation, avec toute l'information qu'il faut assimiler, il serait non seulement difficile, mais quasi-impossible de prêter attention à son propre corps en plus de tout le reste. Toutefois, plus souvent on prend le temps de lire ses propres signes corporels, plus l'exercice devient facile et rapide. Faites-en l'essai dès maintenant. Ressentez-vous de la tension dans le haut du dos et sur la nuque quand vous vous penchez pour lire ce livre? Et votre tête? Vos jambes sont-elles détendues, ou vos mollets sont-ils durcis? Et vos genoux? Remarquez-vous une tension musculaire générale? Vous sentez-vous fatigué? Combien de temps cette vérification vous a-t-elle pris? Une trentaine de secondes? En apprenant comment votre corps révèle votre état émotionnel, non seulement prendrez-vous plus rapidement conscience de vos émotions, mais vous apprendrez à déceler leur apparition plus tôt.

La prise de sa propre température émotionnelle est une autre technique qui permet de prendre conscience de ses émotions. Fisher et Shapiro[31] proposent de le faire en se posant trois questions pendant une négociation.

Mes émotions sont-elles :

Hors contrôle?

Forte ébullition. (Je commence déjà à dire des choses qu'il vaudrait mieux taire.)

Risquées?

Frémissement. Trop chaudes pour rester sécuritaire encore bien longtemps.

Gérables?

Sous contrôle. Je suis conscient de mes émotions et je réussis à les maîtriser.

Si on ne peut s'empêcher de faire preuve d'agressivité envers l'autre négociateur ou si on n'arrive plus à se concentrer sur quoi que ce soit d'autre que ses propres émotions, on a atteint au minimum le seuil de risque.[32]

La perception et l'appréciation de ses propres émotions sont les fondements de l'intelligence émotionnelle. Toutefois, il est tout aussi important pour faire preuve d'intelligence émotionnelle de savoir reconnaître et gérer les émotions des autres.

Perception des émotions d'autrui

Le fait de savoir lire avec fiabilité les indices émotionnels que présentent les autres participants représente un avantage significatif pendant une négociation. Ces indices renseignent sur leurs réserves, leurs intérêts sous-jacents et les contraintes qui pourraient ne pas se révéler autrement dans la conversation. Par exemple, un négociateur peut montrer une certaine agitation ou une forte émotion négative, telle que la colère, à l'approche d'une réserve. Il peut donner des signes d'embarras si on lui pose des questions sur de l'information qu'il ne souhaite pas révéler. La façon dont la personne gère ces sentiments communique également de l'information Importante. Par exemple, il peut avoir une expression de colère sur le visage, mais adopter une posture contrôlée et délibérément discrète. Ce décalage serait un signe d'inconscience, de déni ou de répression. Inversement, l'interlocuteur peut afficher un visage colérique en adoptant une posture menaçante et en élevant la voix. Dans ce cas, il est possible qu'il ne soit toujours pas conscient de ses sentiments, mais qu'il soit disposé à les laisser s'exprimer.

On ne sera pas surpris que la plupart des renseignements sur les émotions soient transmis de façon non verbale. Plus surprenant, les recherches ont montré que la communication en général n'est

verbale que dans une très faible proportion de 7 %, le reste – pas moins de 93 % – étant non verbale.[33] Autrement dit, le langage corporel véhicule bien plus d'informations que les paroles énoncées. Toutefois, en raison de la pléthore d'éléments d'information non verbaux, il est souvent difficile de départir les pertinents des superflus. Par ailleurs, certains ouvrages grands publics sur l'interprétation du langage corporel proposent injustement des interprétations simples et absolues des gestes et des postures – par exemple, que le croisement des bras est toujours un signe d'hostilité – sans tenir compte du contexte ni des habitudes gestuelles de l'interlocuteur.

Bolton a exprimé plusieurs lignes directrices pour interpréter le langage non verbal, qui sont à la fois simples, pratiques et efficaces.[34] À savoir : concentrer son attention sur les indices les plus utiles; recadrer les signes non verbaux dans leur contexte; être attentif aux éléments contradictoires et tenir compte de ses propres sentiments et de son propre langage corporel. En ce qui concerne la *cible où focaliser son attention,* la plupart des chercheurs en comportement s'accordent pour considérer le visage comme la source première d'information sur les émotions. Selon Paul Ekman et Wallace Friesen :

> Les signes faciaux rapides forment le principal système d'expression des émotions. C'est dans le visage qu'on cherche des indices de colère, de dégoût, de peur, de tristesse, etc. Les mots ne décrivent pas toujours fidèlement les sentiments de la personne qui parle; bien souvent, ils sont bien moins éloquents que les expressions de son visage.[35]

La perception des émotions d'autrui en observant les yeux et les tissus faciaux environnants s'est révélée remarquablement fiable; il semble même que l'on soit programmé pour ce mode de reconnaissance.[36] Sans aucune formation, on parvient à différencier de nombreuses et subtiles émotions uniquement à partir de cette partie du visage. C'est sans doute la raison pour laquelle on conseille si souvent de garder un visage impassible pendant toute négociation. Une mise en garde, toutefois : lorsqu'on observe les changements d'expression sur le visage de son interlocuteur, il est conseillé de le faire d'une façon naturelle et non menaçante. Il n'est certainement pas souhaitable de provoquer un sentiment d'anxiété en donnant l'impression d'une surveillance rapprochée.

Appraisal Institute of Canada

Institut canadien des évaluateurs

Un regain d'animation chez l'interlocuteur est un autre signe non verbal qui révèle les informations importantes à ses yeux. Qui n'a pas participé à une conversation où l'autre personne a semblé s'animer soudainement, comme si elle venait de trouver une nouvelle source d'énergie. Le sujet dont il a été question pendant cette période d'animation accrue doit être considéré significatif pour l'interlocuteur. Cette observation peut s'avérer d'une importance toute particulière lorsqu'on cherche à définir ses intérêts sous-jacents ou à mieux le comprendre.

En ce qui concerne les gestes, aucun n'existe isolément; tous font partie de modèles plus complexes. Ils n'ont pas non plus toujours la même signification d'une personne à l'autre. Par conséquent, ils doivent être interprétés *dans le contexte de la situation.*[37] Le contexte est formé par les autres mouvements exécutés et les paroles prononcées au même moment, ainsi que par les habitudes gestuelles normales du sujet. S'il s'agit d'une personne qui croise rarement les bras, lorsqu'elle le fait, ce peut être pour prendre ses distances par rapport au point qui vient d'être abordé, ou pour signifier son hostilité. Inversement, si elle a tendance à croiser les bras régulièrement, et notamment lorsqu'elle est détendue, c'est donc qu'elle est décontractée. Les changements subits, particulièrement de la position du torse, peuvent véhiculer des renseignements importants. Le fait de s'incliner soudainement vers l'avant ou vers l'arrière peut être révélateur du niveau d'intérêt pour la discussion; toutefois, il faut encore une fois tenir compte de la gestuelle habituelle du sujet avant de tirer des conclusions.

L'observation de toute divergence entre les paroles prononcées et le langage corporel offre un autre moyen d'interpréter le comportement non verbal. Par exemple, le fait de crier « je ne suis pas en colère » en rougissant et en frappant la table du poing est un parfait exemple de divergence flagrante. Dans ce cas, les messages communiqués par la parole et par le langage corporel sont d'une égale importance. La personne qui frappe la table tout en niant son sentiment de colère est visiblement contrariée par ses émotions et incapable de les admettre.

Fait étonnant, la perception des sentiments d'autrui se fait souvent par l'intermédiaire de ses propres sentiments. De nouvelles recherches laissent apparaître que le cerveau contient certains neurones, baptisés neurones miroirs, qui réagissent aux émotions de l'interlocuteur en les reproduisant à l'identique.[38] Les scientifiques supposent que ces types de neurones sont à l'origine de l'empathie qui caractérise l'humain. Il est même possible que les neurones miroirs soient liés à l'activité inconsciente consistant à imiter les gestes de l'autre une fois le contact établi pendant la conversation. D'ailleurs, les thérapeutes ont délibérément recours à cette

technique pour comprendre ce que peuvent ressentir leurs patients.

Les émotions sont contagieuses, et ce pourrait également être le fait des neurones miroirs. C'est l'une des raisons qu'on avance pour expliquer les cachets mirobolants que touchent certaines vedettes du cinéma. Quand elles sourient, le spectateur se sent bien. Par conséquent, si une personne se sent tendue ou anxieuse lors de la négociation, les autres participants peuvent également commencer à ressentir de la tension par effet miroir. C'est également ce qui peut expliquer que les esprits s'échauffent facilement lors d'une négociation – lorsqu'un participant s'énerve, les autres captent ses émotions négatives intenses en le voyant éventer sa colère. L'expression « il m'a tellement énervé » prend un sens nouveau à la lumière des découvertes récentes des neurosciences. Le fait qu'une émotion puisse trouver son origine à l'extérieur de soi augmente d'autant plus l'importance de savoir gérer les fortes émotions négatives lorsqu'elle se présente lors d'une négociation.

Domaine émotif

Questions d'identité

A-t-on soulevé un point qui remet en question ce que je me dis ou ce que j'espère être, comme *suis-je compétent? Suis-je juste? Suis-je respectueux des autres?*

Caractéristiques miroirs

Si l'autre personne présente des caractéristiques que je possède mais que je ne veux pas admettre car je les considère indésirables (malhonnêteté, incompétence, méchanceté, iniquité, etc.)

Préoccupations de base non satisfaites

Mes idées, mes pensées et mes actions sont-elles dévalorisées? Suis-je traité non pas avec respect, mais plutôt comme un adversaire? Ma liberté de prendre des décisions est-elle compromise? Suis-je traité comme un inférieur? Mon rôle actuel ne m'apporte-t-il pas satisfaction sur le plan personnel?

Violation des suppositions ou des règles

A-t-on enfreint mes critères d'équité? Existe-t-il un biais dans la conversation où je me montre coopérant et juste alors que l'autre partie se montre hostile et concurrentielle? Laquelle de mes règles ou suppositions le comportement de l'autre a-t-elle enfreint?

Rappel d'événements ou de personnes désagréables

Cette situation me rappelle-t-elle une expérience désagréable? L'autre personne me rappelle-t-elle quelqu'un avec qui j'ai vécu une expérience désagréable?

La peur, autre émotion souvent déterminante pour une négociation, peut être déclenchée par un sentiment d'impréparation ou d'insuffisance, l'impression de ne pas être capable de tenir tête à la partie adverse, d'avoir obtenu une « meilleure solution de rechange » défavorable ou de faire face à un adversaire puissant. Certains souffrent même de la peur de la peur, c'est-à-dire de la peur des symptômes physiques de la peur. Comme pour la colère, la gestion de la peur passe d'abord par la prise de conscience du sentiment, puis par la mise en œuvre de méthodes et de techniques pour la gérer.

Récapitulation

Le présent article a pour but principal de démontrer que le négociateur de talent doit apprendre à se servir non seulement des stratégies, méthodes et techniques cognitives, mais aussi de sa propre intelligence émotionnelle. Les diverses aptitudes, techniques et méthodes aidant à devenir un négociateur émotionnellement intelligent présentées dans cet article se concentrent sur la première dimension de l'intelligence émotionnelle : la conscience et la perception des émotions chez soi et chez autrui. Les deux autres dimensions – la maîtrise des émotions et l'utilisation des émotions de façon adaptative et créative – sont tout aussi importantes et font l'objet d'autres articles du même auteur.[39]

Comment exploiter toute l'information sur la conscience de soi pour préparer et mener une séance de négociation? À l'étape de la *planification*, après avoir défini vos objectifs factuels et votre stratégie, examinez vos émotions envers l'autre partie ainsi que les points à négocier. Prenez note de toute émotion forte qui se manifeste et demandez-vous d'où elle peut provenir. *Immédiatement avant la négociation*, procédez à un contrôle de votre état d'esprit. Si vous êtes d'humeur maussade et que vous souhaitez créer une atmosphère positive ou une émotion favorisant une négociation collaborative, vous allez devoir améliorer votre humeur. Si vous êtes déjà de bonne humeur, vous êtes sur la bonne voie. Si, au contraire, vous avez uniquement recours à une tactique concurrentielle (situation plutôt rare) et que vous vous sentez d'humeur joyeuse, vous auriez peut-être intérêt à penser à quelque chose de déprimant avant d'entamer la négociation.

Pendant la négociation, surtout si elle porte sur un sujet contentieux, vous avez intérêt à prêter attention périodiquement aux signes que vous transmet votre propre corps, à « prendre votre température ». Si vous ressentez de fortes émotions négatives, vous gagneriez à faire une pause – mentalement ou physiquement. Pendant cette pause, appliquez les techniques de transformation des émotions chaudes en émotions

Submit Your Proposals

Présenter une proposition

We invite members across Canada to submit proposals for the Journal to the following address for consideration by the Editorial Board:

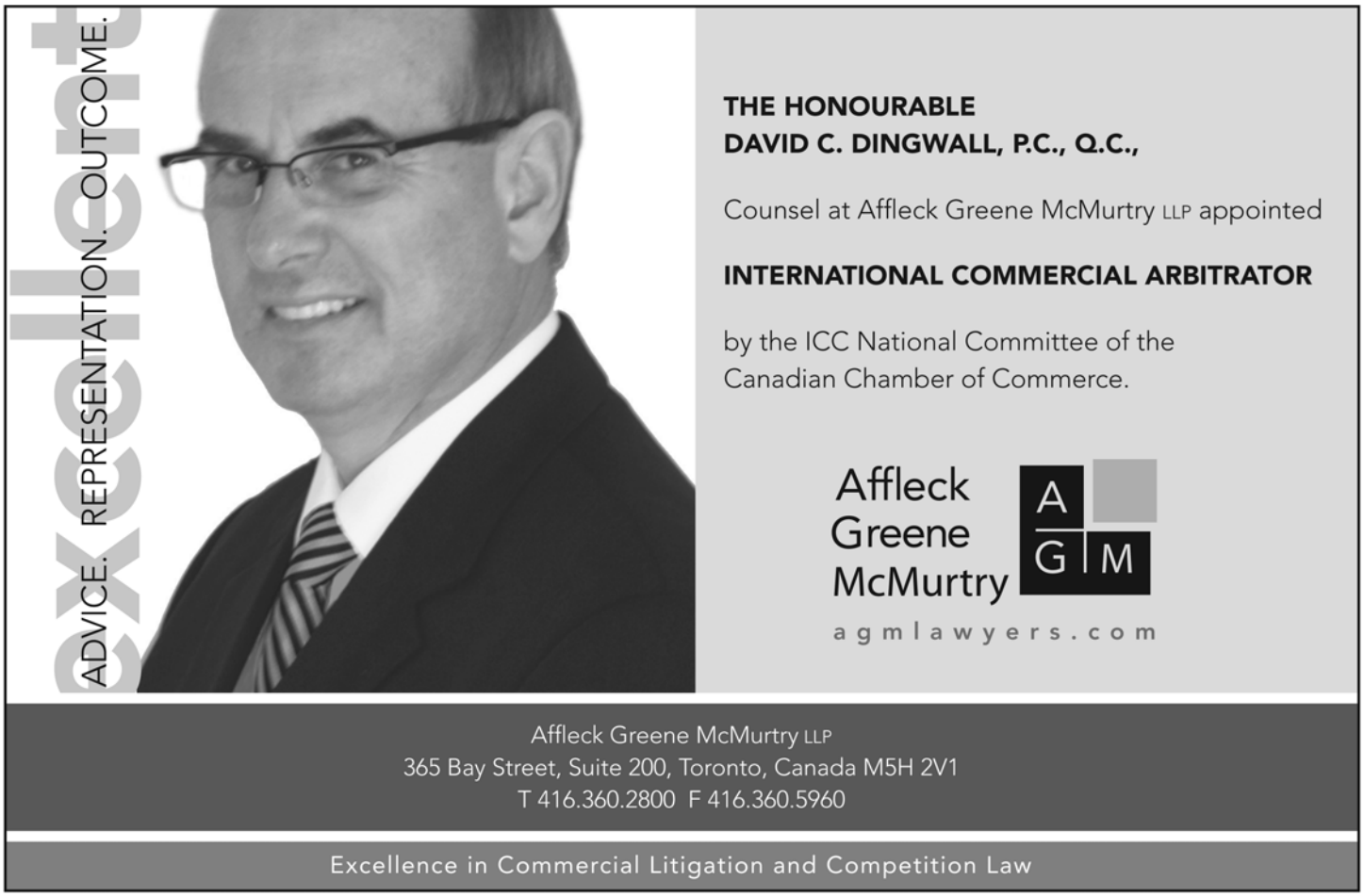
Nous invitons tous membres du Canada à présenter au Journal leurs propositions d'articles à l'adresse suivante, aux fins d'examen par le Comité de rédaction :

Mary Anne Harnick
Executive Director
ADR Institute of Canada
234 Eglinton Ave. E, Suite 405
Toronto, Ontario
M4P 1K5

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

froides. Une fois calmé et détaché, vous serez plus à même de décider comment remettre la négociation sur les rails. Vous pourriez aussi vous demander comment se sent l'autre partie. Pendant la négociation, soyez attentif aux signes d'émotion que pourrait présenter votre interlocuteur. Vous pourriez en retirer des données précieuses.

1 Extrait en partie du chapitre « Emotion in negotiation », dans The theory and practice of representative negotiation. Sous la direction de C. M. Hanycz, T. Farrow et F. Zemans. Toronto : Emond Montgomery Publications Limited, 2008, p. 219.
2 À la fois avocate et psychologue, Delee Fromm encadre, forme et enseigne dans tous les secteurs du leadership. On peut la joindre à delee@frommandgoodhand.
3 S. Kopelman, A. S. Rosette et L. Thompson, « The three faces of Eve: Strategic displays of positive, negative and neutral émotions in negotiations », Organizational Behavior and Human Decision Processes, 2006, pp. 81-99.
4 R. Fisher et W. Ury. Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In. New York, NY : Penguin Books Ltd, 1981, p. 17.
5 Pour en savoir plus sur les émotions fortuites, voir J. S. Lerner, « Negotiating Under the Influence », Harvard Negotiation Newsletter, numéro de juin 2005.
6 D. L. Shapiro, « Enemies, Allies and Emotions: The Power of Positive Emotions in Negotiation » dans The Handbook of Dispute Resolution sous la direction de M. L. Moffitt et R. C. Bordone. San-Francisco : Jossey-Bass, 2005, pp. 66 à 68.
7 A. Damasio, The Feeling of What Happens: Body and Emotion in the Making of Consciousness. San Diego : Harcourt, Inc., 1999. p. 41.
8 Ibid.
9 M. A. Neale, « Emotional Strategy », dans Harvard Negotiation Newsletter, numéro de février 2005.
10 J. Gross and I. Richards, « Forget the Stiff Upper Lip », dans New Scientist, février 2005, p. 13.
11 D. Stone, B. Patton, et S. Heen, Difficult Conversations: How to Discuss What Matters Most . New York, NY : Penguin Books, 2000, p. 87.
12 J. T. Cacioppo et W. L. Gardner, « Emotion » dans Annual Review of Psychology, 1999, pp. 50-191.
13 G. A. Van Kleef , C. K. W. De Dreu et A. S. R. Manstead, « The Interpersonal Effects of Emotions in Negotiations: A Motivated Information Processing Approach », dans Journal of Personality and Social Psychology, 2004, pp.87-510.
14 I. S. Fulmer et B. Barry, « The Smart Negotiator: Cognitive Ability and Emotional Intelligence in Negotiation », dans The International Journal of Conflict Management, p. 15 (3) à 245.
15 P. Salovey et J. D. Mayer, « Emotional intelligence », dans Imagination, Cognition and Personality, 1990, pp. 9 à 185.
16 Pour obtenir un exposé plus approfondi des deux autres facettes du « quotient émotionnel », soit la régulation des émotions et l'utilisation constructive et créative des émotions, reportez-vous au chapitre en ligne du Negotiator Magazine (www.negotiatormagazine.com/article404.html pour la première partie et www.negotiatormagazine.com/article408_3.html pour la deuxième partie).
17 E. Ryan, « Building the Emotionally Learned Negotiator », dans Negotiation Journal, 2006, p. 209.
18 Supra note 4.
19 Supra note 5, p. 36.
20 Supra note 9, p. 95.
21 D. Keltner et P. Ekman, « Emotion: An Overview » dans Encyclopedia of Psychology. Oxford : Oxford University Press, 2000, p. 162.
22 Supra note 4, p. 67.
23 R. Fisher et D. Shapiro, Beyond Reason: Using Emotions As You Negotiate. New York, NY : Penguin Group, 2005, p. 4.
24 Supra note 18, p. 163.
25 D. Goleman, Emotional Intelligence. New York, NY : Bantam Books, 1995, p. 289.
26 Ibid à 289.
27 Supra note 9, p. 91.
28 S. Johnson, Mind Wide Open: Your Brain and the Neuroscience of Everyday Life. New York, NY : Scribner, 2004, p. 41.
29 S. J. Stein et H. E. Book, The EQ Edge: Emotional Intelligence and Your Success. New York, NY : Stoddart Publishing Co., Limited, 2000, p. 44.
30 Supra note 5, p. 39.
31 Supra note 20, p. 148.
32 Ibid.
33 R. Bolton, People Skills: How to Assert Yourself, Listen to Others, and Resolve Conflicts. New York, NY : Simon & Shuster, Inc., 1979, p. 78.
34 Ibid, p. 80.
35 P. Ekman et W. Friesen, Unmasking the Face: A Guide to Recognizing Emotions From Facial Clues. Englewood Cliffs, N.J. : Prentice-Hall, 1975, p. 18.
36 Supra note 25, p. 19.
37 Supra note 30, p. 84.
38 D. Dobbs, « A Revealing Reflection », dans Scientific American Mind, 2006, pp. 17(2) à 22.
39 Supra notes 1 et 16.



Public Policy Exception in the Enforcement of Foreign Arbitral Awards

By: Morgan Fowler and Thomas Gelbman[1]

Introduction

Foreign arbitral awards are recognized and enforced[2] in Canada by way of provincial legislation (the "**Enforcement Legislation**"),[3] which incorporate or adopt either or both the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the "**Convention**") and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (the "**Model Law**").[4] A party seeking to enforce a foreign arbitral award must bring an application to the court, which is empowered to grant or refuse the enforcement application. As will be discussed, the legislative framework promotes the enforcement of foreign arbitral awards and, in practice, very few foreign arbitral awards are refused. Notwithstanding this, the Enforcement Legislation contains a little-used "public policy exception" derived from the Convention and the Model Law that provides grounds for the court to refuse to enforce a foreign arbitral award.

Morgan Fowler and Thomas Gelbman are litigation associates with Osler, Hoskin & Harcourt in Calgary, with experience in commercial arbitration and enforcement proceedings, particularly in the oil and gas context.

The public policy exception has been interpreted narrowly – in favour of enforcing foreign arbitral awards – and is often viewed with a degree of scepticism. However, the public policy exception is significant, especially considered in light of the fact that international commercial arbitrations often engage matters of domestic public policy, often in multiple jurisdictions. For example, parties in highly regulated industries, such as oil and gas, mining and resource development, banking and telecommunications, often rely on arbitration to resolve commercial disputes. If an arbitral award engages the regulatory framework of a given jurisdiction, then parties should be attuned to public policy issues.

For parties engaged in arbitration, this discussion is important if the matters in dispute and the enforcement of an award engage the public policy of a given jurisdiction (or multiple jurisdictions). Consideration must be had as to which jurisdiction to enforce, and whether and how the award might engage the public policies of any given jurisdictions. For both parties and arbitrators, it highlights the importance of considering the effects an award may have on the public policy of a given jurisdiction, for example, when determining what relief should be sought or granted.

This article aims to explore the public policy exception as grounds to refuse to enforce foreign arbitral awards, in the commercial context. This article will provide an overview of the following: (1) the legislative framework in Canada; (2) the purposes and objectives of the Enforcement Legislation; and (3) several key factors relevant to the exercise of the public policy exception.

Legislative Framework for Enforcement of Foreign Arbitral Awards

Purposes and Objectives of the Statutory Framework

Article 35(1) of the Model Law provides as follows:

> An arbitral award, irrespective of the country in which it was made, shall be recognized as binding and, upon application in writing to the competent court, shall be enforced subject to the provisions of this article and of article 36.[5] [Emphasis added]

The very language of the provision highlights one of the key objectives of the legislative framework: to facilitate the enforcement of foreign arbitral awards. This was confirmed by the Supreme Court of Canada in *Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.*, which considered the policy objectives behind the Enforcement Legislation, as follows:

> The purpose of the Convention is to facilitate the cross-border recognition and enforcement of arbitral awards by establishing a single, uniform set of rules that apply worldwide. It requires each Contracting State to recognize and enforce arbitral awards made in the territory of another State, and that recognition and enforcement can only be refused on the limited grounds set out in art. V[.]
>
> [...]
>
> Unlike the New York Convention, which is a treaty, the Model Law is not an international agreement intended for ratification. Rather, it is a codification of international "best practices" intended to serve as an example for domestic legislation.[6]

The purposes and objectives of the Enforcement Legislation have also been framed by our courts as follows:

(a) create a climate of confidence among parties who enter into international arbitration;
(b) ensure respect for the method and forum of dispute resolution chosen by the parties (i.e., party autonomy);
(c) facilitate speedy and effective enforcement of foreign arbitral awards; and
(d) promote and foster respect for international trade and commerce.[7]

These purposes and objectives are important because they inform how the court will interpret the Enforcement Legislation. Not surprisingly, the Model Law has been interpreted to favour enforcement.

The Public Policy Exception

At the same time, however, the courts are not mere ticket-takers. The Enforcement Legislation provides grounds to refuse the enforcement of foreign arbitral awards.[8] Consistent with what some commentators have called a "pro-enforcement bias", courts have construed the grounds for refusal narrowly.[9] This has been the case with all the grounds for refusal, but perhaps none more so than the public policy exception.

The public policy exception is set out in Article 36 of the Model Law, as follows:

(1) Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only: [...]
    (b) if the court finds that: [...]
        (ii) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of this State.[10]

While the statutory language suggests a degree of flexibility, the exception is construed narrowly and rarely applied.[11] It is generally accepted that to be refused enforcement on public policy grounds a foreign arbitral award must "violate some fundamental principles of justice, some prevalent conception of good morals, some deep rooted tradition of the common weal" in which enforcement is sought.[12]

Historically, there has also been a degree of scepticism in respect of public policy as a justification for judicial intervention. As stated by Burrough J.:

> [p]ublic policy—it is a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you. It may lead you from the sound law. It is never argued at all but when other points fail.[13]

Notwithstanding these warnings, the exception was included in the Enforcement Legislation for a reason, and a clear understanding of the public policy exception is essential to ensure that it be relied upon where appropriate, and rejected where parties seek to abuse it. The following factors are essential in any consideration of the application of the public policy exception.

Power to Enforce Is Discretionary

A court's power to refuse to enforce an arbitral award on public policy grounds is always discretionary.[14] It is trite law that judicial discretion must not be exercised arbitrarily, but judiciously and in accordance with established principles. Accordingly, while the court may be strongly influenced by the purposes and objectives of the enforcement legislation – which, as noted above, seeks to promote enforcement – there may be other factors to guide the court in the exercise of its discretion. These factors have not been explored in great detail in the Canadian jurisprudence and, accordingly, the well-established principles tilt in favour of enforcement.

No Onus of Proof

Unlike most of the other grounds for defending against enforcement, there is no onus of proof on a respondent to establish the public policy grounds. In other words, a court is entitled to raise the public policy defence *sua sponte*.[15] This highlights both the significance and discretionary nature of the public policy exception in the sense that a court may, and arguably must, exercise judicial restraint on its own accord if it observes public policy concerns in enforcement.[16]

Awards Must Be Enforced "As Is"

It is generally accepted that the enforcing court's role must be as "mechanistic" as possible in order to give effect to the decision of the arbitrator.[17] An arbitral award cannot be enforced in terms other than those contained in the award, even to remedy an ambiguity therein.[18] In short, foreign arbitral awards must be enforced "as is", once very basic procedural requirements have been met by the party seeking to enforce the award.[19] Indeed, our courts have held that the only avenues open to a judge hearing a foreign arbitral enforcement application are to allow, adjourn, or dismiss the application,[20] and it appears that an award cannot be granted on an contingent basis or be altered by a judge at the enforcement stage.

Public Policy Exception Applies to Both Substantive and Procedural Law

The public policy exception was intended to cover both substantive and procedural

YOUR BUSINESS PARTNER.
YOUR DISPUTE RESOLUTION ADVISORS.
YOUR TOP LITIGATION FIRM.
IN THAT ORDER.

When you are involved in a dispute, you need a proactive firm that understands your business goals and has the commitment to favorably resolve your conflict. As Canada's largest law firm, we can deliver the strength and expertise you need to achieve results.

For more information, please contact:

National Leaders

Ira Nishisato | 416.367.6349 | inishisato@blg.com
Guy Pratte | 613.787.3521 | gpratte@blg.com

Regional Leaders

Vancouver | Brad Dixon | 604.640.4111 | bdixon@blg.com
Calgary | Josef Kruger | 403.232.9563 | jkruger@blg.com
Toronto | David Di Paolo | 416.367.6108 | ddipaolo@blg.com
Ottawa | Gerry Stobo | 613.787.3555 | gstobo@blg.com
Montréal | Jacques Darche | 514.954.3156 | jdarche@blg.com
Montréal | Daniel Urbas | 514.954.3149 | durbas@blg.com

Calgary | Montréal | Ottawa
Toronto | Vancouver | Waterloo Region
Lawyers | Patent & Trade-mark Agents
Borden Ladner Gervais LLP
is an Ontario Limited Liability Partnership.
blg.com

BLG
Borden Ladner Gervais
It begins with service

law. As held by Feldman J. in *Schreter v. Gasmac Inc.*, citing the UN Commission on International Trade Law working group:

> It was understood that the term "public policy" [...] covered fundamental principles of law and justice in substantive as well as procedural respects. Thus, instances such as corruption, bribery or fraud and similar serious cases would constitute a ground for setting aside. It was noted, in that connection, that the wording "the award is in conflict with the public policy of this State" was not to be interpreted as excluding instances or events relating to the manner in which an award was arrived at.[21]

Thus, it is not only a foreign law that may be contrary to Canadian public policy, but also procedure, as well as related events leading to the award. On its face, this approach would suggest a broadening of the public policy exception.

The Application of the Public 3Policy Exception Has Relied on the Common Law Developed in the Context of the Enforcement of Foreign Judgments

There is relatively little jurisprudence in respect of the public policy exception to enforcement of arbitral awards. There is, however, a substantial body of jurisprudence and commentary that can be drawn upon from the analogous public policy *defence* in the conflict of laws context, which is invoked where a foreign judgment is sought to be enforced in Canada.[22] Much of the law in respect of the exception is rooted in the common law application of the defence, but it is submitted that the two areas of law cannot be applied as one and the same, and as the law develops, differences should emerge. Thus, it is essential that the common law be taken into consideration when considering the public policy exception, but used judiciously. The statutory language contained in the Enforcement Legislation and the purpose and intent of the Convention and the Model law as international documents will be significant to understanding the public policy exception.

Remember the Three Objectives behind the Principle of "Order and Fairness"

Key to the integrity of the judicial system is the principle of "order and fairness". This principle recognizes the need to balance the importance of the security of international transactions and the need for fairness to those against whom recognition is sought.[23] In furtherance of this principle, in the context of the public policy defence in the conflict of laws, is the rule that the judgment must be final and *res judicata* in the sense that it cannot be varied or rescinded. This rule serves three critical objectives: (1) certainty; (2) prevention of injustice to the party against whom the order is enforced if the order were to subsequently change; and (3) public confidence that the basis for enforcement (i.e., the foreign judgment) will remain.[24] This has been accepted in the context of the enforcement of foreign money judgments, but it would be difficult to argue that it should not also apply to most other forms of relief in the context of arbitral enforcement.

The Sources of Public Policy Are Broad

The sources of domestic public policy are broad. Castel and Walker describe the public policy defence as dependent upon the local conception of justice:

> Canadian Courts will not recognize or enforce a foreign law or judgment or a right, power, capacity, status or disability created by a foreign law that is contrary to the forum's fundamental public policies, its "essential public or moral interest", or its "conception of essential justice and morality". Public policy serves a corrective function. Its use is generally defensive. [...]
>
> It is difficult to give a precise definition of public policy; nor can a general statement be made about its scope. Evidence of public policy can be found in the total body of the constitutional and statute law as well as the case law of the forum, since it will reflect the local sense of justice and public welfare [...] Fundamental values must be at stake.[25] [Emphasis added.]

Thus, while the public policy exception is narrowly construed, its role is significant, and potential sources for public policy to justify the use of the exception are broad. There is an inherent tension between the broad conception of public policy and its narrow application as a basis for refusing to enforce foreign arbitral awards. It appears that not all forms of public policy are sufficiently fundamental to local conceptions of justice. Accordingly, careful regard must be had for the public policy one seeks to invoke when seeking to refuse the enforcement of an arbitral award. This may have been recognised by Carthy J.A. in the decision in *Boardwalk Regency Corp. v. Maalouf*, where he stated as follows:

> It cannot be every statutory statement or prohibition which raises this defence or little would be left of the principle of comity [...].[26]

To the extent that lessons can be drawn from the common law on the enforcement foreign judgments, it appears that the sources and application of the public policy exception requires additional judicial consideration, and what constitutes relevant public policy is unsettled. There are relatively few indicators in the jurisprudence to assist in predicting what might succeed.

In this regard, at least three jurists have raised questions about when a foreign judgment will be refused enforcement on public policy grounds. In *Beals v. Saldanha*, LeBel J. reasoned that the public policy defence in the enforcement of foreign judgments "should also apply to foreign laws that offend basic tenets of our civil justice system, principles that are widely recognized as having a quality of essential fairness."[27] Similarly, in Justice Binnie's dissent, it was reasoned that, despite the limitations on a recognizing court's ability to review the merits of the foreign decision, "such a bizarre outcome" invites close scrutiny of the foreign proceedings.[28] The former reasoning supports a broader interpretation of the public policy exception, while latter reasoning suggests that the court should have regard for the *effect* of the enforcement of a particular judgment (as opposed

to just the law or procedure behind it).

In his concurring opinion in *Great America Leasing Corp. v. Yates*, after considering a comprehensive review of the law on the question, Borins J.A. stated that the law is unsettled in respect to the circumstances in which the court will refuse to enforce a foreign judgment on the basis of a public policy exemption.[29] He declined to decide the case on that basis where it could be done without relying on such law.

Conclusion

This article reviews seven critical factors that will likely affect the conceptualization and application of the public policy exception: (1) discretionary nature of the enforcement power, (2) a court's ability to raise the exception *sua sponte*, (3) arbitral awards are to be enforced "as is", (4) the public policy exception applies to both substantive and procedural law, (5) judicious reliance on jurisprudence from the analogous public policy defence, (6) the principle of order and fairness and (7) broad sources of public policy. This list is by no means comprehensive, but serve as guidelines for both arbitrators and litigants in considering (1) the relief sought or granted in an arbitral proceeding, (2) whether the matters in dispute or the award granted engages the public policy of any jurisdiction; (3) whether the public policy exception can be used as grounds to refuse to enforce the award, and (4) deciding the appropriate jurisdiction to enforce an award.

For good or for bad, the public policy exception is a key element of the Enforcement Legislature, and may not be argued only when other points fail. In respect of public policy, the Supreme Court of Canada said has stated as follows:

> While memorably described as an unruly horse, public policy is nevertheless fundamental to contract law, both to contractual formation and enforcement and (occasionally) to the court's relief *against* enforcement."[30] [Emphasis in original.]

Similarly, the unruly horse of public policy is fundamental in the context of enforcement of foreign arbitral awards and, accordingly, must be understood and applied carefully. It is the authors' hope that the factors discussed herein will assist in understanding and developing the law and practice in this regard.

---

1 Morgan Fowler and Thomas Gelbman are litigation associates with Osler, Hoskin & Harcourt in Calgary, with experience in commercial arbitration and enforcement proceedings, particularly in the oil and gas context.

2 For ease of reference, in this article, "recognition and enforcement" will be referred to simply as "enforcement." For an examination of the differences between "recognition" and "enforcement", please refer to Alan Redfern & Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4th ed. (Toronto: Carswell, 2004) §10-01 to 10-019.

3 Examples of such legislation include, in Alberta: International Commercial Arbitration Act, R.S.A. 2000, c. I-5; British Columbia: International Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 233; and Ontario: International Commercial Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. I.9.

4 The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards adopted by the United Nations Conference on International Commercial Arbitration in New York on June 10, 1958; UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985. Alberta's International Commercial Arbitration Act is an example of Enforcement Legislation that incorporates both the Convention and the Model Law.

5 It is also set out in the similar provision in art. III of the Convention, ibid.

6 2010 CarswellAlta 949 at paras. 9-11, 2010 SCC 19.

7 *Kaverit Steel & Crane Ltd. v. Kone Corp*., 1992 CarswellAlta 226 at para. 49, 87 D.L.R. (4th) 129 (C.A.); ACE Bermuda Insurance Ltd. v. Allianz Insurance Co. of Canada, 2005 CarswellAlta 1935 at paras. 41-43, 2005 ABQB 975; Norsk Hydro ASA v. State Property Fund of Ukraine & ORS, [2002] EWHC 2120 at para. 17 (Eng. Comm. Ct.) [Norsk Hydro].

8 These grounds include where: (1) a party was under some incapacity or the arbitration agreement is not valid; (2) the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; (3) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration; (4) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the parties' agreement or the laws of the country where the arbitration took place; (5) the award has not become binding or has been set aside or suspended; or (6) the enforcing court finds that the subject matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of that state: Model Law, supra note 4, art. 36; Convention, supra note 4, art. V.

9 Redfern & Martin, supra note 2 §10-51.

10 *Supra* note 4. It is also set out in art. V(2)(b) of the Convention, supra note 4.

11 *Society of Lloyd's v. Saunders*, 2001 CarswellOnt 2970 at para. 61, 148 O.A.C. 362 (C.A.) [Saunders cited to Carswell].

12 Cardozo J. in Loucks v. Standard Oil Co. of New York, 224 N.Y. 99 (U.S. N.Y. 1918) at 111, cited in Beals v. Saldanha, 1998 CarswellOnt 4295 at para. 65, 42 O.R. (3d) 127 (Gen. Div.), rev'd by 2001 CarswellOnt 2286, 54 O.R. (3d) 641 (C.A.), rev'd by 2003 CarswellOnt 5101, 2003 SCC 72 [Beals (SCC) cited to Carswell]. See also: Beals (SCC) at paras. 75, 77; Schreter v. Gasmac Inc., 1992 CarswellOnt 137 at para. 50, 89 D.L.R. (4th) 365 (C.J.) [Schreter cited to Carswell]; and Janet Walker, Castel & Walker Canadian Conflict of Laws, loose-leaf, 6th ed., vol. 1 at §8.6 (Markham: LexisNexis Canada Inc., 2005).

13 *Richardson v. Mellish* (1824), 2 Bing. 229 at 252.

14 *Schreter*, supra note 12 at paras. 15, 47.

15 May Lu, "The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Analysis of Seven Defenses to Oppose Enforcement in the United States and England" (2005 – 2006) 23 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 747 at 770; Model Law, supra note 4, art. 36(1)(b); Convention, supra note 4, art. V(2).

16 Lu, ibid. at 770-771; J. Kenneth McEwan, Q.C. & Ludmila B. Herbst, Commercial Arbitration in Canada, loose-leaf at 12.30.40.30 (Aurora: Canada Law Book, 2009).

17 *Norsk Hydro*, supra note 7.

18 *Ibid*.; Collavino Inc. v. Tihama Development Authority, 2007 CarswellAlta 633 at para. 64, 2007 ABQB 212.

19 The party applying for enforcement is required to provide authentic copies of the award and arbitration agreement, both translated into the official language of the country in which the award is relied on, if necessary: Convention, supra note 4, art. IV; Model Law, supra note 4, art. 35.

20 *Dalimpex Ltd. v. Janicki*, 2003 CarswellOnt 1998 at para. 55, 228 D.L.R. (4th) 179 (C.A.). In this case, the Superior Court of Justice made a "provisional" judgment enforcing a Polish arbitral award, but provided that the order must be vacated in the event that the arbitral award was set aside by the Polish courts. The Court of Appeal concluded that the application judge could not make such a provisional judgment.

21 *Schreter*, supra note 12 at 49; The commentary on the meaning of "public policy" in the Model Law, found in the "Excerpts on the Model Law" from the Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of its Eighteenth Session (June 3-21, 1985) at paras. 295 to 297 (published in the Canada Gazette, Part I, Vol. 120, No. 40, October 4, 1986, Supp.).

22 See for example, Schreter, ibid.; Four Embarcadero Center Venture v. Kalen (1988), 27 C.P.C. (2d) 260 (H.C.); Beals (SCC), supra note 12; see also Saunders, which contains a useful review of the history of the consideration of the public policy exception, supra note 11 at paras. 49-61.

23 *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, 1990 CarswellBC 283 at paras. 41-42, 3 S.C.R. 1077 (S.C.C.); Re Cavell Insurance Co., 2006 CarswellOnt 3070 at paras. 38, 40, 269 D.L.R. (4th) 679 (C.A.) [Re Cavell cited to Carswell].

24 *Re Cavell*, ibid. at paras. 42-43.

25 Walker, supra note 12 §8.6.

26 1992 CarswellOnt 3368 at para. 6, 6 O.R. (3d) 737 (C.A.). In contrast, in TMR Energy Ltd. v. State Property Fund of Ukraine, 2004 CarswellNfld 319 at para. 17, 242 Nfld. & P.E.I.R. 277 (S.C.), Hall J. seemed to broaden the application of the public policy considerations, as follows: "It is difficult to conceive that the statute law of this Province or the subordinate legislation made thereunder would not constitute part of the "public policy" of this Province. Therefore I have no difficulty in concluding that notwithstanding the limited wording of who may apply under Article V of the New York Convention to contest recognition and enforcement of a foreign arbitral award, those rights are further expanded by Rule 7.05 of the Rules of Court, 1986, said Rules being an expression of the public policy of this Province".

27 *Beals (SCC)*, supra note 12 at para. 223.

28 *Ibid*. at para. 90.

29 2003 CarswellOnt 4836 at para. 32, 86 O.R. (3d) 226.

30 *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Minister of Transportation & Highways)*, 2010 CarswellBC 296 at 116, 2010 SCC 4. Perhaps more colourfully, in Enderby Town Football Club Ltd v. Football Association Ltd [1970] 3 W.L.R. 1021 at 1026 (C.A.), Lord Denning stated that "[w]ith a good man in the saddle, the unruly horse can be kept in control. It can jump over obstacles. It can leap the fences put up by fictions and come down on the side of justice [...]".

L'exception fondée sur l'ordre public à l'exécution des sentences arbitrales étrangères

par Morgan Fowler et Thomas Gelbman[1]

Introduction

Au Canada, les lois provinciales établissent les normes pour la reconnaissance et l'exécution[2] des sentences arbitrales étrangères. Cette législation (la « **législation sur l'exécution des sentences** »)[3] incorporent ou adoptent soit la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la « **Convention** ») soit la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (la « **Loi type** ») ou les deux[4]. La partie qui cherche à exécuter une sentence arbitrale étrangère doit présenter une demande au tribunal, qui a le pouvoir d'accorder ou de refuser la demande en exécution. Comme il sera étudié, le cadre législatif encourage l'exécution des sentences arbitrales étrangères et, en fait, très peu de sentences arbitrales étrangères sont refusées. Nonobstant ceci, la législation sur l'exécution des sentences contient une « exception fondée sur l'ordre public » peu appliquée et issu de la Convention et de la Loi type : cette exception donne au tribunal des motifs pour refuser d'accorder une demande d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère.

L'exception fondée sur l'ordre public a été interprétée restrictivement - en faveur de l'exécution de sentences arbitrales étrangères - et est souvent perçue avec un certain scepticisme. Toutefois, l'exception fondée sur l'ordre public est importante, étant donné que les arbitrages commerciaux internationaux traitent souvent de questions qui concernent l'ordre public national et qui sont du ressort de différents tribunaux. Par exemple, les parties de secteurs fortement réglementés, comme le pétrole et le gaz naturel, la mise en valeur des mines et des ressources, les banques et les télécommunications, ont souvent recours à l'arbitrage pour régler leurs différends commerciaux. Si une sentence arbitrale concerne le cadre réglementaire d'un lieu donné, les parties doivent alors connaître les questions qui y sont d'ordre public.

Le présent examen est important pour les parties à un arbitrage dans la mesure où les questions en litige et l'exécution de la sentence concernent l'ordre public d'un lieu donné ou sont du ressort de plusieurs tribunaux. Il faut tenir compte du lieu où la sentence sera exécutée, et la mesure dans laquelle la sentence pourra concerner l'ordre public d'un lieu donné. Pour les parties et les arbitres également, il met au premier plan l'importance de tenir compte des effets d'une sentence sur l'ordre public d'un lieu donné, par exemple, lorsque l'on détermine quel remède doit être demandé ou accordé.

Cet article vise à étudier l'exception fondée sur l'ordre public en tant que motif pour refuser l'exécution des sentences arbitrales étrangères, dans un contexte commercial. Cet article donne un aperçu : 1) du cadre législatif au Canada; 2) de la raison d'être et des objectifs de la législation sur l'exécution de sentences; et 3) de plusieurs éléments essentiels à l'application de l'exception fondée sur l'ordre public.

Le cadre législatif de l'exécution des sentences arbitrales étrangères

Raison d'être et objectifs du cadre législatif

L'article 35(1) de la Loi type énonce ce qui suit :

> La sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire et, sur requête adressée par écrit au tribunal compétent, est exécutée sous réserve des dispositions du présent article et de l'article 36[5]. [Soulignement ajouté]

Les termes de la disposition font ressortir un des objectifs clés du cadre législatif : faciliter l'exécution des sentences arbitrales étrangères. La Cour suprême du Canada a confirmé ce principe dans *Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.*, où elle résume les objectifs des politiques en matière de législation sur l'exécution, de la façon suivante :

> La Convention vise à faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères en établissant un seul ensemble de règles uniformes applicables partout dans le monde. Chaque État contractant est tenu de reconnaître et d'exécuter les sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un autre État, et la reconnaissance et l'exécution ne peuvent être refusées que pour les motifs restreints énoncés à l'art. V[.]
>
> [...]
>
> Contrairement à la Convention de New York, laquelle est un traité, la Loi type n'est pas une entente internationale qui doit être ratifiée. Il s'agit plutôt d'une codification des « pratiques exemplaires » internationales destinée à servir d'exemple pour les lois internes[6].

La raison d'être et les objectifs de la législation sur l'exécution ont également été cernés par nos tribunaux de la façon suivante :

(a) créer un climat de confiance pour les parties qui entreprennent un arbitrage international;
(b) assurer le respect envers la méthode et le tribunal choisis par les parties pour régler le différend (c.-à-d. l'autonomie des parties);
(c) faciliter l'exécution rapide et efficace des sentences arbitrales étrangères; et
(d) promouvoir et encourager le respect à l'égard du commerce international[7].

Cette raison d'être et ces objectifs sont importants étant donné qu'ils indiquent la façon dont un tribunal interprétera la législation sur l'exécution. Sans surprise, la Loi type a été interprétée de façon à favoriser l'exécution.

L'exception fondée sur l'ordre public

Toutefois, parallèlement, les tribunaux ne font pas que remplir une simple formalité.

La législation sur l'exécution donne les motifs pour refuser l'exécution des sentences arbitrales étrangères[8]. Conformément à ce que certains commentateurs ont qualifié de « partialité en faveur de l'exécution », les tribunaux ont interprété les motifs de refus restrictivement[9]. Il en est ainsi de tous les motifs de refus, mais plus particulièrement de l'exception fondée sur l'ordre public.

L'exception fondée sur l'ordre public est établie à l'Article 36 de la Loi type :

1) La reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, ne peut être refusée que : [...]
   b) si le tribunal constate que : [...]
      ii) la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public du présent État.[10]

Alors que le texte législatif donne à penser qu'il existe une certaine souplesse, l'exception est interprétée restrictivement et elle est appliquée rarement[11]. Il est généralement admis que pour refuser l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, elle doit violer « un principe fondamental de justice, la définition du moment de la moralité, une conception traditionnelle enracinée du bien commun » de l'État où l'exécution est demandée[12].

Traditionnellement, il existe un certain scepticisme à l'égard de la justification d'une intervention judiciaire pour un motif d'ordre public. Comme le juge Burrough a indiqué :

> [Traduction]
> L'ordre public est comme un cheval rétif qui éloigne son maître du juste chemin du droit. Il n'est plaidé qu'en dernier ressort[13].

Nonobstant ces mises en garde, l'exception est incluse à juste titre dans la législation sur l'exécution, et il est essentiel de bien comprendre l'exception fondée sur l'ordre public afin d'assurer qu'elle soit invoquée le cas échéant, et rejetée lorsque les parties cherchent à en abuser. Il est essentiel de tenir compte des éléments suivants lors de toute considération de l'application de l'exception fondée sur l'ordre public.

Le pouvoir d'ordonner l'exécution est discrétionnaire

Le pouvoir du tribunal de refuser l'exécution d'une sentence arbitrale pour un motif d'ordre public est toujours discrétionnaire[14]. C'est une règle de droit bien connue que la discrétion judiciaire ne doit pas être exercée arbitrairement, mais judicieusement et conformément à des principes établis. Par conséquent, bien que le tribunal soit fortement influencé par la raison d'être et les objectifs de la législation sur l'exécution, qui, tel qu'il est mentionné plus haut, vise à encourager l'exécution, d'autres considérations peuvent guider le tribunal dans l'exercice de sa discrétion. Elles n'ont pas été examinées en profondeur dans la jurisprudence canadienne et, par conséquent, les principes bien établis penchent pour l'exécution.

Aucun fardeau de la preuve

Contrairement à presque tous les autres moyens de défense contre l'exécution, aucun fardeau de preuve ne repose sur le défendeur pour établir le motif fondé sur l'ordre public. Autrement dit, un tribunal est fondé d'office à étudier le moyen de défense d'ordre public[15]. D'où l'importance et la nature discrétionnaire de l'exception d'ordre public dans la mesure où un tribunal peut, et il est permis de penser qu'il doit, faire preuve de retenue judiciaire s'il constate des questions relevant de l'ordre public lors de l'examen d'une demande d'exécution de sentence[16].

Les sentences doivent être exécutées « telles quelles »

En général, il est reconnu que le rôle du tribunal saisi d'une demande en exécution doit être aussi « mécaniste » que possible afin de rendre la décision de l'arbitre exécutoire[17]. Une sentence arbitrale ne peut être exécutée autrement que selon les termes de la sentence, même pour remédier à une ambigüité de cette dernière[18]. En bref, les sentences arbitrales étrangères doivent être exécutées « telles quelles », dès que les exigences procédurales de base ont été respectées par la partie qui demande l'exécution de la sentence[19]. En effet, nos tribunaux ont décidé que les seules voies disponibles à un juge qui entend une demande d'exécution de sentence arbitrale étrangère sont de permettre, de remettre, ou de rejeter la demande[20], et il appert que la sentence ne peut pas être accordée selon d'autres critères ni être modifiée par un juge au stade de l'exécution.

L'exception d'ordre public s'applique au droit substantif et au droit procédural

L'exception d'ordre public concerne le droit substantif et le droit procédural. Dans *Schreter c. Gasmac Inc.*, le juge Feldman cite le groupe de travail de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international :

> Il a été entendu que le terme « ordre public » [...] couvrait les principes fondamentaux du droit et de la justice, qu'il s'agisse des questions de fond ou de procédure. Ainsi, la corruption, la fraude et d'autres fautes graves constituaient un motif d'annulation de la sentence. À cet égard, il a été noté que le membre de phrase « la sentence est contraire à l'ordre public du présent État » ne devait pas être interprété comme excluant des cas ou des faits en rapport avec la façon dont une sentence était obtenue[21].

Ainsi, non seulement une loi étrangère peut être contraire à l'ordre public au Canada, mais également la procédure et les faits liés à la façon dont une sentence est obtenue. À sa face même, cette approche donne à penser que l'exception d'ordre public est élargie.

L'application de l'exception d'ordre public est fondée sur la common law élaborée dans le cadre de l'exécution de jugements étrangers

Il y a très peu de jurisprudence en matière de l'exception fondée sur l'ordre public à l'exécution des sentences arbitrales. Toutefois, on peut puiser dans un important corpus de jurisprudence et de commentaires en matière du moyen de défense d'intérêt public dans le cadre de conflit de lois, qui est invoqué lorsque l'exécution d'un jugement étranger est demandée au Canada[22]. Une grande partie du droit en matière de l'exception trouve ses origines dans l'application en common law de la défense,

mais il est soumis que les deux domaines de droit ne peuvent pas être considérés comme un seul, et au fur et à mesure que le droit s'élabore, des différences devraient émerger. Par conséquent, il est essentiel de tenir compte de la common law lorsque l'exception d'ordre public est examinée, mais de l'utiliser judicieusement. Le libellé de la législation sur l'exécution et la raison d'être et l'intention de la Convention et de la Loi type en tant que documents internationaux sont importants pour comprendre l'exception d'ordre public.

Rappelez-vous les trois objectifs des principes « d'ordre et d'équité »

Les principes « d'ordre et d'équité » sont le fondement de l'intégrité du système judiciaire. Ces principes reconnaissent la nécessité d'établir un équilibre entre l'importance de la sécurité des opérations internationales et l'équité envers ceux contre qui cette reconnaissance est demandée[23]. Pour appuyer ces principes, dans le cadre du moyen de défense d'ordre public en matière de conflit de lois, la règle veut que le jugement soit final et qu'il ait force de chose jugée, c'est-à-dire qu'il ne puisse être modifié ni infirmé. Cette règle satisfait trois objectifs essentiels : 1) la certitude; 2) la prévention d'une injustice envers la partie contre qui l'ordonnance est exécutée si l'ordonnance était modifiée par la suite; et 3) la confiance du public dans le fait que le fondement de l'exécution (c'est-à-dire le jugement étranger) demeure[24]. Il en est ainsi dans le cadre de l'exécution de jugements pécuniaires étrangers, mais il serait difficile de plaider qu'elle ne doit pas être appliquée à bon nombre d'autres types de remèdes dans le cadre de l'exécution des sentences arbitrales.

Les sources de l'ordre public sont nombreuses

Les sources de l'ordre public national sont nombreuses. Castel et Walker décrivent que la défense fondée sur l'ordre public dépend de la conception locale de la justice :

> [Traduction]
> Les tribunaux canadiens ne reconnaîtront ni n'exécuteront une loi étrangère ou un jugement étranger ou un droit, un pouvoir, une capacité, un état ou une incapacité créés par une loi étrangère qui est contraire à l'ordre public de l'État du tribunal, son « intérêt public ou moral essentiel », ou sa « conception de la justice et de la moralité essentielles ». L'ordre public remplit une fonction corrective. Il est généralement invoqué en défense. [...]
>
> Il est difficile de donner une définition précise de l'ordre public ou de fournir un énoncé général sur sa portée. L'ordre public est défini par l'ensemble du droit statutaire et constitutionnel ainsi que par la jurisprudence du tribunal étant donné qu'il est le reflet du sentiment local de justice et de bien-être public [...] Des valeurs fondamentales doivent être en jeu[25]. [C'est nous qui soulignons.]

Par conséquent, bien que l'exception d'ordre public soit interprétée restrictivement, son rôle est important, et les sources possibles de l'ordre public pour justifier le recours à l'exception sont nombreuses. Il y a une tension inhérente entre le concept large de l'ordre public et son application restreinte pour refuser l'exécution de sentences arbitrales étrangères. Il appert que toutes les formes d'ordre public ne sont pas suffisamment fondamentales à la conception locale de la justice. De ce fait, l'ordre public que l'on veut invoquer pour refuser l'exécution d'une sentence arbitrale mérite une longue considération. Dans l'affaire de *Boardwalk Regency Corp. c. Maalouf*, le juge Carthy semble avoir reconnu ce fait lorsqu'il a indiqué :

> Traduction
> Tout énoncé statutaire ou toute interdiction statutaire ne peut donner lieu à ce moyen de défense sinon il resterait peu du principe de courtoisie [...].[26]

Dans la mesure que l'on peut tirer des leçons de la common law en matière d'exécution de jugements étrangers, il appert que les sources et l'application de l'exception fondée sur l'ordre public requièrent un examen judiciaire plus approfondi, et que ce qui constitue une disposition d'ordre public pertinente demeure non réglé. Il y a peu d'indices dans la jurisprudence qui peuvent aider à prédire ce qui pourra être retenu.

À cet égard, au moins trois juristes ont soulevé des questions sur les circonstances dans lesquelles l'exécution d'un jugement étranger sera refusée pour des motifs liés à l'ordre public. Dans *Beals c. Saldanha*, le juge LeBel a indiqué que le moyen de défense fondée sur l'ordre public à l'exécution de jugements étrangers « doit également pouvoir être invoqué à l'encontre de lois étrangères violant les règles fondamentales de notre système de justice civile, qui sont largement reconnues comme étant essentiellement équitables[27] ». De la même façon, le juge Binnie, dissident, a indiqué que, malgré les limites au pouvoir d'un tribunal saisi de la reconnaissance d'un jugement étranger d'examiner au fond ce jugement, « un résultat aussi singulier » commande un examen attentif des procédures suivies à l'étranger[28]. Le premier raisonnement appuie une interprétation plus large de l'exception fondée sur l'ordre public, alors que le dernier donne à penser que le tribunal devrait considérer l'*effet* de l'exécution d'un jugement en particulier et non seulement le droit ou la procédure qui le sous-tendent.

Dans son opinion concordante dans *Great America Leasing Corp. c. Yates*, après une étude de l'ensemble du droit sur la question, le juge Borins indique que le droit est imprécis quant aux circonstances dans lesquelles un tribunal refusera l'exécution d'un jugement étranger en se fondant sur

IBC BAC | Insurance Bureau of Canada
Bureau d'assurance du Canada

l'exception d'ordre public[29]. Il a refusé de décider du cas selon cet argument étant donné qu'il pouvait rendre une décision sans en tenir compte.

Conclusion

Le présent article examine sept éléments essentiels qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur la conceptualisation et l'application de l'exception fondée sur l'ordre public : 1) la nature discrétionnaire du pouvoir en matière d'exécution; 2) le pouvoir d'un tribunal de soulever d'office l'exception; 3) les sentences arbitrales doivent être exécutées « telles quelles »; 4) l'exception fondée sur l'ordre public s'applique aux questions de fond et de procédure; 5) le recours judicieux à la jurisprudence en matière de moyens de défense analogues fondés sur l'ordre public; 6) les principes de justice et d'équité; et 7) les nombreuses sources de l'ordre public. La présente énumération n'est aucunement exhaustive, mais elle peut orienter les arbitres et les parties à un différend 1) lors du choix du remède demandé ou accordé dans un arbitrage; 2) lors de la détermination que les questions en litige ou la sentence accordée concernent l'ordre public d'un lieu; 3) lors de la détermination que l'exception fondée sur l'ordre public peut être un motif de refuser l'exécution de la sentence; et 4) lors du choix du lieu approprié pour exécuter la sentence.

Que ce soit ou non une bonne chose, l'exception fondée sur l'ordre public est un élément essentiel de la législation sur l'exécution, et peut être soulevée en tout temps et non seulement en dernier ressort. En ce qui a trait à l'ordre public, la Cour suprême du Canada a indiqué :

> L'ordre public, qu'on a pourtant mémorablement comparé à un « cheval rétif », joue un rôle fondamental en droit contractuel pour ce qui est de la formation et de l'exécution du contrat, mais aussi (parfois) lorsqu'un tribunal est appelé à déclarer un contrat *non* applicable[30]. [L'italique est dans la version originale.]

De la même façon, le cheval rétif qu'est l'ordre public est un élément fondamental dans le contexte de l'exécution des sentences arbitrales étrangères et, par conséquent, il doit être bien compris et mis en application avec soin. L'auteur souhaite que les éléments étudiés dans la présente aideront à comprendre et à élaborer le droit et la pratique en cette matière.

---

1 Morgan Fowler et Thomas Gelbman sont des avocats plaideurs du cabinet Osler, Hoskin & Harcourt à Calgary; ils pratiquent dans le domaine de l'arbitrage commercial et des procédures d'exécution, plus particulièrement dans le secteur du pétrole et du gaz naturel.

2 Dans cet article, par souci de commodité, « exécution » désigne également « reconnaissance et exécution ». Pour une étude des différences entre « reconnaissance » et « exécution », veuillez consulter Alan Redfern et Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4d éd. (Toronto : Carswell, 2004) §10-01à 10-019.

3 Des exemples de telle législation comprennent : en Alberta, l'International Commercial Arbitration Act, R.S.A. 2000, c. I-5; en Colombie-Britannique, l'International Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 233; et en Ontario, l'International Commercial Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. I.9.

4 La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères adoptée par la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international à New York, le 10 juin 1958; la Loi type sur l'arbitrage commercial international de la CNUDCI adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985. L'International Commercial Arbitration Act de l'Alberta est un exemple d'une loi sur l'exécution des sentences qui incorpore à la fois la Convention et la Loi type.

5 Une disposition similaire se trouve à l'art. III de la Convention, ibid.

6 2010 CarswellAlta 949 aux paragraphes 9 et 11, 2010 CSC 19.

7 *Kaverit Steel & Crane Ltd.* c. Kone Corp., 1992 CarswellAlta 226 au paragraphe 49, 87 D.L.R. (4d) 129 (C.A.); ACE Bermuda Insurance Ltd. c. Allianz Insurance Co. of Canada, 2005 CarswellAlta 1935 aux paragraphes 41-43, 2005 ABQB 975; Norsk Hydro ASA c. State Property Fund of Ukraine & ORS, [2002] EWHC 2120 au paragraphe 17 (Eng. Comm. Ct.) [Norsk Hydro].

8 Ces motifs comprennent les cas où : 1) une partie était frappée d'une incapacité ou la convention d'arbitrage n'est pas valable; 2) la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; 3) la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; 4) la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties ou à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; 5) la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties, ou a été annulée ou suspendue; ou 6) le tribunal auquel est demandée l'exécution constate que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent État : Loi type, supra note 4, art. 36; Convention, supra note 4, art. V.

9 Redfern et Martin, supra note 2 §10-51.

10 *Supra* note 4. Elle est également établie à l'art. V(2)(b) de la Convention, supra note 4.

11 *Society of Lloyd's* c. Saunders, 2001 CarswellOnt 2970 au paragraphe 61, 148 O.A.C. 362 (C.A.) [Saunders cité dans Carswell].

12 Cardozo J. in Louckscv. Standard Oil Co. of New York, 224 N.Y. 99 (U.S. N.Y. 1918) à 111, cité dans Beals c. Saldanha, 1998 CarswellOnt 4295 au paragraphe 65, 42 O.R. (3d) 127 (Gen. Div.), inf. par 2001 CarswellOnt 2286, 54 O.R. (3d) 641 (C.A.), inf. par 2003 CarswellOnt 5101, 2003 CSC 72 [Beals (CSC) cité dans Carswell]. Voir également : Beals (CSC) aux paragraphes 75, 77; Schreter c. Gasmac Inc., 1992 CarswellOnt 137 au paragraphe 50, 89 D.L.R. (4d) 365 (C.J.) [Schreter cité dans Carswell]; et Janet Walker, Castel & Walker Canadian Conflict of Laws, feuilles mobiles, 6d éd., vol. 1 au §8.6 (Markhamd: LexisNexis Canada Inc., 2005).

13 *Richardson c. Mellish* (1824), 2 Bing. 229 à 252.

14 *Schreter*, supra note 12 aux paragraphes 15, 47.

15 May Lu, The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Analysis of Seven Defenses to Oppose Enforcement in the United States and England (2005 – 2006) 23 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 747 à 770; Loi type, supra note 4, art. 36(1)(b); Convention, supra note 4, art. V(2).

16 Lu, ibid. at 770-771; J. Kenneth McEwan, Q.C. & Ludmila B. Herbst, Commercial Arbitration in Canada, feuilles mobiles au 12.30.40.30 (Aurora : Canada Law Book, 2009).

17 *Norsk Hydro*, supra note 7.

18 *Ibid*.; Collavino Inc. c. Tihama Development Authority, 2007 CarswellAlta 633 au paragraphe 64, 2007 ABQB 212.

19 La partie qui demande l'exécution doit fournir une copie authentique de la sentence et de la convention d'arbitrage, ainsi qu'une traduction des deux dans la langue officielle du pays où la sentence est invoquée, le cas échéant : Convention, supra note 4, art. IV; Model Law, supra note 4, art. 35.

20 *Dalimpex Ltd.* c. Janicki, 2003 CarswellOnt 1998 au paragraphe 55, 228 D.L.R. (4e) 179 (C.A.). Dans ce cas, la Cour supérieure a rendu un jugement « provisoire » en exécution d'une sentence arbitrale polonaise, mais a indiqué que l'ordonnance devrait être infirmée dans le cas où la sentence arbitrale serait annulée par un tribunal polonais. La Cour d'appel a conclu que le juge de première instance ne pouvait rendre un tel jugement provisoire.

21 *Schreter*, supra note 12 au paragraphe 49; le commentaire sur le sens d'« ordre public » dans la Loi type, se trouve dans « extraits de la Loi type » du Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session, du 3 au 21 juin 1985, aux paragraphes 295 à 297 (publié dans la Gazette du Canada, Partie 1, volume 120, Supplément, 4 octobre 1986).

22 Voir par exemple, Schreter, ibid.; Four Embarcadero Center Venture c. Kalen (1988), 27 C.P.C. (2e) 260 (H.C.); Beals (CSC), supra note 12; voir également Saunders, où l'on trouve un examen utile de l'historique de la considération de l'exception d'ordre public, supra note 11 aux paragraphes 49-61.

23 *Morguard Investments Ltd.* c. De Savoye, 1990 CarswellBC 283 aux paragraphes 41-42, 3 R.C.S. 1077 (CSC.); dans l'affaire de Cavell Insurance Co., 2006 CarswellOnt 3070 aux paragraphes 38, 40, 269 D.L.R. (4e) 679 (C.A.) [Cavell cité dans Carswell].

24 Dans l'affaire de Cavell, ibid. aux paragraphes 42-43.

25 Walker, supra note 12 §8.6.

26 1992 CarswellOnt 3368 au paragraphe 6, 6 O.R. (3d) 737 (C.A.). En revanche, dans TMR Energy Ltd. c. State Property Fund of Ukraine, 2004 CarswellNfld 319 au paragraphe 17, 242 Nfld. & P.E.I.R. 277 (S.C.), le juge Hall semble élargir l'application de la notion d'ordre public : [Traduction] « Il est difficile de concevoir que le droit statutaire de cette province ou les mesures législatives subordonnées ne constituent pas une partie de l'« ordre public » de cette province. Par conséquent, je n'ai aucune difficulté à conclure que, nonobstant le libellé restrictif concernant qui peut, en vertu de l'Article V de la Convention de New York, contester la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, ces droits sont étendus par la Règle 7.05 des règles de pratique, 1986, lesdites règles faisant partie de la notion d'ordre public de cette province ».

27 *Beals (*CSC), supra note 12 au paragraphe 223.

28 *Ibid*. au paragraphe 90.

29 2003 CarswellOnt 4836 au paragraphe 32, 86 O.R. (3d) 226.

30 *Tercon Contractors Ltd. c. Sa Majesté* la Reine du chef de la Colombie-Britannique, représentée par le ministère des Transports et de la Voirie, 2010 CarswellBC 296 à 116, 2010 CSC 4. De façon plus imagée, dans Enderby Town Football Club Ltd c. Football Association Ltd [1970] 3 W.L.R. 1021 à 1026 (C.A.), Lord Denning indique « [Traduction] un bon cavalier peut garder la maîtrise d'un cheval rétif. Il peut franchir les obstacles. Il peut surmonter les barrières érigées par l'imagination et se ranger du côté de la justice [...] ».

"Discovery" in International Arbitration

William G. Horton, C. Arb., FCIArb[1]

As international arbitration extends its reach to become the standard form of dispute resolution for cross-border commercial disputes, it inevitably brings differing legal cultures and norms into contact with each other. As with the meeting of continental plates, the lines of contact can be discerned long after the tectonic fusion has taken place and are represented both by the highest points of elevation and by areas of instability. The practice with respect to "discovery" as it is known in North America is one of those points of contact between differing cultures in international arbitration.

What I would like to address is not so much the issue of discovery itself but rather the way in which it is discussed by arbitration experts. Unfortunately much of the discussion is infused with partisan special pleading and rhetorical devices designed to bias the discussion in favour of one view or the other. Some of this is unconscious and simply a feature of all human dialogue. However, some of it seems to be motivated by a conscious desire to promote a particular brand of arbitration with which the speaker is associated. The latter, I suggest, is inimical to the growth and development of the institution of international arbitration and should be resisted.

Many of the points I will make in this article are based on an explosion of over 100 e-mails which were exchanged on the listserve of the IBA Arbitration Committee when someone was so adventurous as to circulate an article he had written about e-discovery in litigation with the suggestion that many of the same issues arose in international arbitration. The immediate response was that e-discovery was completely irrelevant to international arbitration because the term "discovery" is completely irrelevant to international arbitration and belongs to a dispute resolution construct known only in North America.[2] This opened the floodgates to wave after wave of opinions in which many of the great and the good in arbitration took part. It must be said that the majority opinion seemed to come down rather heavily against discovery in general and electronic discovery in particular.

One comment that occurred fairly early in the list-serve discussion was the observation that the basic problem with the word "discovery" is that it has no clear or settled meaning. With respect, the word discovery in the North American litigation context means exactly the same thing as it means in any other context: the process by which we find out something we did not know before. The process of discovery varies with the information being sought and where it is most likely to be found. Trying to find out whether a peanut is edible involves only removing the shell. To discover what happens when two subatomic particles collide it may be necessary to build a particle accelerator at a cost of several billion dollars and involving the cooperation of several different countries. Most facts that need to be discovered in litigation lie somewhere in between these extremes! Although it must be said that there seems to be an irresistible urge on the part of common law lawyers to approach their cases more like the construction of a particle collider than the shelling of a peanut.

In litigation, the threshold question is whether a party to a dispute should be entitled to discover **any** information he, she or it did not know before the litigation started. In many legal cultures, the basic answer to this question is "no". The right of a party to keep its own information private is not lost when it is sued. In the United States and Canada the premise is that all information that is legally relevant, or that might be legally relevant, or that might lead to the discovery of legally relevant information ought to be disclosed. The scope of this culture of disclosure is even more breathtaking when one understands that the boundaries of relevance themselves are poorly marked out because relevance is defined by the substantive law that applies to the dispute and, in the best common law tradition, that law can change during the case, and even because of the case.

It is important to understand that this culture of disclosure was not conceived as a make work project for lawyers, although it may seem that way today. Disclosure rules originate in part in a political conception that litigation plays a role in leveling the playing field between disputants who have power and resources (such as governments and large corporations) and those who do not (such as consumers and small businesses). Large corporations have many ways of discovering information they require. They can carry out investigations, retain experts, insert contractual provisions for access to information and so on. Arguably, these are resources which individuals and small businesses lack, or possess to a much lesser degree. In this sense, a resistance to broader rights of disclosure can be seen generically as an approach which favours established business interests to the disadvantage of less powerful elements of society who tend to be the information seekers rather than the information providers.

Another reason for discovery in litigation is not the issue of **whether** information will be made available, but **when** it will be made available. Information that is made available for the first time at trial is less

subject to critical examination and rebuttal: thus the need for disclosure, before trial, of evidence that will be led at trial. Again, this need is enhanced by another distinctive feature of the common law system: namely the concept that the whole dispute must be resolved at a single, concentrated, continuous event known as a trial. As Professor Peter Schlosser of the University of Munich once observed, the main difference between the common law system and the civil law system in this regard is not that the civil law system does not have pre-trial disclosure but that the civil law system does not have a trial. However, in this respect international arbitration is closer to common law procedures in that the schedules of busy tribunal members from different countries dictate, in most cases that a single evidentiary hearing, analogous to a trial, be held.

Applying these observations to the debate about discovery in the international arbitration context, a few thoughts may be developed.

First, it does not seem that any credible commentator is currently advancing the view that arbitrations should be conducted with only the benefit of whatever information a party is able to obtain without the cooperation of the other side. It is clearly recognized that there can be legitimate requests for information that is required to properly adjudicate either issues of liability or damages. The debate is about how extensive the requests for disclosure should be and what measures of enforcement are appropriate. Equally, there is no credible commentator who suggests that US Federal Rules of Civil Procedure (or, for that matter, Canadian rules) are an appropriate standard for discovery in international commercial arbitration. The debate is about how to achieve a clear and consistent standard of disclosure that is compatible with the goals of arbitration to produce expeditious, cost effect and business like resolutions to business disputes. In this regard, reasonable people can differ.

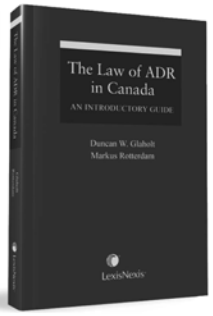
It is unfortunate and unhelpful in the discussion, that anyone who advocates anything beyond the procedures for document disclosure and exchange of witness statements, expressly contemplated by the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, is accused of attempting to "Americanize" international arbitration. This is an *ad hominem* argument that has no proper place in the discussion. The issues should be discussed only in terms of what does or does not contribute to an efficient and just determination of the dispute. Indeed, I suggest that both the original and the new IBA Rules on the Taking of Evidence which came into effect in May 2010, have gone a long way to recognizing that disclosure orders may need to go beyond simply avoiding the element of surprise at the final hearing or ordering the production of documents identified in "narrow and specific" categories. Specific provisions are made in the IBA rules for ob-

Butterworths®

The Law of ADR in Canada – An Introductory Guide

Duncan W. Glaholt, B.A., J.D. & Markus Rotterdam, LL.M.

New!



Fast and Fair — Choose the Right Dispute Resolution Method

Litigation is no longer the default mechanism for resolving a commercial or civil dispute. Today, the key issue for parties in dispute is choosing a process that is both fair and affordable.

$70 + tax
Approx. 250 Pages
Softcover | April 2011
ISBN: 9780433465348

The Law of ADR in Canada – An Introductory Guide explains all dispute resolution mechanisms available across Canada — including many not typically covered in other Canadian ADR texts. No matter where a dispute arises, you will be prepared for all options at hand in your jurisdiction. Discover when and how to use:

- Aboriginal courts
- Conciliation
- Dispute review boards
- Community and faith based dispute resolution
- International arbitration
- Apologies legislation
- Ombudsmen
- Settlement conferences
- Court annexed mediation
- Pre-trial conferences
- Other related ADR methods

LexisNexis®

Order Today! Take advantage of the **30-Day Risk-Free**† Examination.
Visit **www.lexisnexis.ca/bookstore** or call **1-800-668-6481**

Please quote Reservation Code **3306** when ordering.

† Pre-payment required for first-time purchasers.

Price and other details are subject to change without notice. We pay shipping and handling if payment accompanies order.

LexisNexis and the Knowledge Burst logo are registered trademarks of Reed Elsevier Properties Inc., used under licence. Butterworths is a registered trademark of Reed Elsevier (U.K.) Limited and its affiliated companies. Other products or services may be trademarks or registered trademarks of their respective companies. © 2011 LexisNexis Canada Inc. All rights reserved.

taining evidence from non-parties to the proceedings or requiring a party to produce for examination at the hearing a witness who that party did not intend to call[3]. Although provision is not made in the IBA Rules for pre-hearing examinations without the attendance of the tribunal, as would occur in depositions or examinations for discovery, this limitation is one which affects the tactics and cost of seeking disclosure more than the substance.

The arguments that need to be answered in any ongoing debate about discovery in international arbitration are as follows:

1) If we accept the premise that arbitrators should in certain circumstances order the exchange of information because justice requires that be done, should it make any difference if that information is stored in documents, in hard drives[4] or in the memory of key employees of a party? If so, does the difference relate to whether the information is provided at all or does it relate to the reasonable means by which that information is obtained and provided, so as not to defeat the main benefits of the arbitration process? I note for example, that the English Arbitration Act provides that among other things the tribunal may decide:

   s. 34 (2):

   (d) whether any and if so which documents or classes of documents should be disclosed between and produced by he parties and at what stage; [and]

   (e) whether and if so what questions should be put to and answered by the respective parties and when and in what form this should be done.

It seems to me that this recognizes that documentary production may not be enough. Similarly, Article 20 of the Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce provides that the tribunal shall: "establish the facts of the case by all appropriate means" and may "summon any party to provide additional evidence".

2) Another legitimate issue for debate is the silence of the IBA Rules of Evidence, and for that matter the rules of certain arbitral institutions such as the ICC, on broader forms of pre-hearing disclosure that go beyond document disclosure. Each side of the discovery debate argues that the silence favours its position. However, each side also attempts to adhere to the mantra of arbitration as a flexible form of dispute resolution. Among those who favour limiting pre-hearing discovery in arbitration to document disclosure as explicitly laid out in the IBA Rules of Evidence, these positions are reconciled by saying the flexibility on discovery comes into play not at the stage when the arbitrators rule on discovery issues but at the stage when the parties enter into their arbitration agreement. The argument then proceeds that the failure to provide for any other form of pre-hearing discovery than document disclosure in the arbitration agreement itself means that the right will not exist. This limitation on the advertised flexibility of arbitration is problematic in a number of respects. It creates a presumptively preclusive effect for the IBA Rules on the Taking of Evidence and, for example, the ICC Rules, which those documents do not claim for themselves.[5] It also forces the parties to address discovery issues at a stage when it is often not known what if any dispute will arise and what their information needs might be with respect to that dispute. (My experience is that attempts by parties to deal with procedural issues in pre-dispute arbitration agreements are generally a disaster.) This approach also ties the hands of the tribunal in terms of doing what it perceives to be justice in a given case. Finally, it represents a trap for an unwary party from a jurisdiction in which discovery, beyond the exchange of documents is available. By contrast, a rule which provides flexibility at the stage at which the tribunal decides on the discovery request does not have any of these disadvantages. The only advantage of a rule that limits flexibility on discovery issues to the agreement stage is that it can be used to shut down any discussion among members of a tribunal about the need to order additional discovery.

3) The third and last area on which I will make a few comments is a discussion about the relationship between the purpose for which information is sought in a dispute and the scope of permissible discovery. It seems to me that this is a key to developing a consensus on the issue. One should not avoid confronting the fact that discovery practices can be reflective of fundamentally different conceptions of justice between different legal cultures. For example, it seems to me that civil law systems tend to judge the performance by a party of its legal obligations in a more objective manner, in some instances going so far as to exclude self serving evidence by a party or its employees. The common law system, particularly in North America seems to go to the other extreme and often attempts to judge a party based on the party's own subjective views of its own conduct, with particular emphasis on the most damnifying comments any party or one of its employees have made about its own conduct in any of its internal documents. Most so called "smoking guns" which North American litigators spend so much time and money looking for are documents of this character. These are the documents that will be used to persuade courts that a fiduciary duty has been breached, or to persuade juries to overlook more relevant evidence or upon which to base claims for large sums of money as punitive damages. These are documents which would in many European countries be found to be irrelevant to any objective determi-

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

nation of the rights and obligations of the parties. It is fair to say that many businesses look to arbitration to save themselves from these excesses. In my view, the desired approach is succinctly and wisely stated in the Rule 11 of the Rules for Non-Administered Arbitration promulgated by the Centre for Public Resources in the United States which provides:

> The Tribunal may require and facilitate such disclosure as it shall determine is appropriate in the circumstances, taking into account the needs of the parties and the desirability of making disclosure expeditious and cost-effective.

Ultimately, the success of international arbitration will be judged by its ability to save business from the North American litigation process while still preserving the flexibility to do justice in the individual case. In this sense the Guidelines for Arbitrators Concerning the Exchanges of Information which have been published by the American Arbitration Association and its international arm the International Centre for Dispute resolution correctly express a consensus view (at least from a North American perspective):

a. Arbitrators should be receptive to creative solutions for achieving exchanges of information in ways that avoid costs and delay, consistent with the principles of due process expressed in these Guidelines.
b. Depositions, interrogatories, and requests to admit, as developed in American court procedures, are generally not appropriate procedures for obtaining information in international arbitration.

[Emphasis added.]

It is vital that arbitration experts confront the challenge of discovery by engaging in open and constructive discussions about how to achieve the objective of establishing the facts that are needed to achieve a just result while maintaining the efficiencies that distinguish arbitration from litigation before the courts.

[1] Independent arbitrator of business disputes based in Toronto, Canada. See www.wghlaw.com. This is the updated, edited text of a presentation made to a private law firm seminar on international arbitration in London, England.

[2] For a discussion of this exchange see "Spoliation in International Arbitration: Is it Time toReconsider the 'Dirty Wars' of the International Arbitral Process?" by Steven A. ammond, IBA Dispute Resolution International March 2009.

[3] See the new Rules IBA Rules of Evidence: Article 3(9) and Article 4(9) and (10).

[4] It is noteworthy that the new IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration now explicitly recognize that "documents" are no less subject to production because they are in electronic form. Article 3(12)(b) provides: "Documents that a Party maintains in electronic form shall be submitted or produced in the form most convenient or economical to it that is reasonably usable by the recipients, unless the Parties agree otherwise or, in the absence of such agreement, the Arbitral Tribunal decides otherwise." While, apparently for ongoing political reasons, this continues to be represented by influential commentators as an attitude of "agnosticism" towards e-discovery (see Andre de Albuquerque Cavalcanti Abbud, The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: a presentation of the 2010 revised text.) it is submitted that the equation of electronic documents to other forms of documents resolves the issue of principle in favour of disclosure and limits on-going discussion to a question of the means most appropriate to the electronic storage and retrieval of documents.

[5] See the Preamble to the IBA Rules of Evidence which state in part: "The Rules are not intended to limit the flexibility that is inherent in, and an advantage of, international arbitration, and Parties and Arbitral Tribunals are free to adapt them to the particular circumstances of each arbitration." [Emphasis added.]

L'utilisation de la *Discovery* dans l'arbitrage international

William G. Horton, Arb. A, FCIArb[1]

À mesure que l'arbitrage international étend son champ d'action et se généralise en tant que méthode de résolution des différends commerciaux transfrontaliers, il met forcément en contact des cultures et des normes juridiques différentes. Comme dans le cas de la collision entre les plaques continentales, les points de contact demeurent visibles longtemps après la fusion des plaques tectoniques , comme en témoignent les hautes chaînes de montagne et les zones d'instabilité. En arbitrage international, la pratique connue en Amérique du Nord sous le nom de *Discovery* (que nous appellerons ici la « communication de la preuve ») représente l'un de ces points de contact entre cultures différentes.

La question que j'aimerais aborder n'est pas tant la communication de la preuve en tant que telle, mais bien la façon dont elle est traitée par les experts en arbitrage. Malheureusement, une grande part du débat est imprégnée de plaidoiries partisanes et de machinations rhétoriques dont le seul but est de faire dévier la discussion en faveur de l'un ou de l'autre point de vue. Il s'agit, en partie, d'un phénomène inconscient, intrinsèque à tout dialogue entre êtres humains en général. Mais une autre partie de cette pratique semble motivée par un désir conscient de privilégier un système d'arbitrage en particulier, celui auquel l'orateur est associé. Selon moi, cette dérive va à l'encontre de la croissance et du développement de cette institution qu'est l'arbitrage international et doit en être exclue.

Un grand nombre des points que j'aborderai dans le présent article se fondent sur les questions soulevées dans la centaine de courriels échangés sur le serveur de liste de l'IBA Arbitration Committee, à la suite d'un article que son auteur a eu la hardiesse de faire circuler sur l'utilisation de la preuve électronique pendant le procès et dans lequel il affirmait qu'une grande partie des questions qu'il abordait se posaient également en arbitrage international. La réaction immédiate fut d'affirmer que l'administration de la preuve électronique ne présentait aucune pertinence pour l'arbitrage international puisque le terme « discovery » n'a absolument rien à voir avec l'arbitrage international et appartient à un système de règlement des litiges exclusif à l'Amérique du Nord.[2] Cette discussion a ouvert les vannes à un véritable déluge d'opinions, dont celles de nombreux « grands noms » de l'arbitrage. Il convient de préciser que l'opinion majoritaire s'est prononcée plutôt massivement contre la communication de la preuve en général, et de la preuve électronique en particulier.

Au nombre des premiers commentaires formulés sur le serveur de liste, il y a lieu de mentionner le suivant : à la base du problème réside le fait qu'il n'existe aucune définition claire ou unanimement reconnue du terme *discovery*. En effet, dans le contexte judiciaire nord-américain, le terme

discovery a exactement la même signification que dans tout autre contexte, soit le processus par lequel nous découvrons quelque chose que nous ne connaissions pas auparavant. Le processus de découverte varie selon l'information recherchée et de la source d'où elle est le plus susceptible d'être puisée. Pour savoir si une arachide est comestible, il suffit de l'écaler. Pour découvrir ce qui se passe lorsque deux particules subatomiques entrent en collision, il peut être nécessaire de fabriquer un accélérateur qui coûte plusieurs milliards de dollars et nécessite la collaboration de plusieurs pays. La majorité des faits à découvrir dans le cadre d'un litige se situe quelque part entre ces deux extrêmes! Soit dit en passant, les avocats de common law semblent mus par un irrésistible besoin d'aborder leurs causes comme s'il s'agissait de fabriquer un collisionneur de particules et non de décortiquer une arachide.

Dans le cadre d'un litige, la question seuil est de savoir si une des parties impliquées devrait avoir le droit de découvrir **certaines** informations qu'elle ne connaissait pas avant le début du procès. Dans de nombreuses cultures juridiques, la réponse à cette question est « non ». La partie qui fait l'objet d'une poursuite ne perd pas ses droits à la protection de la confidentialité des renseignements personnels. Aux États-Unis et au Canada, on part du principe que toute information juridiquement pertinente, susceptible de l'être ou pouvant mener à la découverte de renseignements juridiquement pertinents doit être divulguée. L'objectif de cette culture de divulgation étonne encore davantage lorsque l'on comprend que le concept de pertinence est vaguement délimité, puisque la pertinence est définie par le droit substantiel applicable au litige et que, dans les meilleures pratiques de la common law, ce droit peut changer pendant le déroulement de la cause, voire en raison de celle-ci.

Il est important de comprendre que cette culture de divulgation n'est pas conçue pour créer des emplois artificiels pour les avocats, bien qu'il puisse en paraître ainsi aujourd'hui. Les règles de la divulgation sont en partie issues de la conception politique voulant que la procédure joue un rôle dans l'uniformisation des règles du jeu entre les parties qui détiennent du pouvoir et des ressources (par exemple, les gouvernements et les grandes sociétés) et celles qui en sont dépourvues (par exemple, les consommateurs et les petites entreprises). Les grandes sociétés ne manquent pas de moyens pour obtenir l'information dont elles ont besoin. Elles ont la capacité de mener des enquêtes, recourir à des experts, prévoir des dispositions contractuelles relatives à l'accès à l'information, et ainsi de suite. Il est permis de croire que ce type de ressources n'est pas à la portée des particuliers et des petites entreprises, ou alors dans une mesure bien moindre. En ce sens, une résistance à l'élargissement des droits de divulgation peut, de manière générale, être assimilée à une approche qui privilégie les intérêts commerciaux établis au détriment des éléments moins puissants de la société, qui sont généralement les demandeurs plutôt que les fournisseurs d'information.

La communication de la preuve pendant le procès soulève un point supplémentaire : la question n'est pas de savoir **si** l'information sera mise à disposition, mais bien **à quel moment** elle le sera. L'information communiquée pour la première fois au procès risque moins d'être remise en question et d'être réfutée : d'où la nécessité de communiquer la preuve préalablement au procès. Ce besoin est renforcé par une autre caractéristique du système de common law, à savoir le concept selon lequel le litige doit être résolu, dans son intégralité, en un seul et unique événement central et ininterrompu : le procès. Comme l'a fait remarquer le professeur Peter Schlosser de l'Université de Munich, la principale différence entre les systèmes de common law et de droit civil à cet égard n'est pas que la common law ne prévoit pas de divulgation préalable au procès, mais bien que le droit civil ne prévoit pas de procès. Dans ce contexte, l'arbitrage international se rapproche davantage des procédures de la common law en ce que, dans la majorité des cas, les horaires chargés des membres des tribunaux des différents pays imposent la tenue d'une seule audition de témoins, de manière analogue à un procès.

En étendant ces observations au débat sur la communication de la preuve en arbitrage international, nous pouvons développer certaines idées.

Premièrement, il semble qu'aucun commentateur digne de foi n'appuie le point de vue selon lequel les arbitrages doivent se faire uniquement à l'aide de l'information que l'une des parties est en mesure d'obtenir sans la collaboration de l'autre. Il est clairement reconnu que certaines demandes d'information dont le tribunal a besoin pour statuer sur des questions de responsabilité ou de dommages-intérêts sont tout à fait légitimes. Le débat consiste à savoir quelle doit être l'ampleur des demandes de divulgation et quelles sont les mesures d'exécution appropriées. De même, aucun commentateur crédible n'avance l'idée que la Federal Rules of Civil Procedure aux États-Unis (ou, dans le cas qui nous occupe, les règles canadiennes) représente une norme appropriée à la communication de données en arbitrage commercial international. L'objet du débat porte sur l'établissement d'une norme de divulgation claire et cohérente, compatible avec les objectifs de l'arbitrage qui sont d'apporter des solutions rapides, efficientes et professionnelles aux différends commerciaux. À cet égard, les personnes raisonnables peuvent avoir des points de vue différents.

Il est malheureux de constater que tout commentateur qui propose une démarche autre que celle qui s'inscrit dans le cadre des procédures relatives à la divulgation de documents et à l'échange des déclarations des témoins se voit accusé de vouloir « américaniser » l'arbitrage international. Ce genre d'attitude n'apporte rien à la discussion. Un tel argument *ad hominem* n'y a pas sa place. Les problèmes ne devraient être examinés que sous le seul angle de leur

Esso Imperial Oil

contribution ou de leur non-contribution au règlement juste et efficace du différend. En fait, je pense que les règles de l'IBA sur l'administration de la preuve, tant les originales que les nouvelles en vigueur depuis mai 2010, ont fait un pas important en reconnaissant que les ordonnances de communication devraient peut-être aller au-delà du simple évitement de l'élément de surprise à l'audience finale ou de la simple ordonnance de production de documents désignés sous des catégories « étroites et spécifiques ». Les règles de l'IBA prévoient des dispositions spécifiques pour l'obtention de preuves auprès de tiers non-parties à la procédure ou pour l'ordonnance faite à une partie de citer, pour interrogatoire au procès, un témoin que cette partie n'avait pas l'intention de convoquer[3]. Bien que les règles de l'IBA ne prévoient pas de disposition particulière pour les interrogatoires avant procès sans la présence du tribunal, comme ce serait le cas pour les dépositions de témoins ou de communication préalable de la preuve, cette limitation a une incidence plus importante sur les méthodes et sur les coûts liés à la recherche de preuve plutôt que sur la substance.

Les arguments auxquels il faut trouver réponse dans le débat en cours sur la communication de la preuve dans l'arbitrage international sont les suivants :

1) Partant de la prémisse que les arbitres devraient, dans certaines circonstances et lorsque la justice l'exige, ordonner l'échange d'information, quelle différence cela fait-il que cette information soit consignée dans des documents papier, stockée dans un disque dur ou [4] provienne de la mémoire des employés clés de l'une des parties? S'il existe une différence, tient-elle au fait même qu'une information soit fournie ou est-elle plutôt liée aux moyens raisonnables par lesquels elle est obtenue et fournie, de sorte à ne pas saboter les principaux avantages du processus d'arbitrage? Je remarque, par exemple, que l'English Arbitration Act prévoit, entre autres choses, que le tribunal peut décider :
   Art. 34 (2) :
   (d) si des documents ou des catégories de documents doivent être présentés par les parties et divulgués entre elles et, dans l'affirmative, lesquels et à quelle étape; [et]
   (e) si certaines questions doivent être posées à chaque partie et, dans l'affirmative, lesquelles et sous quelle forme.

À mon avis, cela semble indiquer que la production de documents n'est peut-être pas suffisante. De la même façon, l'article 20 des règles d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale prévoit que le tribunal : « établira les faits de la cause par tous les moyens appropriés » et pourra « exiger de toute partie qu'elle fournisse des preuves supplémentaires ».

2) Une autre préoccupation qui justifie le débat est le fait que les règles de l'IBA, et en cette matière les règles de certaines institutions arbitrales telles la CCI, passent sous silence toute forme de divulgation préalable plus étendue, qui aille au-delà de la communication documentaire. Chacun des camps concernés par le débat sur la communication préalable soutient que ce silence favorise sa position. Cependant, chaque camp essaie en même temps d'adhérer au mantra de l'arbitrage en tant que forme souple de règlement des différends. Ceux qui sont en faveur de la limitation de la communication préalable qui, en arbitrage, servirait à documenter la communication de la preuve, tel qu'explicitement stipulé par les règles de l'IBA en matière de preuve, synthétisent leurs positions respectives en soutenant qu'en matière de communication, c'est à l'étape où les parties négocient les conditions de leur entente d'arbitrage, et non à celle où les arbitres statuent sur les questions de communication préalable, que la souplesse entre en jeu. Selon les défenseurs de cet argument, l'absence de toute disposition pouvant permettre une autre forme de communication préalable que la communication documentaire dans le seul cadre de l'entente d'arbitrage témoigne de l'impossibilité d'existence d'un tel droit. Cette limitation de la souplesse attendue de l'arbitrage est problématique à plusieurs égards. Elle crée un effet de forclusion hypothétique pour les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve et, par exemple, pour les règles de l'ICC, que ces documents ne s'arrogent pas.[5] Elle force également les parties à se pencher sur des questions de communication préalable à une étape où bien souvent, on ignore encore s'il y aura contentieux et, le cas échéant, quels en seront la nature et les besoins en information. (Je sais par expérience que lorsque les parties tentent de traiter de questions de procédure dans le cadre d'ententes préalables à l'arbitrage, le résultat tourne habituellement au désastre.) En outre, cette approche lie les mains du tribunal dans l'accomplissement de ce qui lui apparaît comme étant la justice dans une cause donnée. Finalement, elle constitue un piège pour la partie peu vigilante qui relèverait

We're a proud
Corporate Member of the
ADR Institute of Canada.
OSLER
Osler, Hoskin & Harcourt LLP
Toronto Montréal Calgary Ottawa New York
osler.com

d'une juridiction où la communication de la preuve, au-delà de l'échange de documents, est chose possible. En revanche, une règle qui procure de la souplesse à l'étape où le tribunal se prononce sur la demande de communication préalable ne présente aucun de ces désavantages. Le seul avantage d'une règle qui restreint la souplesse à l'égard des questions de communication de la preuve est que celle-ci peut être utilisée pour mettre fin à toute discussion entre membres d'un tribunal concernant la nécessité d'ordonner la communication de documents additionnels.

3) Le troisième et dernier point sur lequel j'aimerais formuler des commentaires est celui de la discussion portant sur la relation entre le pourquoi de la demande d'information en contexte de litige et l'ampleur de la communication acceptable. J'ai le sentiment que cet aspect revêt une importance capitale dans le dégagement d'un consensus sur la question. Il ne faut pas ignorer le fait que la confrontation avec les pratiques relatives à la communication de la preuve peut refléter des conceptions de la justice fondamentalement distinctes entre différentes cultures juridiques. Par exemple, il me semble que les systèmes de droit civil ont tendance à juger de façon plus objective la mesure dans laquelle une partie exécute ses obligations juridiques, allant parfois jusqu'à exclure toute présentation, par une partie ou ses employés, de preuve intéressée. Le système de common law, plus particulièrement en Amérique du Nord, semble tendre vers l'autre extrême et cherche souvent à juger une partie en se fondant sur la vision subjective que cette dernière a de sa propre conduite, l'accent étant mis sur les commentaires les plus accablants formulés dans quelque document interne par l'une ou l'autre des parties ou par l'un de ses employés sur sa propre conduite. La plupart des soi-disant « pistolets fumants », ces preuves irréfutables à la recherche desquelles les procureurs nord-américains consacrent tant de temps et d'argent appartiennent à ce type de documents. Ces documents sont ceux qui seront utilisés pour convaincre la cour qu'une obligation fiduciaire a été violée, ou pour persuader les jurés de négliger une preuve présentant davantage de pertinence ou sur laquelle fonder des réclamations de sommes considérables en dommages-intérêts punitifs. Dans plusieurs États européens, ces documents seraient considérés comme non pertinents aux fins de la détermination objective des droits et obligations des parties. Il convient toutefois de noter que de nombreuses entreprises recourent à l'arbitrage dans le but de se soustraire à ces excès. À mon avis, l'approche souhaitée est énoncée de façon succincte et judicieuse dans la règle 11 du Règlement du Centre de ressources publiques pour les arbitrages de différends internationaux non administrés aux États-Unis, qui stipule ce qui suit :

> Le tribunal peut exiger et favoriser la communication d'information qu'elle juge appropriée au vu des circonstances, en tenant compte des besoins des parties et des chances que cette communication puisse se faire de façon rapide et efficiente.

Au bout du compte, le succès de l'arbitrage international sera jugé en fonction de sa capacité à se soustraire au processus judiciaire nord-américain de règlement des litiges tout en conservant la souplesse d'exercer la justice dans les dossiers à l'étude. En ce sens, les lignes directrices à l'intention des arbitres sur l'échange d'information (Guidelines for Arbitrators Concerning the Exchanges of Information) publiées par l'American Arbitration Association et par l'International Centre for Dispute Resolution, son bras à l'étranger, expriment avec justesse une opinion unanime (du moins selon une perspective nord-américaine) :

a. L'arbitre doit être ouvert aux solutions innovatrices visant à permettre l'échange d'information à coût moindre, dans des délais plus courts et en toute conformité avec les principes de procédure énoncés dans les présentes directives.
b. Les dépositions, interrogatoires et demandes de recevabilité, tels qu'élaborés par les instances américaines, ne sont généralement pas appropriés à l'obtention d'information en arbitrage international.
[soulignement ajouté]

Il est primordial que les experts en arbitrage relèvent le défi en entamant une discussion ouverte et constructive sur la façon de parvenir à réaliser l'objectif d'établissement des faits nécessaires à l'atteinte d'un résultat juste et équitable, tout en maintenant les gains d'efficience qui différencient l'arbitrage du procès devant les tribunaux.

Macleod Dixon LLP

[1] Arbitre indépendant dans les différends d'ordre commercial, établi à Toronto, au Canada. Voir www.wghlaw.com. Ce texte est la version actualisée et révisée d'un exposé fait à un cabinet d'avocats privé dans le cadre d'un séminaire sur l'arbitrage international, à Londres, en Angleterre.

[2] Pour une étude de cet échange de points de vue, voir l'article Spoliation in International Arbitration: Is it Time to Reconsider the 'Dirty Wars' of the International Arbitral Process? par Steven A. Hammond, IBA dans : Dispute Resolution International, mars 2009.

[3] Voir la nouvelle version des règles de l'IBA en matière de preuve : IBA Rules of Evidence, articles 3(9), 4(9) et (10).

[4] Il convient de noter que les nouvelles règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international reconnaissent maintenant de façon explicite que les « documents », même sous forme électronique, n'en sont pas moins soumis à la production. L'article 3(12)(b) stipule : « Sauf accord contraire des parties ou, en l'absence d'accord, sur décision du tribunal arbitral, les documents qu'une partie conserve sous forme électronique doivent être présentés ou produits sous la forme la plus pratique ou économique afin d'être raisonnablement exploitables par leurs destinataires. » Bien que, apparemment pour des motifs politiques persistants, cette position continue d'être représentée par des commentateurs influents comme étant une attitude « agnostique » à l'égard de la preuve électronique (voir André de Albuquerque Cavalcanti, The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: a presentation of the 2010 revised text), il a également été signalé que l'assimilation de documents électroniques à d'autres formes de documents résout la question de principe en faveur de la communication et limite la discussion en cours à la question des moyens les mieux appropriés au stockage électronique et à la récupération de documents.

[5] Voir l'avant-propos des Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve qui stipule, notamment : « Les Règles ne visent pas à restreindre la souplesse inhérente à l'arbitrage international, et l'avantage qu'elle présente, et les parties et les tribunaux arbitraux sont libres de les adapter aux circonstances particulières de chaque arbitrage. » [soulignement ajouté]

2020 Vision: Where in the world will mediation be within 10 years?

Michael Leathes[1]

Yogi Berra made his name not only by winning the 1969 World Series as coach of the New York Mets but with malapropisms like *half the lies they tell about me aren't true* and *always go to other people's funerals, otherwise they won't come to yours*. But his remark that *the future ain't what it used to be* was more profound. Change happens faster now. The near certainties of the past look more like unconvincing theories. Ways of leading, educating, negotiating, daring, innovating and succeeding are being reinvented. The future arrives more quickly; a 10-year forecast is now more challenging.

Yet accurate predictions remain vital to social and economic progress. Major companies still predict decades ahead, adapting their assumptions as time goes by, refining the scenarios. For example, the focus of the World Business Council for Sustainable Development, an association of 200 international companies, is what the world will look like in 2050 and convenes chief executives across all sectors worldwide to collaborate in ways that will enable society to be sustainable in 40 years time.

So, what about the mediation field – or, should I say, movement? Are its stakeholders doing anything similar? Setting aside the obvious role that effective dispute avoidance and prevention can play in achieving a sustainable society and economy, the immediate question is whether the main players in mediation are taking steps to drive, grow and sustain the field itself. Where could mediation be in 10 years time? Can stakeholders realistically exert a significant positive influence on the field's future progression?

When you cut into the present, the future leaks out observed the novelist William S. Burroughs. Once the current state of mediation has been laid out and dissected, the pointers to the future, if we look for them, will reveal themselves so they can be analysed and applied to the advantage of everyone. Those indicators must be shared, appreciated and leveraged skillfully and collaboratively or we ignore at our peril the clear advice of Mahatma Gandhi: *YOU must be the change you wish to see in the world*.

None of us knows the future, but we all try to predict it. Not being a soothsayer, my humble way for trying to forecast mediation is quite prosaic: to appreciate the history, assess the status quo, then focus on two key issues: how mediation is learned, practiced and presented to its market, plus how user needs are changing. Then *cut* into each with a constructively critical eye, see what *leaks* out, and combine the results to try and map out a likely or achievable future. This may enable us to assess whether, and if so how, we can all exert a meaningful and positive influence on the development of mediation.

The Past - history in nutshell

In the Lunyu, or Analects, it is recorded that Zi-gong asked: *Master, is there a single word which may serve as a rule of practice for all one's life?* to which Confucius replied: *Is not Reciprocity such a word?* Mediation's roots lie at the heart of Confucianism, which later civilizations, like the Roman Empire, also applied extensively.

In process terms, modern mediation crystallised when United States Chief Justice Warren Burger invited Professor Frank E. A. Sander of Harvard Law School to present a paper at the Roscoe Pound Conference of 1976 in St Paul, Minnesota. This historic gathering of legal scholars and jurists discussed ways to address dissatisfaction with the American legal system and to reform the administration and delivery of justice. Professor Sander's paper *Perspectives on Justice in the Future* urged a widespread adoption of non-litigious forms of dispute resolution, not least of which is mediation.

US State legislatures then focused on mediation, and law and business schools began research. In 1979, CPR Institute was founded, backed by companies and professional firms, and began to explain the idea of mediation. *Getting To Yes* by Harvard Law School Professors Roger Fisher and William Ury was published in 1981. In 1983, Harvard Law School, MIT and Tufts founded the Program on Negotiation, and the Independent Mediation Service of South Africa was formed in 1984. Two years later came Pepperdine's Straus Institute for Dispute Resolution. The "new" field attracted skilled, inspirational and pioneering educators who began defining the requisite skills and processes. By the late 1980s, those early techniques had spawned training, educational and service initiatives in the US, and professional interest groups like the Association for Conflict Resolution and the ABA Section of

TORYS LLP

Dispute Resolution were established. Mediation germinated elsewhere with the formation in 1988 of LEADR in Australia and the ADR Institute of Canada, then ADR Group and CEDR in the UK in 1990. Others followed in Singapore, Hong Kong, Continental Europe and Latin America.

The early development of mediation was meteoric, but by the new Millennium the growth curve had slowed. Governments tried to provide stimulus through the Uniform Mediation Act 2001, the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation in 2002 and the European Mediation Directive in 2008 by attempting to inject clarity into issues that might otherwise hold back the progress of mediation.

However, supply of people holding themselves out as *mediators* was outpacing demand. As mediation matured, limitations surfaced. Mediation was too heavily presented as a solution to the failures of common law litigation; the field was largely populated by lawyers who unthinkingly called it *Alternative* Dispute Resolution and included arbitration under that term; mediation was seen in many civil law countries as an Anglo-Americanism; lay people - the users - largely failed to grasp its potential beyond the context of courtroom processes; some panels offered both arbitrators and mediators, causing some confusion; and mediation's application as an innovative branch of negotiation, conflict prevention and avoidance all got rather lost. Nonetheless, by the turn of the Century, mediation had arrived and, skilfully handled, was poised to develop.

Ten Years after the Millenium, has mediation become a free-standing profession?

In *The Professionalization of Everyone?* in 1964, Harold Wilensky, Professor Emeritus of Political Science at the University of California, Berkeley, suggested five stages in the professionalization of an occupation: (1) a substantial number of people doing full time an activity that has a market; (2) the establishment of training facilities; (3) the creation of a professional association; (4) the association acting to protect its practitioners; and (5) a code of ethics being in force. Professor Wilensky continued: *Any occupation wishing to exercise authority must find a technical basis for it, assert an exclusive jurisdiction, link both skill and jurisdiction to standards of training and convince the public that its services are uniquely trustworthy and tied to a set of professional norms.*

The mediation movement is described as an *emerging* profession. It meets some of the basic criteria in some places, and none in others, but in only a few places does it meet all the criteria. More accurately, mediation is a *vicarious* profession; its practitioners tend to rely heavily on their status elsewhere when asserting professionalism as mediators.

The Litmus Test of whether an occupation has developed into a true profession depends on whether its market *perceives* it as a profession. Ute Joas-Quinn is Associate General Counsel of Shell International's Upstream International Functions. She is a prominent advocate of the use of mediation, but wants to see it develop properly. She recently made the following pithy assessment of the status quo:

For those who act as mediators, few have begun their careers in this role. Most moved to mediation from other professions, and it remains largely an "occupation" for most mediators today. There is a current absence of user recognition of an "exclusive jurisdiction" for mediation, i.e., there are no consistent high standards of training, no governing professional bodies, few qualifications, and no universally-accepted professional norms. As a result, the quality of mediators across the board is highly variable, there are few systematic processes to assess or measure a mediator's quality and competency, and high standards are neither visible nor credible. Due to inadequate promotion, there is poor understanding of what mediation is and/or what benefits it can bring to facilitate the early resolution of conflicts. Poor understanding has resulted in limited acceptance of the concept, largely in the business world, but often by the legal profession as well. Those who are acquainted with mediation may often discover that finding the right mediator is a problem - word of mouth is unpredictable and subjective.

BORDEN
LADNER
GERVAIS

These remarks were offered as an international assessment of how mediation is today. All generalizations have exceptions. Some providers and trainers do set very high standards and achieve outstanding results, and Australia, Austria, the Netherlands and South Africa have made more progress than most, but it is the absence of consistent across-the-board quality and transparency that currently deprives mediation of its true professional status.

Mediation needs to develop from an occupation where anyone can claim to be a mediator, into a true profession. That transition is readily achievable within 10 years, and in the following pages I offer thoughts on the components that can make it happen.

Learning – Acquiring mediation knowledge

Outcomes Based Education (OBE) has gained momentum around the world in most areas of learning. It assesses students not just on their technical knowledge of inputs like textbooks, but on whether they are able to achieve whatever outcome is required. Legal education has lagged behind accountancy and other professions in this regard. Fuelling this drive towards OBE in US legal education, two reports[2] in 2007 by the Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching and by a team under Professor Roy Stuckey, urged law

schools in the US to broaden the range of lessons they teach; integrate the teaching of knowledge, skills and values, and not treat them as separate subjects addressed in separate courses; and give greater attention to instruction in professionalism.

The Program on Negotiation was innovative, inspiring and unique when introduced in 1983 and since then other centers of learning, especially business and law schools, have built on the wealth of knowledge, teaching and skills generated in the negotiation field. Others are now incorporating them into core curricula. Over the next few years, demand for these skills will increase considerably as businesses and professional firms seek to minimize costly post-qualification training, and as graduates strive to maximize their employability. By 2020, educational institutions, including business and law schools, will systematically incorporate mediation and negotiation skills into their standard mandatory curricula, driven by OBE. Adventure Learning[3] – getting these skills played out in real environments – will become common, and mediators will be enlisted to offer experience generation opportunities to students through assistantships. Many schools will be teaching basic dispute avoidance and resolution skills as part of regular curricula.

Companies have long been focused on outcomes, but no more so than now when austerity and certainty drive share values. GE, Nestlé, AkzoNobel and many other international companies have led the way in demonstrating how mediation and other principled negotiation courses for staff instill an outcome orientation, leading to earlier results and risk avoidance. Litigation will increasingly be classified as a *project*, to be managed systematically and proactively, and brought to closure, like any other.

For those not aspiring to practice as mediators, training institutions will provide more focused courses meeting different needs – such as understanding the application and value of mediation, representing clients in a mediation, dispute avoidance techniques, diplomacy, intercultural mediation and negotiation, deal mediation and outcome navigation, collaborative law, post-deal execution and relationship-building.

The next generation is being primarily wired to achieve outcomes, not perpetuate process, a switch in attitudes and skills that will turbo-charge demand for mediation well within the next 10 years.

Learning – Acquiring mediation skills

Like leaders, entrepreneurs, artists, teachers and musicians, mediators are born, not made – though, of course, not entirely. While knowledge and technical skills are needed in mediation as in other vocations, mediation is essentially practice and personality-based. The ability, instinctively, to win the trust of opposing and often hostile parties is a vital characteristic of a successful mediator, and not everyone has or can acquire it. Two advanced skills trainers, Jane Gunn and David Richbell of MATA, have emphasised the need for mediators to be highly *biphasic*, building trust through the capacity to behave in opposite ways depending on circumstances. In their words: *to be both proud and humble, sensitive and tough, strong and gentle, humorous and serious, trusting and cautious, optimistic and pessimistic….* The ability to achieve that degree of instinctive adaptability can be learned, but mostly is rooted in personality and aptitude.

Despite this, many practitioners stumbled into mediation, some naturally suited to it, others not. Few are long-term career mediators. A high proportion are attorneys – ex-litigators, retired judges and arbitrators, or former politicians and diplomats. This is probably attributable to the history of modern mediation, that misnomer *ADR*, and its service-driven, not user-driven, origins. Despite what some lawyers say, the truth is that legal knowledge and advocacy have little bearing on the ability to mediate - *few disputes are ever about what they're about*. At their roots the majority of disputes are rarely about the legal technicalities they inevitably become consumed by. Dr Friedrich Glasl elegantly expresses it another way: *Do we have a conflict? Or does the conflict have us?*[4]

Many of today's practicing mediators have never been comprehensively trained, but rather learned on the job. A great number have only attended a one-week training. Some, but not all, had their skills independently assessed at the end, and only a few followed up with advanced skills courses or became teachers. Trainees include those who aspire to practise as mediators, and others who have no intention of practising but seek to sharpen their principled negotiation techniques, or wish to know how

Sponsorship Opportunities for ADRIC 2011: October 27-28, 2011, Vancouver, BC

Call today to become a sponsor at Canada's premier ADR event!
ADR Canada's Annual National Conference draws top ADR practitioners and users of ADR services from across the country by showcasing the latest developments in ADR practice excellence.
Ensure that your firm is not left out - sponsorships are accepted on a first-come first-served basis – call today to choose your level of participation to support the McGowan Luncheon, the Cocktail Reception, breakfasts, coffee breaks or sessions. Benefits include free attendance, speaking opportunities, prominent display of corporate logo, inclusion in all conference advertising materials and more.
Delegates attend plenary sessions on the morning of the first day then enjoy the McGowan Luncheon and a presentation by a keynote speaker. After the lunch and a brief award ceremony, delegates then select from a variety of workshops from four specialty streams. Topics cover such areas as Issues in Commercial and International Arbitration and Mediation, Marketing Your ADR Practice, Environmental and Resources Issues and ADR, Cultural Diversity and ADR, Construction ADR, Using Experts in ADR, as well as softer topics such as Mindfulness in ADR, Integrated Negotiation and Cognitive Barriers.

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

Contact Janet McKay, Business Development Manager (janet@adrcanada.ca, 1-877-475-4353 ext. 5) to request a sponsorship package and reserve your place today!

ADR.

We continue to reinvent the name.

Law.
It's our last name.

fmc-law.com/ADR

Fraser Milner Casgrain LLP

FMC LAW

and why mediation works, or to represent clients more effectively in mediation. Very eclectic.

Within 10 years, users will expect recent mediators to have undertaken a comprehensive training program and have successfully passed an assessment – with assessors who are independent of the training faculty. The assessors will be experienced in skills evaluation and will apply transparent criteria. Testing will be conducted through roleplays, oral and written examinations and will cover aptitudes, skills, competencies and substantive knowledge of negotiation theories, ethics, hybrids, laws and evolving issues in the field. All practicing mediators successfully passing these courses will be "qualified" one way or another, and expected to attend regular advanced courses and best practice skills sessions as a structured, output-orientated continuing professional development program.

If trainers fail to collaborate in setting consistent, transparent and convincing criteria for their programs meeting high standards, I expect governments to do it for them.

Delivery – Changing mediation practice

As users become more familiar with mediation, they will become more adventurous. The demand-side will drive the use of hybrids and the growth curve of complementary evaluative mediation (conciliation) may increase, partly influenced by lawyer-mediators. Collaborative law and transformative mediation will be widely accepted; mediators will increasingly be used in conflict avoidance, such as establishing regulatory frameworks.

Mediators will accept responsibility to help those starting in the field to gain experience through assistantships, and see that they have much to learn from the younger generation.

New technologies will have an impact both on the growth of mediation and on how it is practiced[5]. Over 20 million people now have Skype switched on their desktops at any moment. Its video telephony capability and those of similar systems have revolutionized communications with the same cost-free multiple-location video conferencing used by consumers as well as companies and governments. Skype seems to have been with us for decades, but only came into existence in August 2003, taking several years to catch fire as its stability and quality improved. Now, such systems are "old" technology.

Enter telepresence, a technological advance enabling participants to have an enhanced sense of being in the same room together. Telepresence is now embracing 3D, already available on consumer TV sets, replicating more closely the dynamics of a normal, physical meeting even though participants may be in different time zones. Soon, holographic meetings will enable people to be virtually "beamed" into our meeting rooms, and we into theirs, appearing to take a seat at each other's tables, creating a real sense of presence displaying verbal, paraverbal and body language aided by instantaneous language translation and other advances. The tools required will be built into computer and smartphone screens. By 2020, these communication platforms will have been in widespread usage for some years, and their stability will have been perfected. Mediators will use them extensively.

Apps will overtake websites as prime information sources. Smartphones, ePads and laptops will be able to download hundreds of mediation apps, enabling users to access information about mediators, providers and relevant topics worldwide with a finger tap.

Online Dispute Resolution (ODR) will acquire a new significance, enabling mediations to be less dependent on logistics and participant ability to travel. Mediators will be able to use secure technological environments to ensure confidentiality, providing virtual caucus rooms that guarantee privacy. New technology will enable users to have the same confidence in the security of these systems as online banking – they are, in fact, safer than today's physical meeting rooms, which are vulnerable to eavesdropping devices.

Governments are already introducing performance assessments for the public sector. Soon, independent assessment will become the norm for all professionals, everywhere.

Promotion – How mediation is presented to its market

Promotion is costly, but is also necessary. Mediation remains greatly undervalued. Few providers have resources for promoting the field, focusing more on promoting their own service offerings and branding. There are few national or international mediation bodies dedicated to expanding the field itself as opposed to growing their own services. Consequently, mediation is not widely accepted as a credible option. This downward spiral needs reversing or mediation will remain locked into a slow-burn trajectory.

There is now widespread recognition that mediation needs to be perceived as an independent profession, and one that meets high standards. What is not yet widely shared is the view that transparency is the key to these goals. Aristotle's Five Senses apply here as everywhere – users will only understand and accept what they can see, hear, touch, smell and taste. Mediation happens in private, but professional skills and competencies need not be equally invisible, unheard, intangible, unscented or unpalatable.

Lord Woolf has said [6]: *Mediation has come a long way, but still has much further to go. The field now needs to evolve quickly into a true profession. High minimum practice and ethical standards need to be set, made transparent and achieved internationally; users – customers – of mediation need to see these standards operating effectively. More and better information must be made available by individual mediators about their skills, capabilities and personalities. Quality and Transparency will enable mediation to grow.*

In August 2010, Professor Sander noted[7] that as mediation has become more pervasive, it is unclear how lay parties can evaluate the quality of mediators and that it is inadequate to just *let the market decide*. He concluded that we should be *heading towards some kind of ... system for apprais-*

ing the quality and competency of mediators, at least in terms of requiring training. A few weeks later, the Association for Conflict Resolution (ACR) published draft Model Standards for Mediation Certification Programs[8] and invited comment from its 4,000 mediator members in (mainly) the US.

I expect mediation service providers around the world to collaborate and buy into simple, non-bureaucratic and voluntary high-level international competency, practice and ethical standards. I believe mediators will see the huge value in seeking feedback about their skills from users and peers and have it condensed into an objective summary by an independent person or institution for inclusion as a credible part of their profile. I expect users to rely less on gossip and hearsay when selecting mediators and to focus much more on user feedback summaries. This will apply far beyond mediation to include almost all professional services.

The Demand-Side – User needs are changing

While real estate brokers recite the dogma *Location, Location, Location*, the mantra of companies, government agencies and others that need to account to their stakeholders is *Outcomes, Outcomes, Outcomes.* I have already mentioned the shift from Inputs towards more Outcome Based Education by an increasing number of schools, universities and professional institutions, but ultimately it is the demand side that drives such changes.

The legal profession, gatekeeper of most disputes, is changing as a result. What Professor Julie Macfarlane at the University of Windsor, Ontario so aptly describes as *The New Lawyer*[9] is arriving onto the scene – pragmatic, impatient, creative, daring, solution and results-orientated, process-intolerant, favouring (and skilled in) negotiation, mediation, collaborative practice and restorative justice. Resumés are being re-written.

These *New Lawyers* are in the market for jobs in the world's companies and governments. They are the ones that will increasingly be running day-to-day dispute portfolios, instructing counsel *their way* and in so doing changing the practice of law. A different type of client is now emerging, with new priorities, needs and expectations[10].

Government austerity programs are trimming the cost of civil justice to the public purse, causing sharply increased judicial interest in the resolution of disputes before trial. Almost mandatory mediation is just around the corner.

All this will fuel a rise in collaborative law, where counsel are instructed to resolve a case outside the courtroom but are expressly excluded from representing the client in court should negotiations fail. Mediation will be well-understood by the *New Lawyers*, who will typically have been well-trained in those areas at Law School, independently or in-house. They will be more selective about the skills and attitudes they value in outside counsel. They will expect less legal analysis and more energetic outcome orientation. They will have tools at their fingertips to determine what resolution process to pursue, such as administered or non-administered mediation, and will be adept at selecting the right mediator – having been trained in that skill. This new breed is too impatient to waste time asking for information; if what they need to know about a given mediator does not jump out of their screens in a convincing and credible way, they will simply look to another mediator who provides that information openly. Institutions that restrict information access to certain visitors, such as members who must login and provide password details, or those that use outdated web tools, and mediators who do not offer credible and easily digestible and feedback, will be marginalized by many users.

There will also be a rise in innovations – engagement of mediators in dealmaking, hybrids, inter-cultural intermediaries, counsel whose client is the deal, not a party to it. The opportunities for mediation are immense.

The way to predict the future is to invent it

For the future to *leak* out requires a *cut* into some of today's realities: an appreciation of the main drivers[11], an assumption that stakeholders on the service side (mediators, providers and trainers) will act in a way that serves their short and medium term interests in light of a changing market, and that those on the demand side (users, adjudicators, educators and governments) will express their needs clearly. We can also assume that there will continue to be a steady rise in the incidence of disputes, an ongoing user desire to rank outcomes above process, and an ever more educated and informed user base.

Another reality is that mediation is a highly fragmented field. Service providers are in strong competition. This inhibits proper dialogue about the future and the ability of the main players to agree concrete goals for the field. Mediation, like any other endeavour, has its sceptics - those prematurely disappointed in the future and unable or unwilling to change - as well as

reSolution

Providing Effective Business to Business and Workplace Mediation Solutions

Jim Musgrave, QC, Certified Mediator
Halifax | 902.491.4118
jmusgrave@coxandpalmer.com

COX & PALMER

The difference is a great relationship.
coxandpalmerlaw.com

visionaries and leaders who have already beaten a path through uncharted territory, appreciated that the future belongs to those who prepare now, and are willing to pursue bigger targets in the absence of an overall professional mission.

This balkanized field is pulled in different directions, unsure whether it is a branch of law or psychology, an art or science, ADR or negotiation, and whether it needs a philosophy, a theory, values, characteristics, practices or all or some of these things. To continue the debate but stop the dithering, mediation needs strong, well-funded, non-hierarchical non-service-providing professional bodies, founded on the principles of *Servant Leadership*[12] as explained by the organizational guru Robert K. Greenleaf - in this case establishing and transparently implementing high training and practice standards, objectively explaining and promoting mediation to users, convening all stakeholders, making information freely available, encouraging thought leadership and best practices, developing and disseminating tools, and convincingly inspiring mediation's growth.

Conspicuously, such bodies will be run not by practicing mediators, providers or trainers, but by full-time managers, drawing on support and contributions from both the demand and supply sides. Governments have an interest as a user and a vital role in providing credible seed funding so that the new profession is not perceived as purely self-serving.

Once established, these professional institutions will be empowered to establish high standards, disallow mediocrity and ensure transparency. They will apply, as Professor Sander has already predicted, strict standards for trainers. Independent assessment will become a key part of those standards. While many mediators will be lawyers by background, increasingly other professionals will enter and enrich the field.

By 2020, such bodies will have been established in most countries on a national level, and will link to an international body that will help the profession to globalise.

While mediation's stakeholders address quality, transparency and professional status, numerous other changes will occur.

As the impact of communications technology grows, small claims will typically be commoditised using ODR[13]. Mediators and providers handling larger disputes and those involving emotional issues will find telepresence, online caucus rooms and other IT tools to make mediations more effective, attractive and affordable, reducing travel time and speeding up negotiations.

As users become better informed about how and why mediation works, demand for less conventional, more tailored processes will increase; hybrids of facilitative and evaluative elements, including early case assessment and non-binding opinions, will grow. Many trainers still teach a purely facilitative model of mediation, but mediators also need to learn how, when and whether to deploy evaluative and transformative techniques as needed. Gradually, training will adapt to include these needs.

More mediation panels will be process and/or subject-matter oriented, requiring mediators to demonstrate, in addition to their mediation competencies, knowledge of technical fields, conflict diagnostics, process design and inter-cultural communications. Mediation will no longer be viewed as an *alternative* form of dispute resolution and will elevate to become the primary form. In the commercial arena, good conflict management will be considered part of Good Corporate Governance and companies will design their own systems for evaluating, managing and resolving disputes[14]. A more informed and circumspect user will emerge.

Service-side stakeholders will:

- collaborate more on issues like training, independent assessment and feedback
- agree on, and apply, minimum high-level quality standards
- encourage transparency into mediator competency and prior user experience
- share technology platforms for ensuring security and confidentiality
- devise schemes to enable new mediators to gain experience and develop professionally
- insist on rigorous ethical codes and independent reviews with sanctions, and
- pool resources to promote mediation as a credible profession.

Codes of Ethics will be re-drafted to share common principles throughout the field. They will also be less legalistic and general. Ethics codes that are not subject to independent review will be seen as meaningless; compliance panels will be associated with professional institutions, not provider, peer or voluntary practice groups. Users will expect every practicing mediator to carry professional indemnity insurance and to specify both the underwriter and extent of cover on their profile.

Users will also want hard evidence of a mediator's skills to enable them to make informed decisions. Cherry-picked quotations from (usually) unidentified users will lack credibility. Users will expect an independently-prepared summary of prior user feedback not only for reassurance about competency but to indicate suitability in terms of style and personality. Mediators posting video clips of themselves explaining their resumés direct to camera or in interview mode will secure more mediation assignments, as users become increasingly meticulous and personal in their choice of mediator.

As OBE becomes more prevalent, those moving into careers in professional firms, companies and governments will exhibit a different attitude to their predecessors, seeking specialist training in solution-providing programs. Mediation trainers will address this market by segmenting their courses; one-size-fits-all training programs will fade away. Those aspiring to become professional mediators will need more in-depth training resulting in qualification and certification, plus professional development follow-up. Professional firms as well as government and corporate users will demand courses on representing clients in mediations; adjudicators and others will seek courses on the art of referring parties to mediation; practicing mediators will want courses on inter-cultural mediation and other in-depth practice areas. Major

users will increasingly invite trainers to provide tailor-made courses in-house. Trainers will collaborate to set transparent high level delivery and assessment standards based on independent assessment, or suffer the consequence of governments introducing those standards through regulation.

Justice Departments and Ministries will seek out opportunities to reduce the cost to taxpayers of civil justice programs. Mediation will become increasingly "encouraged" by governments and judiciaries, often to the point of making mediation a *sine qua non* before, during and even after litigation. Initiatives such as the CEDR Commission on International Arbitration[15], will prompt users to exert pressure on arbitration institutions to build mediation into their processes. International dispute resolution forums such as the World Trade Organization (WTO) and the United Nations Conference on Trade & Development (UNCTAD) will also adopt mediation as a prime process.

These developments will revolutionise the practice of mediation and inspire users to better understand mediation and accept it more readily. Mediation will therefore grow and everyone - supply and demand - will benefit. Litigation will trade places with mediation to be the new definition of *Alternative Dispute Resolution*. None of these actions is difficult, costly or time-consuming. But they all require a shared vision of the future and the will to achieve it.

If we reach for it today, mediation quality standards will be universally high by 2020. Stakeholders such as governments and companies will fund research to surface new tools and statistics proving the value of mediation. User confidence will flow into mediation.

The main thing is to keep the main thing the main thing

Stephen Covey has sold 15 million copies of The 7 Habits of Highly Effective People[16] plus other books. Habit no. 3 is not to lose sight of the big picture. In Covey's words: *Broken focus is the number one reason people fail. It's not enough to start off on the right track; you must successfully avoid the unnecessary distractions and attractions of life that aim to sidetrack you… The main thing is to keep the main thing the main thing.*

The main thing here is to achieve professional status. That can only arise by design, not by accident. The service side - mediators, providers and trainers – needs to collaborate in that design. They must focus on expanding the total pie and not merely their own slice. Pie expansion benefits everyone, but demands strong collaboration and dialogue.

If seven things happen, pie expansion will happen:

1. Mediators, providers and trainers, with the help of government, create a professional body. The leader is not an active mediator, trainer or provider. The supervising Board or Council includes representatives of all the stakeholder groups. Everyone participates pro bono in professional development and best practice sharing.
2. A realistic five-year funding plan is put in place. Government provides seed funding. Overheads are kept low and bureaucracy avoided. The Internet is leveraged.
3. The professional body does not earn any income from the provision of services. It is entirely non-profit and registered as a charitable institution if possible.
4. Rather than re-invention of the wheel, there should be cultural adaptation. Lessons are drawn from and shared with professional bodies in other fields. All national professional bodies are linked up globally. Transparency and quality characterise this and all other national professional bodies for mediators. There is a strong mission to encourage and develop young mediators.
5. High-level training and independent assessment standards are set and applied. High competency is accredited/certified. User feedback summaries are required.
6. The professional body is open to all who meet the quality criteria set, irrespective of background and other professional qualifications. The Wilensky test is applied.
7. There is a strong code of ethics and an independent review body to apply it.

Well before 2020, mediation can be established as the first truly global profession. Let us all work together to keep the main thing the main thing.

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.
Advertise in the Canadian Arbitration and Mediation Journal
Ask for a rate card: janet@adrcanada.ca

[1] Michael Leathes, is a director of the International Mediation Institute (IMI) and a former in-house counsel with a number of international companies. The views offered here are the author's alone but he invites comments from all stakeholders in the mediation field to encourage debate on the progression of mediation towards an international profession. Michael can be reached via "Contact Us" at the IMI portal – www.IMImediation.org.

[2] http://www.carnegiefoundation.org/publications/educating-lawyers-preparation-profession-law and http://law.sc.edu/faculty/stuckey/best_practices/best_practices-cover.pdf

[3] See: Venturing Beyond The Classroom, edited by Chris Honeyman, Jim Coben and Giuseppe De Palo, 2010

[4] Confronting Conflict – A first-aid kit for handling conflict by Friedrich Glasl & Petra Kopp, 1999

[5] See: The End of Lawyers? – Re-thinking the nature of legal services by Richard Susskind, OUP 2009

[6] Lord Woolf of Barnes was Lord Chief Justice of England & Wales from 2000-20005. The Woolf Report 1996 was the catalyst for the development of mediation in England & Wales. He is a Judge (non-permanent) of the Court of Final Appeal of Hong Kong, President of the Civil and Commercial Court of the Qatar Financial Centre, and recipient of the International Academy of Mediators' Lifetime Achievement Award 2009.

[7] http://www.mediate.com/articles/sanderdvd06.cfm

[8] http://www.acrnet.org/News.aspx?id=842

[9] The New Lawyer – How Settlement is Transforming the Practice of Law by Julie Macfarlane, UBC Press 2010

[10] See: International Arbitration and Mediation – A Practical Guide by Michael McIlwrath and John Savage, 2010

[11] As discussed above: Outcomes Based Education; Training and Learning; Technology; Quality Standards; Transparency; Collaboration and a Free-Standing Profession.

[12] See: http://www.greenleaf.org/

[13] See, for example: http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/10/31/anti-arbitration-coming-soon-to-a-commercial-dispute-near-you-inexpensive-on-line-mediation-and-arbitration/

[14] Designing Conflict Management Systems – Creating productive & healthy organizations by Cathy Costantino, 1995 and Handbook of Human Conflict Technology – creating win-win success without conflicts by Tina Monberg, 2008 and Building ADR into the Corporate Law Department: ADR Systems Design by CPR Institute www.cpradr.org. Also see the AAA Dispute-Wise Business Management Study http://www.adr.org/sp.asp?id=29431

[15] See: http://www.cedr.com/about_us/arbitration_commission

[16] Stephen R. Covey's The 7 Habits of Highly Effective People (1989), The 8th Habit – from effectiveness to greatness (2006) and The Speed of Trust – the one thing that changes everything (2006) are all published by Simon & Schuster.

Vision 2020 : Où en sera la médiation dans 10 ans ?

Michael Leathes[1]

Yogi Berra s'est rendu célèbre non seulement en remportant la Série mondiale de 1968 en tant qu'entraîneur des Mets de New York, mais également avec ses citations farfelues telles que « La moitié des mensonges qu'on raconte à mon sujet sont faux » et « Assistez toujours aux funérailles des autres si vous voulez qu'ils viennent aux vôtres ». L'observation « Le futur n'est plus ce qu'il était autrefois » s'avérait toutefois plus profonde. Le changement se produit plus rapidement de nos jours. Les quasi-certitudes du passé ressemblent davantage à des théories peu convaincantes. On a réinventé les façons dont on dirige, éduque, négocie, ose, innove et réussit. Le futur arrive plus rapidement; le fait d'établir une prévision sur 10 ans constitue maintenant un plus grand défi.

Il est pourtant essentiel au progrès social et économique de pouvoir compter sur des prévisions justes. Les grandes entreprises continuent de prévoir des décennies à l'avance, en adaptant leurs hypothèses au fil du temps, afin de peaufiner leurs scénarios. Par exemple, le Conseil mondial des affaires pour le développement durable, une association de 200 sociétés internationales, se concentre sur ce à quoi le monde ressemblera en 2050. Il invite les dirigeants de tout secteur au niveau mondial à collaborer afin de permettre à la société d'être durable d'ici 40 ans.

Alors, qu'en est-il du domaine de la médiation – ou devrais-je dire, de l'activité ? Est-ce que ses parties prenantes font quoique ce soit de semblable ? Si on met de côté le rôle évident que la prévention efficace des différends peut jouer dans la réalisation d'une société et d'une économie durables, la question qui s'impose est de savoir si les principaux acteurs de la médiation sont en train de prendre des mesures pour mener, accroître et entretenir le domaine lui-même. Où la médiation pourrait-elle bien être dans 10 ans ? Est-ce que les parties prenantes peuvent réellement exercer une grande influence positive sur la progression future de leur domaine ?

« Lorsque vous coupez dans le présent, des fuites s'échappent dans l'avenir » a fait remarquer le romancier William S. Burroughs. Après avoir exposé et examiné l'état actuel de la médiation, les signes de l'avenir se pointeront si nous les cherchons, afin qu'on puisse en faire l'analyse et l'application pour le bénéfice de tous. Nous devons partager, apprécier et influencer ces signes adroitement et de façon collaborative. Sinon, à nos risques et périls, nous ignorons le conseil bien éclairé de Mahatma Gandhi : *« VOUS devez être le changement que vous désirez voir en ce monde »*.

Personne ne connaît l'avenir, mais nous essayons tous de le prédire. Loin d'être un devin, ma façon tout humble d'essayer de prévoir la médiation est plutôt prosaïque : considérer l'histoire, évaluer le statu quo, et ensuite se concentrer sur deux questions clés : la façon dont on apprend et exerce la médiation, et dont on la présente à son marché; et l'évolution des besoins de l'utilisateur. Ensuite, avec votre œil critique mais constructif, *coupez* dans chacune de ces questions, regardez ce qui *s'échappe*, et combinez les résultats pour essayer de tracer un avenir probable ou réalisable. Cet exercice peut nous permettre d'évaluer si, et le cas échéant comment, nous pouvons tous exercer une influence significative et positive sur le développement de la médiation.

Le passé – l'histoire en quelques mots

Dans le Lun Yü, ou les Entretiens, il est inscrit que Zigong demandât : « Maître, y a-t-il un mot que l'on puisse prendre pour fondement toute une vie durant ? » Ce à quoi Confucius répondit : « Ne serait-ce pas la réciprocité ? » Les racines de la médiation se situent au cœur du confucianisme, dont les civilisations subséquentes, comme l'Empire romain, ont également appliqué à grande échelle.

En termes de processus, la médiation moderne s'est cristallisée lorsque le juge en chef des États-Unis, Warren Burger, a invité le professeur Frank E. S. Sander de la Faculté de droit de Harvard à présenter un exposé à la Conférence Roscoe Pound de 1976 à St-Paul au Minnesota. C'est dans cette rencontre historique que juristes intellectuels et pratiquants ont discuté des façons d'aborder l'insatisfaction envers le système juridique américain, la réforme de l'administration, et la prestation de la justice. L'exposé du professeur Sander « Perspectives de la justice à l'avenir » a encouragé une adoption générale des formes non juridiques de résolution de différends, dont non la moindre qu'est la médiation.

Les corps législatifs des états américains ont ensuite concentré leur attention sur la médiation, et les facultés de droit et d'administration des affaires ont entrepris la recherche. En 1979, on a fondé CPR Institute, soutenu par des entreprises et des cabinets de services professionnels, qui a commencé à développer l'idée de la médiation. En 1981, les professeurs de la faculté de droit de Harvard, Roger Fisher et William Ury, ont publié « Getting To Yes ». En 1983, la Faculté de droit de Harvard, MIT et l'Université Tufts ont fondé le « Programme sur la négociation », et le Service indépendant de médiation d'Afrique du Sud fut créé. Trois ans plus tard, ce fut au tour de « Strauss Institute for Dispute Resolution » de l'Université Pepperdine de voir le jour. Le « nouveau » domaine attirait des éducateurs qualifiés, inspirés et innovateurs, qui ont commencé à définir les compétences requises ainsi que les processus. À la fin des années 80, ces premières techniques ont engendré des initiatives de formation, d'éducation et de services aux États-Unis, et l'établissement de groupes d'intérêt professionnel comme l'Association pour la résolution de conflits ainsi que la Section de règlement des différends de l'ABA. La médiation a pris naissance ailleurs avec la mise en place en 1988 de la LEADR en Australie et de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada, puis de l'ADR Group et du CEDR au Royaume-Uni en 1990. D'autres ont suivi à Singa-

pour, à Hong Kong, en Europe continentale et en Amérique latine.

Les premières phases du développement de la médiation furent très rapides, mais depuis le début du nouveau millénaire, la courbe de croissance a ralenti. Les gouvernements ont essayé de stimuler l'intérêt au moyen de l'Uniform Mediation Act adoptée en 2001, la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale en 2002 et la Directive européenne sur la médiation en 2008, tout en tentant de faire la lumière sur les questions qui auraient pu freiner le progrès de la médiation.

Cependant, l'offre des personnes se présentant comme médiateurs a dépassé la demande. Quand la médiation est arrivée à maturité, des limites sont apparues. La médiation a été présentée à outrance comme une solution à la défaillance des litiges en droit commun. Le domaine fut largement occupé par les avocats qui, sans s'en rendre compte, l'ont nommé « méthode alternative de règlement des différends » en incluant l'arbitrage sous cette appellation. Dans plusieurs pays de droit civil, on percevait la médiation comme un anglo-américanisme. Les non-initiés - les utilisateurs - n'ont pas saisi son potentiel au-delà des salles d'audience. Certains experts offrent à la fois l'arbitrage et la médiation, ce qui provoque une certaine confusion. Et finalement, l'application de la médiation en tant que nouvelle branche de la négociation, ou comme moyen de prévenir et d'éviter les conflits - nous pouvons tous nous y perdre un peu. Néanmoins, au tournant du siècle, la médiation arrivât et, de main de maître, s'apprêtât à se développer.

Dix ans après le début du Millénaire, la médiation est-elle devenue une profession indépendante ?

En 1964, dans « The Professionalization of Everyone? », Harold Wilensky, professeur émérite de sciences politiques à l'Université de la Californie à Berkeley, suggérait cinq étapes à la professionnalisation d'une activité : 1) un nombre important de personnes sont occupées à temps plein à une activité qui a un marché; 2) la mise en place de structures de formation; 3) la création d'une association professionnelle; 4) l'association s'emploie à protéger ses praticiens; et 5) on adopte un code de déontologie. Le professeur Wilensky poursuit : *toute activité qui souhaite exercer une autorité doit trouver une base technique pour ce faire, faire valoir une compétence exclusive, lier à la fois l'aptitude et la compétence aux normes de formation et convaincre le public que ses services sont particulièrement fiables et liés à un ensemble de normes professionnelles.*

L'activité de médiation est décrite comme une profession *en émergence*. Elle répond à quelques critères fondamentaux à certains endroits, à aucun critère à d'autres, mais à quelques endroits seulement elle répond à tous les critères. Plus spécifiquement, la médiation est une profession *par procuration*; ses praticiens ont d'ailleurs tendance à s'appuyer fortement sur leur statut lorsqu'ils affirment leur professionnalisme en tant que médiateurs.

L'épreuve décisive à savoir si une activité s'est développée en véritable profession, c'est lorsque son marché la *perçoit* comme une profession. Ute Joas-Quinn est avocate-conseil associée pour la direction mondiale de Shell International. Elle est une ardente défenderesse de l'utilisation de la médiation, mais elle désire la voir évoluer convenablement. Elle a récemment résumé son évaluation du statu quo :

Parmi les praticiens de la médiation, peu ont commencé leur carrière dans ce rôle. La plupart sont passé à la médiation après une autre profession, et ça reste encore une « activité » pour la plupart des médiateurs de nos jours. Actuellement les utilisateurs ne reconnaissent pas la « compétence exclusive » de la médiation, c.-à-d. qu'il n'existe pas de normes cohérentes élevées de formation, aucune organisation professionnelle ne la règlemente, il y a peu de qualifications, et pas de normes professionnelles universellement acceptées. Par conséquent, la qualité des médiateurs en général est très variable, il existe peu de processus systématiques pour évaluer ou mesurer la qualité et les compétences d'un médiateur, et aucunes normes élevées ne sont visibles, ni crédibles. À cause d'une insuffisance de promotion, on comprend mal ce qu'est la médiation et/ou les avantages qu'elle peut apporter pour faciliter la résolution hâtive des conflits. Une mauvaise compréhension a entraîné une acceptation limitée du concept, surtout dans le monde des affaires, mais souvent aussi par la profession juridique. Ceux qui sont familiers avec la médiation peuvent souvent s'apercevoir que trouver le bon médiateur est un problème – le bouche à oreille est imprévisible et subjectif.

Ces remarques furent données au profit d'une évaluation internationale de la médiation de nos jours. Toute généralisation a ses exceptions. Certains fournisseurs et formateurs établissent des normes très élevées et obtiennent des résultats exceptionnels. L'Australie, l'Autriche, les Pays-Bas et l'Afrique du Sud ont fait plus de progrès que la plupart, mais c'est l'absence de cohérence dans la qualité et la transparence en général qui prive actuellement la médiation de son véritable statut professionnel.

De son statut d'activité, la médiation doit se développer en une véritable profession, sinon n'importe qui peut prétendre être un médiateur. Cette transition est facilement réalisable à l'intérieur de 10 ans, et dans les pages qui suivent, je vous livre mes réflexions sur les éléments permettant d'y arriver.

L'apprentissage – Acquérir les connaissances de la médiation

L'enseignement basé sur les résultats (EBR) a gagné du terrain partout dans le monde dans la plupart des domaines d'apprentissage. Il s'agit d'évaluer les étudiants non seulement sur leurs connaissances techniques comme à partir des manuels scolaires, mais également sur leur capacité à atteindre des résultats. La formation juridique est restée derrière la comptabilité et d'autres professions à ce niveau. Deux rapports[2] de 2007, soit celui de la Fondation Carnegie pour l'avancement de l'enseignement et celui d'une équipe encadrée par le professeur Roy Stuckey, influencent l'élan vers l'enseignement basé sur les résultats dans la formation juridique aux États-Unis. Ils font pression sur les facultés de droit aux États-Unis afin que ceux-ci élargissent la gamme de cours qu'ils of-

frent; qu'ils intègrent l'enseignement de connaissance, d'habiletés et de valeurs, plutôt que de les traiter comme des sujets à part, abordés dans des cours séparés; et qu'ils portent une plus grande attention à l'enseignement du professionnalisme.

Le programme sur la négociation était novateur, inspirant et unique lorsqu'il a été introduit en 1983. Depuis ce temps, d'autres centres d'apprentissage, particulièrement les écoles de gestion et les facultés de droit, se sont appuyés sur l'abondance de connaissances, d'enseignement et d'habiletés générés dans le domaine de la négociation. D'autres écoles ou facultés les intègrent maintenant dans leurs troncs communs. Au cours des prochaines années, la demande pour ces compétences s'accroîtra considérablement, car les entreprises et les cabinets de services professionnels cherchent à minimiser les coûts de développement professionnel, et les diplômés cherchent à maximiser leur employabilité. D'ici 2020, les établissements d'enseignement, y compris les écoles de gestion et les facultés de droit, intégreront systématiquement les compétences de médiation et de négociation dans leurs programmes obligatoires, sous l'influence de l'EBR. L'apprentissage par l'aventure[3] – acquérir ces compétences en les pratiquant dans la réalité – deviendra une pratique courante, et on fera appel aux médiateurs afin d'offrir des occasions de stage aux étudiants grâce à l'assistanat. Plusieurs facultés enseigneront les habiletés de prévention et règlement des différends dans le cadre de leurs programmes réguliers.

Pendant longtemps les entreprises se sont concentré sur les résultats, mais pas plus que maintenant alors que la rigidité et les convictions influencent les valeurs communes. GE, Nestlé, AkzoNobel et plusieurs autres entreprises internationales ont donné l'exemple en démontrant comment la médiation et les autres cours de négociation raisonnée pour le personnel inculquent une orientation vers les résultats, conduisent à des résultats plus tôt et réduisent les risques. Le litige sera de plus en plus considéré comme un projet, devant être géré de façon systématique et proactive, et mené à terme, comme tout autre projet.

Pour ceux et celles qui n'aspirent pas nécessairement à l'exercice de la médiation, les établissements d'enseignement offriront des cours plus ciblés répondant à différents besoins – comme l'application et la valeur de la médiation, la représentation de clients lors d'une médiation, les techniques de prévention des différends, la diplomatie, la médiation interculturelle et la négociation, l'accord de médiation et le déploiement de son résultat, le droit collaboratif, l'exécution après l'entente et l'établissement des relations.

La prochaine génération est principalement orientée sur l'atteinte de résultats, et non sur les processus interminables. C'est un revirement dans les attitudes et compétences qui précipiteront la demande de médiation au cours des dix prochaines années.

L'apprentissage – Acquérir les habiletés de médiation

Comme les dirigeants, les entrepreneurs, les artistes, les enseignants et les musiciens, les médiateurs sont nés ainsi, on ne les a pas fabriqués – quoique, bien sûr, pas tout à fait. Bien que la connaissance et les compétences techniques soient requises à la médiation, comme pour d'autres professions, la médiation est principalement fondée sur la pratique et la personnalité. Instinctivement, l'habileté de gagner la confiance des parties s'opposant, parfois de façon hostile, est une caractéristique d'un médiateur qui a du succès. Tout le monde ne l'a pas ou ne peut l'acquérir. Deux formateurs chevronnés, Jane Gunn et David Richbell du MATA, précisent la nécessité que les médiateurs soient « biphasiques », qu'ils gagnent la confiance par la capacité de se comporter de façons opposées selon la circonstance. Selon eux : *être à la fois fier et modeste, sensible et ferme, fort et doux, plein d'humour et sérieux, confiant et prudent, optimiste et pessimiste*… La capacité d'atteindre ce degré d'adaptabilité instinctive peut s'apprendre, mais elle est surtout enracinée dans la personnalité et l'aptitude.

Malgré cela, bon nombre de praticiens accèdent à la médiation, certains s'y prêtent naturellement, d'autres non. Les médiateurs ayant une longue carrière sont plutôt rares. La plupart sont des avocats – anciens plaideurs, juges et arbitres à la retraite, ou d'anciens politiciens et diplomates. Cette situation est probablement attribuable à l'histoire moderne de la médiation, que nous appelons MARC (mode alternatif de résolution de conflits) de façon inappropriée, et à ses origines où l'action est axée sur le service et non sur l'utilisateur. Malgré ce que certains avocats disent, la vérité est que la connaissance juridique a peu à voir avec l'habileté à faire de la médiation – *peu de litiges en sont vraiment.*

Externalisation des services de l'IAMC

L'IAMC fournit au gouvernement et à diverses organisations des services d'administration de cas. De l'affectation des arbitres et des médiateurs à la facturation finale, l'IAMC se charge de tout.

Pour des renseignements supplémentaires, veuillez communiquer avec
Mary Anne Harnick, directrice exécutive,
executivedirector@adrcanada.ca
au 416 487-4733 ou au 1 877 475-4353,
ou visitez notre site Web à l'adresse
www.adrcanada.ca/services/outsourcing

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

Rarement la cause profonde de la majorité des différends est à propos des subtilités juridiques, dans lesquelles ils finissent inévitablement par s'y engloutir. Le Dr Friedrich Glasl l'exprime avec élégance d'une autre façon : *Avons-nous un conflit ? Ou est-ce que le conflit nous a ?*[4]

Beaucoup de médiateurs qui exercent de nos jours n'ont jamais été formés de façon exhaustive, ils ont plutôt appris sur le tas. Bon nombre d'entre eux n'ont assisté qu'à une formation d'une durée d'une semaine. À la fin, on n'a évalué les compétences que de quelques-uns, et seulement un petit nombre d'entre eux ont poursuivi des cours pour acquérir des compétences avancées, ou ont choisi d'enseigner. Parmi les étudiants, se trouvent ceux qui aspirent à exercer la médiation, et les autres qui n'ont aucune intention de l'exercer mais qui cherchent à peaufiner leurs techniques de négociation fondée sur des principes. Ou encore qui souhaitent savoir comment la médiation fonctionne et pourquoi on l'utilise, ou pour représenter plus efficacement des clients en médiation. Très varié.

D'ici dix ans, les utilisateurs s'attendront à ce que les médiateurs entreprennent un programme de formation exhaustif et réussissent une évaluation auprès d'évaluateurs indépendants de la faculté offrant la formation. Les évaluateurs auront l'expérience d'évaluer des compétences et appliqueront des critères transparents. Les contrôles seront effectués au moyen de jeux de rôles, et d'examens oraux et écrits. Ils couvriront les aptitudes, les compétences, le savoir-faire et les connaissances approfondies de la théorie de la négociation, l'éthique, les combinaisons, les lois et l'évolution des enjeux dans le domaine. Tous les médiateurs praticiens qui passeront ces cours avec succès seront « certifiés » d'une façon ou d'une autre, et l'on s'attendra à ce qu'ils assistent à des cours de perfectionnement ainsi qu'à des sessions des meilleures pratiques et d'amélioration des compétences, comme un programme de développement continu structuré et axé sur le rendement.

Si les institutions de formation ne parviennent pas à établir des critères uniformes, transparents et convaincants pour leurs programmes, qui répondraient à des normes élevées, je m'attends à ce que les gouvernements les établissent pour eux.

La prestation – Modifier l'exercice de la médiation

À mesure que les utilisateurs se familiariseront avec la médiation, ils en demanderont davantage. Et cette demande nécessitera l'utilisation d'une combinaison de styles de médiation, et la courbe de croissance de la médiation évaluative (conciliation) pourrait augmenter en étnat influencée en partie par les avocats-médiateurs. Le droit collaboratif et la médiation transformationnelle seront largement acceptés; les médiateurs seront de plus en plus utilisés dans la prévention des conflits, comme pour l'établissement de cadres réglementaires.

Les médiateurs accepteront la responsabilité d'offrir des stages pour aider ceux qui débutent dans le domaine à acquérir l'expérience Ils verront aussi qu'ils ont beaucoup à apprendre des plus jeunes.

Les nouvelles technologies auront un impact tant sur la croissance de la médiation que sur la façon dont elle est exercée[5]. Plus de 20 millions de gens ouvrent Skype sur leur poste de travail à tout moment. Cette téléphonie permettant la vidéo, ainsi que les autres systèmes semblables, ont révolutionné les communications en offrant ce type de conférence vidéo gratuite à multiples emplacements; les consommateurs les utilisent tout autant que les entreprises et les gouvernements. Skype semble nous accompagner depuis des décennies, mais c'est seulement en août 2003 qu'il a vu le jour, et ça lui a pris quelques années à arriver à sa stabilité et à une meilleure qualité. Maintenant, ces systèmes sont devenus des technologies désuètes.

Puis la « télé-présence » arrive, une avancée technologique permettant aux participants d'augmenter leur perception d'être dans la même pièce que les autres. La « télé-présence » permet maintenant le 3D, qu'on peut voir sur les téléviseurs des consommateurs, reproduisant de plus près la dynamique d'une rencontre physique, même si les participants sont dans des fuseaux horaires différents. Bientôt, les rencontres holographiques permettront aux gens d'être virtuellement « téléportés » dans nos salles de rencontre, et nous dans les leurs. Comme si nous prenions place à la table de l'un et de l'autre, en créant un vrai sentiment de présence qui permet d'échanger le langage verbal, para-verbal et non verbal, facilité par la traduction simultanée et autres progrès du genre. Les outils nécessaires seront intégrés aux ordinateurs ou aux écrans des téléphones intelligents. D'ici 2020, ces plateformes de communication auront été en usage pendant un certain nombre d'années, et leur stabilité en sera améliorée. Les médiateurs les utiliseront fréquemment.

Les applications dépasseront les sites web comme sources d'information principales. Les téléphones intelligents, les ePads et les ordinateurs portables seront en mesure de télécharger des centaines d'applications pour la médiation, permettant aux utilisateurs d'accéder aux informations concernant les médiateurs, les fournisseurs et les sujets pertinents à travers le monde « d'un coup de doigt ».

Le règlement des différends en ligne prendra un nouveau sens, permettant aux médiations d'être moins dépendantes de la logistique et de la capacité des participants

« La norme idéale pour les disputes Canadiennes »

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

Fixation de la norme
Nos Règles d'arbitrage nationales et Règles nationales de médiation sont reconnu comme étant la norme idéale en matière de règlement des conflits à l'échelle national.

Pour recevoir des copies des règles pour la distribution aux étudiants ou aux autres appellez Mena à
416-487-4733 ou 1-877-475-4353
mena@adrcanada.ca www.adrcanada.ca

à se déplacer. Les médiateurs seront en mesure d'utiliser les environnements technologiques sécuritaires afin d'assurer la confidentialité, en offrant des salles pour les caucus qui assureront également la confidentialité. La nouvelle technologie permettra aux utilisateurs d'obtenir la même confiance en la sécurité que ceux des systèmes bancaires en ligne – elles sont en fait, plus sécuritaires que les salles de rencontres physiques actuelles, qui n'offrent aucune protection contre les appareils d'espionnage.

Les gouvernements ont déjà adopté des évaluations du rendement pour le secteur public. Bientôt, l'évaluation indépendante deviendra la norme pour tous les professionnels, partout dans le monde.

La promotion – La façon dont la médiation est présentée à son marché

La promotion est coûteuse, quoique nécessaire. La médiation demeure largement sous-évaluée. Peu de fournisseurs ont les ressources pour promouvoir le domaine, ils se concentrent davantage sur la promotion de leur propre offre de services et de leur marque de commerce. Il y a peu d'organismes nationaux ou internationaux dédiés au développement du domaine lui-même plutôt qu'à la croissance de leurs propres services. Par conséquent, la médiation n'est généralement pas acceptée comme une option crédible. Il faut que cette chute libre cesse, sinon la médiation restera confinée dans une activité qui se consume par elle-même.

Il est maintenant généralement reconnu que la médiation doit être perçue comme une profession indépendante, et répondre à des normes élevées. L'idée que la transparence soit la clef pour atteindre ces objectifs n'est pas encore partagée par tous. Les cinq sens d'Aristote s'appliquent autant ici qu'ailleurs – les utilisateurs ne comprendront et n'accepteront que ce qu'ils pourront voir, entendre, toucher, sentir et goûter. La médiation se passe en privé, mais les compétences professionnelles n'ont pas à être aussi invisibles, inaudibles, abstraites, inodores et fades.

Lord Woolf a dit[6] : *La médiation a parcouru un long chemin, mais il lui en reste encore beaucoup à parcourir. Le domaine doit maintenant évoluer rapidement en une véritable profession. Il faut fixer des normes élevées de bonne pratique et d'éthique, la rendre transparente et l'amener sur la scène internationale. Les utilisateurs – clients – de médiation doivent constater que ces normes fonctionnent efficacement. Il doit y avoir plus d'information de meilleure qualité au sujet des compétences, des capacités et de la personnalité des médiateurs. La qualité et la transparence permettront à la médiation de progresser.*

En août 2010, le professeur Sander a fait remarquer[7] que la médiation est devenue omniprésente, qu'il est difficile pour les parties non-spécialistes en la matière d'évaluer la qualité des médiateurs, et qu'il n'est pas suffisant de *laisser le marché décider.* Il en vient à la conclusion que nous devrions *nous diriger vers un genre de... système d'évaluation de la qualité et des compétences des médiateurs, surtout ce qui concerne la formation requise.* Quelques semaines plus tard, l'Association for Conflict Resolution (ACR) a publié un projet de modèle type pour les programmes de certification en médiation[8], et a sollicité les commentaires de ses 4 000 membres médiateurs, principalement aux États-Unis.

Je m'attends à ce que les fournisseurs de services de médiation partout dans le monde collaborent à l'élaboration de compétences professionnelles internationales de haut niveau à la fois simples, non bureaucratiques et volontaires, et les adoptent; ainsi que des normes de bonnes pratiques et d'éthique. Je crois que les médiateurs verront une grande valeur à recevoir une rétroaction de la part de leurs utilisateurs et pairs au sujet de leurs compétences, et à les faire condenser dans une synthèse objective par une personne ou institution indépendante pour l'inclure à leur profil comme source crédible. Je m'attends à ce que les utilisateurs se fient moins aux rumeurs et aux ouï-dire au moment de choisir des médiateurs, et se réfèrent davantage aux résumés des commentaires des utilisateurs. Cette façon de faire s'applique bien au-delà de la médiation pour y inclure presque tous les services professionnels.

Du côté de la demande – Les besoins des utilisateurs évoluent

Alors que les courtiers immobiliers récitent le dogme *Emplacement, Emplacement, Emplacement*, le mantra des entreprises, des organismes gouvernementaux et autres devant rendre compte à des parties prenantes est *Résultats, Résultats, Résultats.* J'ai déjà mentionné la transition de l'enseignement basé sur les indicateurs vers celui basé sur les résultats par un nombre croissant d'écoles, d'universités et d'institutions professionnelles. Mais en bout de ligne, c'est la demande qui entraîne de tels changements.

La profession juridique, gardienne de la plupart des conflits, évolue en conséquence. La professeure Julie Macfarlane de l'Université de Windsor en Ontario décrit très bien comment *Le nouvel avocat*[9] arrive en scène : pragmatique, impatient, créatif, audacieux, axé sur les solutions et sur les résultats. Ne s'attardant pas aux processus, il est en faveur de la négociation (et est compétent en la matière), de la médiation, des pratiques collaboratives et de la justice réparatrice. On retouche son curriculum vitae.

Ces *nouveaux avocats* sont sur le marché des emplois dans les entreprises et gouvernements du monde entier. De plus en plus, ce sont eux qui exécuteront les dossiers de différends au jour le jour. Ils formeront les avocats *à leur façon* et ce faisant, modifieront l'exercice du droit. Un autre type de client est en train d'émerger, avec ses nouvelles priorités, ses nouveaux besoins et ses nouvelles attentes[10].

Dans ses plans d'austérité, le gouvernement coupe dans les coûts de la justice civile dans les finances publiques, ce qui provoque un intérêt judiciaire fortement accru envers la résolution des différends avant procès. Nous sommes tout près de la médiation obligatoire.

Cet état de fait produira une hausse du droit collaboratif, une situation où les avocats sont chargés de résoudre un cas à l'extérieur de la salle d'audience. Cependant, ils

ne peuvent aucunement représenter le client devant le tribunal si les négociations échouent. Les *nouveaux avocats* comprendront bien la médiation, car en général ils auront été bien formés dans ces domaines à la faculté de Droit, par eux-mêmes ou via une entreprise. Ils seront plus exigeants envers les avocats externes concernant les compétences et attitudes auxquelles ils attacheront de la valeur. Ils s'attendront à une analyse moins juridique et fortement axée sur les résultats. Ils auront des outils à leur disposition pour déterminer quel processus de résolution ils mettront en œuvre, comme la médiation réglementée ou non. Ils sauront comment sélectionner le bon médiateur – puisqu'ils auront été formés à cette compétence. Cette nouvelle génération est trop impatiente pour s'attarder à demander des renseignements. Si les informations requises concernant un certain médiateur ne leur apparaît pas à l'écran d'une façon convaincante et crédible, ils vont tout simplement se tourner vers un autre médiateur qui donne ces renseignements ouvertement. Les institutions qui limitent l'accès des informations à certains types de visiteurs, comme les membres qui doivent se connecter au moyen d'un mot de passe, ou celles qui utilisent des outils Web désuets, ainsi que les médiateurs qui n'offrent pas de commentaires fiables et faciles à assimiler, seront ignorés par plusieurs utilisateurs.

Il y aura également une augmentation des innovations – l'engagement des médiateurs à conclure une affaire, des combinaisons de styles, des intermédiaires interculturels, des avocats dont le client est l'enjeu, et non une des parties en jeu. Les occasions pour la médiation sont nombreuses.

La façon de prédire l'avenir est de l'inventer

Pour qu'une *ouverture* émerge dans l'avenir, il faudra *tailler* certaines des réalités d'aujourd'hui. Il s'agit notamment de l'évaluation des principaux vecteurs[11], et de l'hypothèse que les parties prenantes situées du côté de l'offre de services (médiateurs, fournisseurs et formateurs) agiront d'une façon à servir leurs propres intérêts à court et moyen terme, à la lumière de l'évolution du marché, et que celles se trouvant du côté de la demande de services (utilisateurs, arbitres, éducateurs et gouvernements) exprimeront clairement leurs besoins. Nous pouvons également supposer qu'il y aura une augmentation constante des incidences de conflits, un désir de la part de l'utilisateur habituel de classer les résultats au-dessus du processus, et une base d'utilisateurs de plus en plus éduqués et informés.

Une autre réalité : la médiation est un domaine très fragmenté. Les fournisseurs de services sont en forte concurrence. Cette situation empêche un véritable dialogue entre les principaux acteurs concernant leur avenir et leur habileté à s'entendre sur des objectifs concrets pour le domaine. Comme toute autre activité, la médiation a ses sceptiques : d'un côté, ceux qui sont déçus de l'avenir avant même d'y être et qui ne peuvent ou ne veulent pas changer, et de l'autre côté, les visionnaires et leaders qui ont ouvert le chemin dans ce territoire inexploré, estimant que l'avenir appartient à ceux qui s'y préparent maintenant. Faute d'une mission professionnelle globale, ces derniers sont prêts à poursuivre des objectifs encore plus grands

Ce domaine divisé tend vers des directions différentes, sans que nous soyons assurés s'il s'agit d'une branche du droit ou de la psychologie, d'un art ou d'une science, d'un mode de PRD ou de la négociation. Il subsiste également un doute sur son besoin ou non d'une philosophie, d'une théorie, de valeurs, de caractéristiques, de pratiques sinon tous ou quelques uns de ces éléments. Pour poursuivre le débat, mais en cessant de tergiverser sur son statut, la médiation a besoin d'un bon financement, et d'organismes professionnels solides, non hiérarchiques et qui ne fournissent pas de services. Ces organismes sont fondés sur les principes de *Servant Leadership*[12] *(leadership de service)* comme l'explique Robert K. Greenleaf, le gourou des organisations. Ces principes sont l'établissement et la mise en œuvre, de manière transparente, d'une formation et de normes élevées de pratique, ainsi que l'information objective et la promotion de la médiation auprès des utilisateurs. Il s'agit également de convoquer toutes les parties prenantes, de rendre l'information accessible, d'encourager le leadership éclairé et les meilleures pratiques, d'élaborer et de diffuser des outils, et d'influencer la croissance de la médiation.

Évidemment, de telles organisations seraient dirigées non pas par des médiateurs, fournisseurs ou formateurs en exercice, mais par des gestionnaires à temps complet. Ceux-ci s'appuieraient sur le soutien et la contribution à la fois de l'offre et de la demande. Les gouvernements y auraient un intérêt en tant qu'utilisateurs et un rôle crucial au financement initial, démontrant de façon convaincante que la nouvelle profession n'est pas perçue comme centrée sur elle-même.

Une fois établies, ces institutions professionnelles seraient habilitées à établir des normes élevées, à interdire la médiocrité, et à assurer la transparence. Comme le Professeur Sander l'a déjà prédit, elles appliqueront des normes strictes pour les formateurs. Les évaluations indépendantes deviendront les éléments clés de ces normes. Alors que plusieurs médiateurs seront d'abord des avocats, de plus en plus

The Gold Standard for Canadian Disputes

La norme de référence en matière de différends au Canada

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

Setting the Standard
Our National Arbitration Rules and National Mediation Rules are widely accepted as the gold standard for domestic disputes.
To receive copies of the rules for distribution call Mena at:
416-487-4733 or 1-877-475-4353 mena@adrcanada.ca

Fixation de la norme
Nos Règles d'arbitrage nationales et Règles nationales de médiation sont reconnu comme étant la norme idéale en matière de règlement des conflits à l'échelle national.
Pour recevoir des copies de ces règles aux fins de distribution, appellez Mena au :
416-487-4733 ou 1-877-475-4353 mena@adrcanada.ca

d'autres types de professionnels joindront le domaine et l'enrichiront.

En 2010, de tels organismes auront été établis dans la plupart des pays au niveau national, et seront liés à un organisme international qui amènera la profession à se mondialiser.

Bien que les parties intéressées par la médiation parlent qualité, transparence et statut professionnel, de nombreux autres changements se produiront.

Puisque l'impact des technologies des communications s'accroît, il deviendra plus pratique de traiter les petits litiges au moyen de l'ODR[13] (Online Dispute Resolution). Les médiateurs et fournisseurs traitant de différends plus importants ou qui impliquent des questions émotives trouveront que les médiations par télé-présence, salles de caucus en ligne et autres outils TI sont plus efficaces, intéressantes et abordables, puisque cela réduit les déplacements et accélère les négociations.

Alors que les utilisateurs seront plus au fait du fonctionnement de la médiation et de son utilité, la demande pour des processus moins conventionnels et mieux adaptés augmentera. La combinaison de facteurs de facilitation et d'évaluation, y compris une appréciation hâtive du cas et des opinions qui n'engagent à rien. Beaucoup de formateurs enseignent encore un modèle de médiation purement facilitante. Cependant, les médiateurs ont également besoin d'apprendre la façon, le moment et la nécessité d'avoir recours à l'évaluative et à la transformative lorsque la situation s'y prête. Peu à peu, la formation s'adaptera et inclura ces techniques.

Davantage de tables rondes sur la médiation s'orienteront autant sur le processus que sur le sujet. En plus de leurs compétences de médiation, les médiateurs devront donc démontrer leur connaissance technique, les diagnostics du conflit, la conception du processus et les communications interculturelles. La médiation ne sera plus considérée comme une forme *alternative* de résolution de différends, mais s'établira comme la principale forme. Sur la scène commerciale, la bonne gestion des conflits sera considérée comme faisant partie de la bonne gouvernance organisationnelle. Ainsi, les entreprises concevront leurs propres systèmes pour évaluer, gérer et résoudre les différends[14]. Apparaîtra alors un utilisateur mieux informé et plus avisé.

Les parties prenantes du côté de l'offre de service :

- collaboreront davantage sur des questions comme la formation, l'évaluation indépendante et la rétroaction
- s'accorderont sur un minimum de normes élevées de qualité, et les appliqueront
- encourageront la transparence dans les compétences du médiateur et dans le partage de l'expérience des utilisateurs
- partageront les plateformes technologiques pour s'assurer de la sécurité et de la confidentialité
- concevront des programmes permettant à de nouveaux médiateurs d'acquérir de l'expérience et de se développer professionnellement
- exigeront des codes d'éthique rigoureux et des examens indépendants prévoyant des sanctions, et
- uniront leurs ressources pour promouvoir la médiation comme une profession crédible

On retouchera les codes d'éthique pour partager des principes communs dans le domaine. On les récrira d'une façon moins légaliste et plus spécifique. Les codes d'éthique qui ne sont pas soumis à l'examen indépendant seront considérés comme dénués de sens; les comités de conformité s'associeront avec des institutions professionnelles, et non pas avec les groupes de fournisseurs, de pairs ou de pratique bénévole. Les utilisateurs s'attendront à ce que chaque médiateur en exercice ait une assurance responsabilité professionnelle et qu'il identifie à la fois l'assureur et l'étendue de leur couverture.

Les utilisateurs voudront également des preuves tangibles que les compétences d'un médiateur lui permettront de l'amener à prendre des décisions éclairées. Les observations relevées ici et là venant (habituellement) d'utilisateurs non identifiés manqueront de crédibilité. Les utilisateurs s'attendront à un résumé – fait de façon indépendante – de la rétroaction d'un utilisateur, non seulement pour se rassurer sur la compétence, mais aussi pour la pertinence du style et de la personnalité. Les médiateurs qui affichent des vidéos d'eux-mêmes, parlant de leurs antécédents à la caméra ou sous forme d'entrevue obtiendront plus de mandats de médiation, puisque les utilisateurs deviennent de plus en plus méticuleux et particuliers dans leur choix de médiateur.

Comme l'EBR se généralise, ceux qui migrent vers des carrières dans les cabinets de services professionnels, les entreprises et les gouvernements devront démontrer une attitude différente de celle de leurs prédécesseurs, en recherchant une formation spécialisée dans les programmes offrant des solutions. Les formateurs en médiation aborderont ce marché en segmentant leurs cours; les programmes de formation passe-partout disparaîtront. Ceux qui aspirent à devenir des médiateurs professionnels auront besoin de formation plus approfondie débouchant sur une qualification et une certification, ainsi qu'un perfectionnement professionnel continu. Les utilisateurs, autant des cabinets de services professionnels que du gouvernement et des entreprises, exigeront des cours sur la représentation des clients en médiation. Les arbitres et autres professionnels du domaine rechercheront des cours sur l'art de référer les parties à la médiation, les médiateurs en exercice voudront des cours sur la médiation interculturelle et autres formations pointues reliées à leur domaine. La plupart des utilisateurs demanderont de plus en plus des formations sur mesure, données à l'interne. Les formateurs collaboreront à la mise en place de normes transparentes élevées pour la prestation du service et son évaluation, fondées sur une évaluation indépendante, ou subiront les conséquences de l'introduction de ces normes par des règles gouvernementales.

Les ministères de la justice chercheront des occasions de réduire le coût pour les contribuables des programmes de justice civile. La médiation deviendra de plus en plus « encouragée » par les gouvernements et les autorités judiciaires, souvent au point de faire de la médiation une condition *sine*

qua non avant, pendant et après le procès. Des dispositions telles que la « Commission on International Arbitration » du CEDR[15], inciteront les utilisateurs à mettre de la pression sur les institutions d'arbitrage afin qu'ils ajoutent la médiation dans leurs processus. Les forums internationaux de résolution de différends comme l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) et la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED) adopteront également la médiation comme premier processus.

Ces développements révolutionneront l'exercice de la médiation et inspireront les utilisateurs à mieux la comprendre et à l'accepter plus facilement. Par conséquent, la médiation prendra de l'ampleur et chacun en bénéficiera, autant du côté de l'offre que de la demande. Le procès cèdera sa place à la médiation et entrera dans la nouvelle définition de *méthode alternative de résolution de conflits*. Aucune de ces actions n'est difficile ou coûteuse, ou ne demande trop de temps. Par contre elles ont toutes besoin d'une vision partagée de l'avenir et de la volonté d'y arriver.

Si nous y arrivons aujourd'hui, les normes de qualité de la médiation seront élevées à l'échelle mondiale d'ici 2020. Les parties prenantes, comme les gouvernements et les entreprises, financeront les recherches pour faire émerger de nouveaux outils et des statistiques prouvant la valeur de la médiation. Elle aura gagné la confiance de l'utilisateur.

L'essentiel est de garder l'essentiel essentiel

Stephen Covey a vendu 15 millions d'exemplaires de « Les 7 habitudes de ceux qui réalisent tout ce qu'ils entreprennent » [16] en plus d'autres livres. L'habitude nº 3 est « donnez la priorité aux priorités ». Covey a dit : *Un objectif manqué est la raison première de l'échec; il ne suffit pas de commencer sur la bonne voie; vous devez réussir à éviter les distractions inutiles et les charmes de la vie qui visent à vous faire dévier… L'essentiel est de garder l'essentiel essentiel.*

L'essentiel ici est de parvenir à un statut professionnel. Ça ne viendra pas par accident, il faudra le concevoir. Les médiateurs, fournisseurs et formateurs se trouvant du côté de la demande devront contribuer à cette conception. Ils doivent se concentrer sur l'élargissement de la tarte au complet et non seulement de leur part. L'élargissement de la tarte bénéficie à tous, mais exige une étroite collaboration et un dialogue.

Si sept événements se produisaient, la tarte s'élargirait :

1. Les médiateurs, les fournisseurs et les formateurs, aidés du gouvernement, créent une organisation professionnelle. Sa direction n'est composée ni d'un médiateur actif, ni d'un formateur, ni d'un fournisseur. La supervision de la Chambre ou du Conseil comprend des représentants de tous les groupes de parties prenantes. Chacun participe bénévolement dans le développement professionnel et le partage des meilleures pratiques.
2. On procède à la mise en place d'un plan de financement réaliste sur cinq ans. Le gouvernement apporte le financement initial. On maintient les frais généraux à un bas niveau et on évite la bureaucratie. On met l'Internet à profit.
3. L'organisation professionnelle ne reçoit aucun revenu de la prestation de services. Elle est entièrement à but non lucratif et si possible, on l'enregistre en tant qu'association caritative.
4. Plutôt que de réinventer la roue, misons plutôt sur une adaptation culturelle. On peut tirer des leçons des organismes professionnels d'autres domaines, et partager avec eux. Tous les organismes professionnels sont inter reliés au niveau mondial. La transparence et la qualité caractérisent ces organismes ainsi que tous les autres organismes nationaux de médiateurs. Ils ont une importante mission d'encourager et de développer les jeunes médiateurs.
5. On a fixé des normes élevées de formation ainsi qu'une évaluation indépendante, et on les applique. Le haut niveau de compétences est accrédité/agréé. Les impressions des utilisateurs sont sollicitées.
6. L'organisation professionnelle est ouverte à tous ceux qui répondent aux critères de qualité définis, indépendamment de leurs antécédents et de leurs autres qualifications professionnelles. L'expérience Wilensky se réalise.
7. Un organisme indépendant fait appliquer le code d'éthique qu'on a mis en place.

Bien avant 2020, on pourrait établir la médiation comme la première profession véritablement mondiale. Œuvrons tous ensembles pour garder l'essentiel essentiel.

---

1 Michael Leathes, est directeur à l International Mediation Institute (IMI) et était auparavant conseiller juridique auprès de plusieurs entreprises à l'international. Les opinions exprimées dans le présent texte sont uniquement celles de l'auteur, mais il sollicite les commentaires de tous les intervenants dans le domaine de la médiation afin d'encourager le débat sur la progression de la médiation en vue d'une profession internationale. Vous pouvez joindre Michael par l'intermédiaire de « contact us » du portail de l'IMI – www.IMImediation.org.

2 http://www.carnegiefoundation.org/publications/educating-lawyers-preparation-profession-law et http://law.sc.edu/faculty/stuckey/best_practices/best_practices-cover.pdf

3 Voir : Venturing Beyond The Classroom, publié par Chris Honeyman, Jim Coben et Giuseppe De Palo, 2010[4] Confronting Conflict – A first-aid kit for handling conflict – de Friedrich Glasl et Petra Kopp, 1999

5 Voir: The End of Lawyers? – Re -thinking the nature of legal services de Richard Susskind, OUP 2009

6 Lord Woolf de Barnes a été Lord juge en chef de l'Angleterre et du pays de Galles de 2000 à 20005. Le rapport Woolf de 1996 fut l'accélérateur du développement de la médiation en Angleterre et au pays de Galles. Il est juge (non permanent) au tribunal de dernière instance de Hong Kong, président du tribunal civil et commercial du centre financier du Qatar, et récipiendaire du prix 2009 de l'Académie internationale pour l'ensemble des réalisations d'un médiateur.

7 http://www.mediate.com/articles/sanderdvd06.cfm

8 http://www.mediate.com/articles/sanderdvd06.cfm

9 The New Lawyer – How Settlement is Transforming the Practice of Law par Julie Macfarlane, UBC Press 2010

10 Voir : International Arbitration and Mediation – A Practical Guide par Michael McIlwrath et John Savage, 2010

11 Comme discuté précédemment : éducation basée sur les résultats; formation et apprentissage, technologie; normes de qualité, transparence; collaboration et profession libérale.

12 Voir: http://www.greenleaf.org/

13 Voir, par exemple : http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/10/31/anti-arbitration-coming-soon-to-a-commercial-dispute-near-you-inexpensive-on-line-mediation-and-arbitration/

14 Designing Conflict Management Systems – Creating productive & healthy organizations par Cathy Costantino, 1995 et Handbook of Human Conflict Technology – creating win-win success without conflicts par Tina Monberg, 2008 et Building ADR into the Corporate Law Department: ADR Systems Design par CPR Institute www.cpradr.org. Voir également : AAA Dispute-Wise Business Management Study http://www.adr.org/sp.asp?id=29431

15 Voir : http://www.cedr.com/about_us/arbitration_commission

16 « Les 7 habitudes de ceux qui réalisent tout ce qu'ils entreprennent » (1989), « La 8e habitude – de l'efficacité à la grandeur » (2006) et « Le pouvoir de la confiance – le facteur qui change tout » (2006) ont tous été publiés par Simon & Schuster.

NAFTA Advisory Committee on Private Commercial Disputes[1]

Selma M. Lussenburg

The purpose of this note is to provide an overview of the mandate, composition and work of the NAFTA Advisory Committee on Private Commercial Disputes established pursuant to section 2022 of the NAFTA[2]. The NAFTA region is largest free trade area in the world with a population of approximately 450 million people with trade in goods and services totaling approximately US $17 trillion[3]. Canada exports in excess of C$ 380 million in goods to its NAFTA partners and it imports in excess of C$ 245 million.[4] Trilateral merchandise trade has tripled since the inception of the NAFTA in 1994. For the businesses in each of the three countries, the NAFTA has provided important access to large markets on a duty free or next to duty free basis or in the case of services in most sectors on the same basis as nationals in that country. Access to effective dispute resolution is important to successful and continuing business relationships.

The NAFTA 2022 Committee was established to support one of the primary objectives to the NAFTA which is to expand trade between the NAFTA countries. A significant part of the Committee's energies have been dedicated to the promotion of an increased awareness of alternative forms of international dispute resolution in support of NAFTA trade and facilitating access thereto. The Committee's work and its participation in numerous initiatives, some of which have been highlighted below, has created a constructive and open forum for dialogue between policy makers, business, lawyers and the judiciary with respect to alternative dispute resolution in the NAFTA region. It has facilitated the identification of areas of concern with respect to effective private international dispute resolution and the enforcement of arbitral and other awards in the NAFTA. The Committee has been successful in raising awareness in the NAFTA business community as to the availability of alternative dispute resolution, and in promoting the use of alternative dispute resolution as well as the provision of guidance as to the inclusion of arbitration and/or other forms of alternative dispute resolution in international business agreements. The Committee welcomes a continuing and expanded dialogue with members of the legal profession and the business community.

Effective Dispute Resolution is Essential to Increased Trade

The signatories to the NAFTA identified effective dispute resolution and enforcement in the NAFTA countries as one of the important underpinnings to the development of increased trade in the NAFTA region. It was recognized that different legal systems in the NAFTA region gave rise to real and perceived concerns in the business community as to its ability to effectively enforce contractual rights. To address this concern and to provide the Free Trade Commission (FTC) with guidance in this important area, the NAFTA (section 2022) provides for the establishment of anregion and provided a forum for communicating such issues to the Trade Ministers and through the Trade Ministers offices to the respective Ministries charged with judicial administration.

Advisory Committee on the Resolution of Private Commercial Disputes (the Committee). At the time of the enactment of the NAFTA in 1994, arbitration and other alternative forms of private dispute resolution did not enjoy the same 'popularity' as today. There was still limited use of ADR in the NAFTA international business community. It was opportune for the legal and business community that the NAFTA sought to advance and promote arbitration and alternative dispute resolution.

Focus of the Committee

Section 2022 specifically directs the parties "to the maximum extent possible, encourage and facilitate the use of arbitration and other means of alternative dispute resolution for the settlement of international commercial disputes between private parties in the free trade area". It requires the NAFTA signatories to ensure that appropriate procedures are put in place to ensure the observance of agreements to arbitrate and for the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. The mandate[5] of the Committee includes reporting and providing recommendations to the FTC regarding the availability, use and effectiveness of arbitration and other dispute resolution procedures for the resolution of private commercial disputes. While most of the NAFTA is concerned with public law or state to state obligations, this is one of the few provisions of the NAFTA that contemplates private sector participation and the resolution of trade or business disputes private party to private party.

Certain matters were expressly referred to the Committee. These include an assessment of the existing means of private alternative dispute resolution (ADR[6]), identification of economic sectors that would benefit from ADR, the promotion, facilitation and use of ADR, including identification of the ways to enhance private sector awareness of the benefits of ADR. The Committee was also directed to consider the expansion of institutional cooperation, the use of model ADR clauses and the identification of issues in relation to the enforcement of arbitration agreements and awards and, notably, "other" litigation is-

sues related to ADR. In large measure the Committee has carried out its mandate over its 15+ year existence and continues to work in these areas.

Membership of the Committee and Meetings

Each country may appoint up to 10 private sector participants to the Committee. With the passage of time, there has been some flexibility in the number of participants. The meetings are chaired by the Government representatives from each of the NAFTA countries who are drawn from the legal and international trade departments/ agencies of the Signatories. The past and current membership of the Committee includes leading practitioners and outstanding academics. There are approximately 50 former private sector members and approximately 35 current private sector representatives. The Committee, having met for the first time in 1994, has now been in operation for more than 15 years and has held 20 meetings[7]. Meetings rotate between the NAFTA countries and are typically held at least once a year.

Although the basic composition of the Committee has remained constant – predominantly private sector participation with government Co-Chairs – the organization and the work of the Committee's subcommittees has evolved over time.

Work/Accomplishments of the Committee[8]

At the outset and consistent with the objectives of the NAFTA, including the promotion and facilitation of trade in the NAFTA region and the creation of a predictable framework for business and investment, the Committee acknowledged that its primary focus should be to assist the business community in the NAFTA region through the development and promotion of mechanisms for arbitration, mediation, and other forms of ADR to help reduce, avoid and resolve the time and cost of the dispute settlement process. In that regard, the Committee anticipated that small and medium-sized businesses and businesses dealing in cross-border commerce would likely receive the greatest benefit from such initiatives.

Consistent with the mandate of the Committee[9], initially it examined and assessed the state of ADR in each of the NAFTA countries, including identification of sectors of the economy that embraced ADR, addressed the facilitation and use of arbitration in the NAFTA region and examined issues involved in the recognition and enforcement of arbitral awards. This work was used as the basis to determine whether there was a need for legislative reform in the NAFTA countries, treaty amendment, the role of the judiciary in the context of ADR and whether there was a need education and outreach.

The Committee from the outset has reviewed at each meeting recent legal developments and trends in each of the NAFTA countries with a view to identifying areas that would benefit from reform and the identification of issues which the FTC should be apprised of including whether legislative change is needed or appropriate. Space constraints do not permit a discussion of the substantive matters identified over the 15 years of the Committee's existence. Readers interested in this should refer to the Report noted in footnote one.

First Report to the FTC[10]

Late in 1996, in its first report to the Trade Ministers, the Committee confirmed that each NAFTA country has laws and procedures at the state or provincial and federal level that support the use of arbitration, and advised that further legislation was not recommended. The Committee however did identify some difficulties regarding the recognition and enforcement of arbitral agreements and arbitral awards as well as a need for greater promotion of the use of ADR to end-users (business executives and in-house/corporate counsel) and the small business community in the NAFTA region. Furthermore, the Committee identified a growing interest in mediation and conciliation. Mediation was highlighted as an effective way to resolves disputes while preserving commercial relationships. The Committee recommended to the NAFTA Free Trade Commission that it draw to the attention of the Judiciary the significant benefits inherent in the use of arbitration and other forms of ADR. It recommended that FTC ask each signatory: (1) take appropriate steps to ensure that domestic laws do not provide for the judicial review of arbitral awards in a manner inconsistent with their international obligations, including the NAFTA and the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 (the New York Convention); (2) take appropriate steps to include issues related to arbitration and other forms of ADR in judicial training programs; (3) encourage courts to direct matters to arbitration or other forms of ADR, and enforce arbitral awards and arbitration agreements, where appropriate; and (4) promote dispute prevention. These recommendations were endorsed by the FTC.

Other forms of ADR

After these initial observations the Committee with the support of the FTC continued to explore a number of matters including the role of other forms of ADR such as mediation and conciliation in international commercial dispute resolution, issues related to the recognition and enforcement of these forms of ADR, identified constituencies that would benefit from training and education with respect to ADR, considered other structures for ADR such as online dispute resolution. As part of its work on mediation and conciliation the Committee determined that different legal and cultural norms applied within the NAFTA region with respect to these forms of ADR and that a better understanding of the salient differences was warranted; further, communication was key to resolving any material differences. In connection therewith the Committee has looked at the different understandings of what constitutes mediation and conciliation in the NAFTA region, as well as the different legislative frameworks in each of the countries addressing mediation and conciliation including processes and use and enforcement of settlement agreements.

Business Outreach

The Committee determined that an important role was the promotion of ADR and the development of simple user friendly materials for use by the business community and in particular small and medium

sized businesses engaged in NAFTA trade.

Considerable time has been spent by the Committee and its members[11] on outreach and education programs throughout the NAFTA region. The Committee has also met from time to time with industry representatives in each country[12]. Through this dialogue, the availability of fast, affordable, and equitable dispute resolution was identified as key for small businesses. It was observed that small businesses had a limited capacity for risk, and that dispute resolution was often slow, costly, inequitable, and gave rise to a high opportunity cost thereby undermining business success. The business community advised that education in the context of industry or trade meetings was most helpful as was access to readily available information via trade offices, publications or the Internet. The need for assistance in drafting ADR clauses was identified. As a result the focus of the Committee's education and promotion of ADR has been on the business community rather than the legal community and the Committee has undertaken a number of joint programs with the inhouse legal community.

The Committee developed a brochure which explained different forms of ADR, including two model ADR clauses one for use with arbitration, the other for use with other forms of ADR such as mediation and conciliation. This was then further developed as the Committee established a website[13] in 2004 as part of its outreach and education activities. The website includes a checklist for arbitration, identifies arbitral institutions in the NAFTA region as well as matters to take into consideration when choosing an arbitral institution. The Committee has also prepared materials on the enforcement of agreements to arbitrate and arbitral awards.

An important aspect of the Committee's work and outreach activities has been to engage in a dialogue with the judiciary with respect ADR. At the outset the Committee identified the desirability of acquainting judges in the NAFTA countries with arbitration and other forms of ADR and the desirability of providing additional training where warranted as part of the judicial training programs in each country or otherwise. This continues to be part of the Committee's work plan.

Dialogue with the Judiciary

The Committee held its first judicial outreach roundtable in 1998 with participation of judges from each country. The judges affirmed that the judiciary could play an important role in speeding the settlement of many commercial lawsuits through the creative and effective use of ADR, including mediation by members of the judiciary, summary jury trials, and mini-trials. It was observed that once a matter was before the courts there was little benefit in proceeding with arbitration. It was recognized that enforcement of awards in Canada and the United States was clear and that the need for judicial training on the substantive law of arbitration was limited. It was acknowledged that further training on ADR in general for judges was desirable and that the preparation of briefing books for judges on international treaties and agreements on ADR was desirable. At the conclusion of this meeting, it was decided that as part of its outreach mandate the Committee would host an international conference on arbitration and other forms of ADR in Mexico City. The target audience would be the business community and the judiciary. In conjunction with a Mexico City meeting of arbitrators in 1999, the Committee, with the support and assistance of the U.S.-Mexico Conflict Resolution Center and USAID, organized a conference on Alternative Dispute Resolution for judges and businesses. This Conference[14] gathered in excess of 350 people, including over 120 Mexican judges, as well as U.S. and Canadian judges, business people, government officials and private lawyers representing the three NAFTA countries.

In 2001 the Committee hosted a dialogue with the Mexican judiciary. The Committee was provided with useful insights from the judiciary. It was observed that Mexican judges have difficulty recognizing and enforcing arbitral awards due to unfamiliarity with the subject matter. The Committee was advised that conferences and seminars on ADR for judges and advisors would assist with the recognition of arbitral awards and reinforce the appreciation and use of ADR in Mexico. This continues.

The Committee continues to focus on the role of the judiciary. In 2009, the FTC recognized the importance of the Committee's work with the judiciary in each member country and its continuing mandate to advance ADR for the resolution of commercial disputes in member countries. In particular it stated:

"We recognize that the availability of private commercial dispute resolution procedures plays an important role in creating competitive conditions for trade in goods, services and capital and that the judiciaries of each country have an important role to play in effective private commercial dispute resolution procedures. We are encouraged by the work of the NAFTA 2022 Advisory Committee on Private Commercial Disputes and endorse its intent to focus forthcoming outreach activities on the judiciaries of each country to promote alternative dispute resolution mechanisms in the Free Trade Area."

The Future

During its first 15 years, the NAFTA 2022 Committee has effectively carried out its fundamental mandate: to assess whether there are legislative impediments to the use of ADR and the enforcement of arbitral awards, and to promote awareness of and use of ADR in the NAFTA region as a means of enhancing trade and investment. In recent years, the development of the Committee website has expanded the Committee's profile and has provided an important platform for further outreach and education. The work of the Committee has been assisted by the increased use of ADR on a global basis particularly as the judicial systems in many countries continued to be stretched and strained. Further the continuing work within UNCITRAL has supported the initiatives of the Committee. Increased experience by the business community with arbitration means that the need for outreach and education is less urgent today than it was in 1994.

At this time the Committee is assessing what the future focus of its efforts should

be. Should the Committee continue with its business and judicial outreach initiatives and review of substantive legal issues related to the use of arbitration and other forms of ADR and the enforcement of arbitral and possibly other awards or should it focus its energies on other matters? An area that may benefit from further consideration is the need for international agreements and structures which support the enforcement of agreements to mediate. Other forms of ADR such as mediation and conciliation do not enjoy the same level of "popularity" as arbitration. Nor are there conventions that provide for effective enforcement of agreements to mediate on an international or NAFTA basis. As Court annexed mediation has become more common in Canada and in other jurisdictions the Committee could focus some of its energies on developing common standards for enforcement of agreements to mediate. In that regard the recent announcement of the US Canada Regulatory Cooperation Council[15] suggests that there may be a greater appetite at least as between Canada and the United States of greater harmonization and predictability in international trade. While the focus of this initiative appears to be in part increased trade, no mention is made of dispute resolution, private or otherwise. There may be an opportunity under this initiative to address some of the irritants identified by the Committee including varying degrees of receptivity by the judiciary to ADR within the NAFTA region.

Promotion of the use of and education with respect to multi-step dispute resolution clauses may also be beneficial to the continued expansion of trade. While the Committee has touched on this in the past, it has not spent significant time on the development of materials or consideration of the business issues such clauses can give rise to in the international context. Non-confrontational dispute resolution is likely to better serve constructive long term business relationship; the promotion of a business culture and contractual framework that supports this approach is likely to support increased trade and investment in the NAFTA region. This ties into the expansion of the use of mediation in international or NAFTA trade.

On line dispute resolution is an area that the Committee has considered in the past but due to time and resource constraints has not been successful in providing meaningful recommendations to the Trade Ministers. The Committee has identified that the issues in this area are significantly different for consumer disputes than business to business disputes. The former is the context within which the greatest number of on line dispute resolution practices have developed[16]. Perhaps it is time for the Committee to devote some of its resources and intellect to considering whether and how an online dispute resolution process for business to business disputes within the NAFTA region would be effective and support increased trade and investment in the NAFTA region.

Lastly dispute prevention is an area that has received limited consideration in the past and has been a topic of some discussion within the Committee. Is it possible to identify the nature and quality of current matters that are the subject of private international dispute resolution in the NAFTA region and then develop a strategy or methodology which would lead to a reduction of such disputes or other form of dispute resolution. What roles do culture and language play in this regard? Or is each dispute *sui generis* and thus not capable of some form categorization that would permit increased dispute avoidance?

It is evident that there are many areas where the Committee may usefully focus its efforts in the next decade. The Committee is open to receiving and considering the views of those engaged in ADR and international business in the NAFTA region as to how it can most effectively contribute to the next chapter of its work.

---

1 Selma M. Lussenburg, Toronto. Canadian Co-Chair of the NAFTA 2022 Outreach Committee. April 2011. The author wishes to acknowledge the work Robert Lutz as well as the work of the NAFTA 2022 Committee in the preparation of this note. The author and Mr. Lutz recently collaborated on writing a 15 year retrospective on the work of the NAFTA Advisory Committee on Private Commercial Disputes which in turn was reviewed by the Committee prior to submission to the NAFTA Free Trade Commission. Parts of the discussion in this note have drawn on this work. The retrospective may be found on the NAFTA 2022 committee's website which can be found at http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?x=314 (herein the "2022 Website").

2 "North American Free Trade Agreement." The NAFTA Secretariat. <www.nafta-sec-alena.org/en

3 See http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/north-american-free-trade-agreement-nafta. This data is current to 2009.

4 See http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fast_facts-faits_saillants.aspx?lang=eng. This data is current as of 2008.

5 The Mandate of the Committee is as follows: 1.1 NAFTA Article 2022 requires the Advisory Committee on Private Commercial Disputes (Committee) to report and provide recommendations to the NAFTA Commission on general issues referred to it by the Commission respecting the availability, use and effectiveness of arbitration and other procedures for the resolution of private international commercial disputes in the free trade area.; 1.2 The Commission refers the following matters to the Committee for report and recommendations to the Commission as appropriate in accordance with Article 2022(4): 1.2.1 compilation, examination and assessment of existing means for the settlement of private international commercial disputes;1.2.2 identification of sectors and types of businesses that would particularly benefit from the use of alternative dispute resolution (ADR);1.2.3 promotion of the use of arbitration and other procedures for the resolution of private international commercial disputes in the NAFTA region, including ways to increase private sector awareness of the benefits of using ADR;1.2.4 facilitation of the use of arbitration and other procedures in the NAFTA region, including the use of model ADR and other contractual clauses;1.2.5 opportunities for expanded cooperation between institutions with an interest or involvement in ADR in the NAFTA region; and 1.2.6 issues relating to the enforcement of arbitration agreements and awards, and other litigation issues related to ADR. 1.3 The Commission may refer other matters to the Committee from time to time in accordance with Article 2022(4). While participation in UNCITRAL meetings is not part of the Committee's mandate, the Committee has been fortunate to have had since its inception members who participate as country delegates in the work of the UNCITRAL Commission, thereby acting as a liaison on arbitration and ADR developments on a global level.

6 As used herein "ADR" means arbitration, mediation, conciliation and other forms of private dispute resolution whether institutional or adhoc.

7 The current and former members of the Advisory Committee are listed in the 2022 Website, supra at note 1.

8 This section highlights some of the work of the Committee. Space constraints do not permit a complete summary of all of the Committee's initiatives and undertakings. For additional information please see the Report referenced supra at note 1.

9 See supra note 4, for the mandate of the Committee. The initial work of the subcommittees closely paralleled the specific provisions of the mandate. Over time the Committee's work built on the findings of the subcommittees within the parameters of the mandate.

10 There have been a number of reports to the FTC since 1996. Only a limited number are referred to herein. Full details of recommendation to the FTC can be found on the 2022 Website referenced supra at note 1.

11 Since 2005 the work of Committee has benefited significantly from the support of the National law Center for Inter American Trade which has assisted with the development and promotion of outreach and education programs to the business community.

12 For example, participants have included representatives from the Canadian Federation of Independent Business, the U.S. Industry Sector Advisory Committee on Small and Minority Business for Trade Policy, and private manufacturing concerns engaged in trade in the NAFTA region.

13 The 2022 Website is located within the Alternative Dispute Resolution section of the NAFTA Secretariat (see note 1 supra), and provides a guide to private sector arbitration and other forms of ADR, information on the mandate of the Committee, minutes of the 2022 Committee meetings, and practical information on dispute resolution.

14 The proceedings were published by Juris Publishing as Commercial Mediation and Arbitration in the NAFTA Countries, 1999 (editors Luis Miguel Diaz and Nancy A. Oretskin)

15 For more information, please see http://www.pm.gc.ca/eng/media.asp?id=3934

16 It has also been successfully used in the context of trademarks, domain registration etc. , typically without regard to nationality but requiring submission to the process established.

Comité consultatif des différends commerciaux privés de l'ALENA [1]

Selma M. Lussenburg

Cette note de service a pour but de fournir un aperçu du mandat, de la composition du comité consultatif des différends commerciaux privés de l'ALENA et de ses travaux conformément à l'article 2022 de l'ALENA[2]. L'ALENA est la plus grande zone de libre-échange au monde, avec une population de 450 millions de personnes environ et des échanges commerciaux en biens et services s'élevant approximativement à 17 billions $US[3]. Les exportations du Canada affichent un excédent de 380 millions $CAN en biens par rapport aux autres pays membres de l'ALENA et les importations, quant à elles, un excédent de 245 millions $CAN.[4] Le commerce trilatéral de produits a triplé depuis la création de l'ALENA en 1994. En ce qui concerne les entreprises dans chacun des trois pays membres, l'ALENA a permis l'accès à de plus grands marchés en franchise de droits ou pratiquement exempts de droits, ou pour ce qui est des services dans la plupart des secteurs selon les mêmes règles nationales s'appliquant dans le pays respectif. Il est important d'avoir accès à un mode substitutif de règlement des différends pour assurer la réussite et la poursuite des relations d'affaires.

Le Comité 2022 de l'ALENA a été créé afin de soutenir un des objectifs fondamentaux de l'ALENA visant à développer les échanges commerciaux entre les pays membres. Le Comité a consacré des efforts importants à la promotion d'une plus grande prise de conscience de modes substitutifs de règlement de différends à l'échelle internationale dans le cadre du soutien aux échanges commerciaux de la zone de l'ALENA et en faciliter l'accès. Le travail du Comité et sa participation à de nombreuses initiatives, certaines étant soulignées ci-dessous, ont permis de créer un forum ouvert et constructif favorisant le dialogue entre les décideurs, le milieu des affaires, les avocats et le pouvoir judiciaire relativement à des modes substitutifs de règlement des différends dans la zone de l'ALENA. Il a facilité la détermination d'aspects préoccupants quant à l'efficacité du règlement de différends commerciaux privés à l'échelle internationale et l'exécution de décisions arbitrales et d'autres décisions dans la zone de l'ALENA. Le Comité a réussi à susciter une prise de conscience dans le milieu des affaires de la zone de l'ALENA en ce qui a trait à l'accessibilité à des modes substitutifs de règlement des différends ainsi qu'à la mise à disposition de lignes directrices eu égard à l'inclusion de l'arbitrage ou d'autres modes substitutifs de règlement de différends dans les ententes commerciales à l'échelle internationale. Le Comité accueille favorablement un dialogue continu et élargi avec les membres de la profession juridique et le milieu des affaires.

Un règlement efficace des différends est essentiel au développement des échanges commerciaux

Les signataires de l'accord de l'ALENA ont défini qu'un règlement efficace des différends et leur exécution dans les pays de l'ALENA constituaient un des fondements essentiels au développement de l'accroissement des échanges commerciaux dans la zone de l'ALENA. Il a été reconnu que les différents systèmes juridiques dans la zone de l'ALENA avaient soulevé des préoccupations réelles et considérées comme telles dans le milieu des affaires quant à la capacité de ce dernier à appliquer avec efficacité les droits contractuels. Pour traiter ce problème et fournir à la Commission du libre-échange des lignes directrices dans ce domaine important, l'ALENA (article 2022) prévoit l'établissement d'une zone et a mis sur pied un forum pour informer les ministres du commerce de telles questions et, par l'intermédiaire des bureaux de ces derniers, les ministères respectifs responsables de l'administration judiciaire.

Comité pour le règlement des différends commerciaux privés (le Comité).

Au moment de l'entrée en vigueur de l'ALENA en 1994, l'arbitrage et les autres modes substitutifs de règlement de différends commerciaux privés ne jouissaient pas de la même popularité que de nos jours. Le recours au mode de PRD était limité dans le milieu des affaires internationales de l'ALENA. Pour le milieu juridique et des affaires, il était opportun que l'ALENA cherche à faire avancer et promouvoir l'arbitrage et le règlement extrajudiciaire des différends.

Objectifs du Comité

L'article 2022 enjoint expressément les parties « dans toute la mesure du possible d'encourager et faciliter le recours à l'arbitrage et à d'autres méthodes de règlement des différends de commerce extérieur entre personnes privées dans la zone de libre-échange ». Il exige des signataires de l'ALENA de s'assurer que les procédures appropriées sont mises en place afin d'assurer l'application d'ententes d'arbitrage ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions arbitrales rendues dans de tels cas. Dans le cadre de son mandat[5], le Comité fait rapport et soumet des recommandations à la Commission du libre-échange au sujet de l'existence, l'utilisation et l'efficacité de procédures d'arbitrage et d'autres procédures aux fins du règlement de différends commerciaux privés. Alors que l'ALENA, dans la majorité des cas, est confrontée au droit public ou des obligations interétatiques, cette clause est l'une des rares qui prend en considération la participation du secteur privé et le règlement des différends commerciaux ou d'affaires privés entre tierces parties privées.

Certaines questions ont été expressément soumises au Comité. Elles comprennent une évaluation des moyens existants de régler de manière extrajudiciaire les différends privés (le mode PRD[6]), l'indication des secteurs économiques susceptibles de bénéficier du mode PRD, la promotion, la facilitation et l'utilisation de ce dernier, notamment par la sensibilisation du secteur commercial privé aux avantages du mode PRD. On a également enjoint le Comité à considérer l'expansion de la coopération institutionnelle, l'utilisation des clauses du modèle PRD et la détermination des problèmes liés à l'exécution des ententes et

décisions arbitrales, notamment « d'autres » questions litigieuses relatives au mode PRD. En grande partie, le Comité a rempli son mandat en plus de quinze années d'existence et poursuit ses travaux dans ces domaines.

Composition du Comité et des réunions

Chaque pays peut nommer jusqu'à dix participants du secteur privé au sein du Comité. Au fil du temps, le nombre de participants a connu une certaine flexibilité. Les réunions sont présidées par les représentants du gouvernement de chacun des pays membres de l'ALENA qui proviennent des organismes et ministères de la justice et du commerce international des pays signataires. Les membres présents et passés du Comité comprennent des spécialistes et des universitaires de tout premier plan. Il y a environ 50 anciens membres qui appartiennent au secteur privé, et actuellement 35 représentants de ce même secteur. Le Comité, qui s'est réuni pour la première fois en 1994, est en fonction depuis plus de quinze ans et a tenu 20 réunions[7]. Les réunions se tiennent à tour de rôle dans les pays de l'ALENA et ont habituellement lieu au moins une fois par année.

Bien que la composition de base du Comité soit demeurée constante – participation prédominante du secteur privé avec des coprésidents gouvernementaux – l'organisation et les travaux des sous-comités du Comité ont évolué au fil du temps.

Travaux et accomplissements du Comité[8]

D'entrée de jeu et conformément aux objectifs de l'ALENA, y compris la promotion et la facilitation des échanges commerciaux dans la zone de l'ALENA et la création d'un cadre prévisible pour les affaires et l'investissement, le Comité a reconnu que son principal objectif devrait être d'aider le milieu des affaires dans la zone de l'ALENA par le biais de l'élaboration et de la promotion de mécanismes d'arbitrage, de médiation et d'autres formes de PRD pour aider à réduire la durée et le coût du processus de règlement du différend, ou éviter et résoudre de tels problèmes. À cet égard, le Comité a prévu que les petites et moyennes entreprises qui font du commerce transfrontalier auraient le plus à gagner de telles initiatives.

Conformément à son mandat[9], le Comité a d'abord examiné et évalué l'état des modes PRD dans chacun des pays de l'ALENA, y compris la détermination des secteurs de l'économie qui ont adopté le mode PRD, abordé la facilitation et l'utilisation de l'arbitrage dans la zone de l'ALENA et examiné les questions relatives à la reconnaissance et à l'application des décisions arbitrales. Ce travail a permis de déterminer le besoin ou non d'une réforme législative dans les pays de l'ALENA, une modification du traité, le rôle du système judiciaire dans le contexte des modes PRD ainsi que la nécessité ou non d'une formation et d'une approche.

Le Comité a, d'entrée de jeu, examiné à chaque réunion les tendances et développements juridiques récents dans chacun des pays de l'ALENA en vue de déterminer les zones qui pourraient bénéficier d'une réforme et la détermination des questions dont la Commission du libre-échange devrait être informée, y compris si une modification législative est nécessaire ou appropriée. Des contraintes d'espace ne permettent pas une discussion des questions de fond cernées au cours des 15 ans d'existence du Comité. Les lecteurs qui s'intéressent à ce sujet devraient consulter le rapport indiqué à la note de bas de page 1.

Premier rapport à la Commission du libre-échange[10]

En fin d'année 1996, dans son premier rapport aux ministres du commerce, le Comité a confirmé que chaque pays de l'ALENA possède des lois et des procédures au niveau étatique ou provincial et fédéral qui soutiennent l'utilisation de l'arbitrage, et a indiqué que d'autres lois n'étaient pas recommandées. Le Comité a toutefois décelé certaines difficultés concernant la reconnaissance et l'application des ententes et décisions arbitrales, tout comme le besoin d'une promotion accrue de l'utilisation du mode PRD auprès des utilisateurs finaux (dirigeants et juristes d'entreprise) et du secteur des petites entreprises dans la zone de l'ALENA. De plus, le Comité a déterminé un intérêt croissant à l'égard de la médiation et la conciliation. On a souligné que la médiation était un moyen efficace pour résoudre des différends tout en préservant les relations commerciales. Le Comité a recommandé à la Commission du libre-échange de l'ALENA qu'elle attire *l'attention du système judiciaire sur les avantages importants inhérents à l'utilisation de l'arbitrage et d'autres formes de PRD. Il a recommandé que la Commission du libre-échange demande aux signataires : 1) de prendre des mesures appropriées pour s'assurer que les lois nationales ne prévoient pas une révision judiciaire des décisions arbitrales allant à l'encontre de leurs obligations internationales, y compris l'ALENA et la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères des Nations Unies de 1958 (la Convention de New York); 2) de prendre des mesures appropriées pour inclure les questions liées à l'arbitrage et d'autres formes de PRD dans des programmes de formation judiciaire; 3) d'encourager les tribunaux à envoyer les causes en arbitrage ou d'autres formes de PRD et de faire appliquer les décisions et ententes arbitrales, le cas échéant; 4) de préconiser la prévention des différends. Ces recommandations ont été appuyées par la Commission du libre-échange.*

Autres formes de PRD

Après ces observations initiales, le Comité, avec l'aide de la Commission du libre-échange, a continué à explorer un certain nombre d'affaires, y compris le rôle d'autres formes de PRD, comme la médiation et la conciliation dans la résolution des différends commerciaux internationaux, les questions relatives à la reconnaissance et l'application de ces formes de PRD, a cerné les groupes qui pourraient profiter de la formation relative aux modes PRD et a considéré d'autres structures relativement auxdits modes, comme la résolution des différends en ligne. Dans le cadre de son travail sur la médiation et la conciliation, le Comité a déterminé que différentes normes juridiques et culturelles soient appliquées dans la zone de l'ALENA en ce qui concerne ces formes de PRD et qu'une meilleure compréhension des différences saillantes était justifiée; de plus, la communication constituait un élément clé dans la résolution de toute différence importante. À cet égard, le Comité a examiné les diffé-

rentes compréhensions de ce qui constitue la médiation et la conciliation dans la zone de l'ALENA, ainsi que les différents cadres législatifs dans chacun des pays qui ont recours à la médiation et la conciliation, y compris les processus et l'utilisation et l'application des ententes de règlement.

Approche envers les entreprises

Le Comité a déterminé qu'un rôle important consistait à faire la promotion du mode PRD et à élaborer des documents simples et faciles d'utilisation que pourrait employer le milieu des affaires et, en particulier, les petites et moyennes entreprises qui commercent dans le cadre de l'ALENA.

Le Comité et ses membres[11] ont consacré un temps considérable aux programmes d'approche et de formation dans toute la zone de l'ALENA. Le Comité a également rencontré de temps à autre des représentants des secteurs d'activité dans chaque pays[12]. Ce dialogue a permis de déterminer que la résolution rapide, abordable et équitable des différends est essentielle pour les petites entreprises. On a remarqué que les petites entreprises avaient une capacité limitée à l'égard du risque et que la résolution des différends était souvent lente, coûteuse, inéquitable et qu'elle donnait lieu à un coût de renonciation élevé, ce qui sapait la réussite des entreprises. Le milieu des affaires a indiqué que la formation dans le contexte des réunions de secteurs d'activité ou d'échanges commerciaux était très utile, tout comme l'accès à de l'information facilement disponible par le biais de bureaux commerciaux, de publications ou de l'Internet. On a constaté le besoin d'aide à la rédaction des clauses PRD. En conséquence, les efforts déployés par le Comité à l'égard de la formation et de la promotion du mode PRD ont été axés sur le milieu des affaires plutôt que sur la collectivité juridique, et le Comité a entrepris un certain nombre de programmes conjoints avec la collectivité juridique interne. Le Comité a préparé une brochure qui explique les différentes formes de PRD, y compris deux clauses PRD modèles, l'une servant à l'arbitrage et l'autre, à d'autres formes de PRD comme la médiation et la conciliation. Cette brochure a fait l'objet d'une élaboration accrue au moment où le Comité a créé un site Web[13] en 2004 dans le cadre de ses activités d'approche et de formation. Ce site Web comprend une liste de contrôle en matière d'arbitrage et indique les institutions arbitrales dans la zone de l'ALENA ainsi que les éléments dont il faut tenir compte lorsque l'on choisit une institution arbitrale. Le Comité a également préparé des documents traitant de l'application des ententes d'arbitrage et des décisions arbitrales. Un aspect important des travaux et des activités d'approche du Comité consistait à entamer un dialogue avec le système judiciaire en ce qui a trait au mode PRD. D'entrée de jeu, le Comité a déterminé le bien-fondé de faire connaître aux juges des pays membres de l'ALENA l'arbitrage et les autres formes de PRD ainsi que l'utilité de fournir une formation supplémentaire où cela s'avère nécessaire, dans le cadre des programmes de formation judiciaire dans chaque pays ou de toute autre manière. Cela continue de faire partie du plan de travail du Comité.

Dialogue avec le système judiciaire

Le Comité a tenu sa première table ronde du système judiciaire en 1998 avec la participation de juges de chaque pays. Les juges ont affirmé que le système judiciaire pourrait jouer un rôle important dans l'accélération du règlement de nombreuses poursuites commerciales par le biais d'une utilisation créative et efficace des modes PRD, y compris la médiation par des membres du système judiciaire, des instructions sommaires devant jury et des mini-procès. On a observé qu'une fois qu'une affaire se retrouvait devant les tribunaux, le recours à l'arbitrage présentait peu d'avantages. Il a été reconnu que l'application des décisions au Canada et aux États-Unis était claire et que le besoin en matière de formation judiciaire sur le droit substantiel de l'arbitrage était limité. On a convenu qu'un complément de formation sur les modes PRD en général pour les juges était souhaitable et que la préparation de cahiers d'information pour les juges portant sur les traités internationaux et les ententes en matière de PRD était souhaitable. Au terme de cette réunion, il a été décidé que dans le cadre de son mandat d'approche le Comité tiendrait une conférence internationale sur l'arbitrage et autres formes de PRD à Mexico. Le public cible serait le milieu des affaires et le système judiciaire. De concert avec une réunion des arbitres à Mexico en 1999, le Comité, avec l'aide du *U.S.-Mexico Conflict Resolution Center* et de USAID, a organisé une conférence sur la prévention et le règlement des différends pour les juges et les entreprises. Cette conférence[14] a rassemblé plus de 350 personnes, y compris plus de 120 juges mexicains, ainsi que des juges américains et canadiens, des gens d'affaires, des représentants gouvernementaux et des avocats de droit privé représentants les trois pays de l'ALENA.

En 2001, le Comité a entrepris un dialogue avec le système judiciaire mexicain. Le Comité a obtenu des aperçus utiles de la part de ce dernier. On a constaté que les juges mexicains ont de la difficulté à reconnaître et à faire appliquer des décisions arbitrales à cause de leur manque de connaissances sur le sujet. On a indiqué au Comité que les conférences et les séminaires sur le mode PRD pour les juges et les avocats faciliteraient la reconnaissance des décisions arbitrales et renforceraient l'appréciation et l'utilisation du mode PRD au Mexique. Cela se poursuit.

Le Comité continue de se concentrer sur le rôle du système judiciaire. En 2009, la Commission du libre-échange a reconnu l'importance des travaux du Comité auprès du système judiciaire dans chaque pays membre et de son mandat continu visant à faire progresser le mode PRD en vue de la résolution de différends commerciaux dans les pays membres. Elle a particulièrement indiqué :

> « Nous reconnaissons que la disponibilité des procédures de résolution de différends commerciaux privés joue un rôle important dans la création de conditions concurrentielles pour l'échange de biens, de services et de capitaux, et que les systèmes judiciaires de chaque pays ont un rôle important à jouer dans des procédures de résolution de différends commerciaux privés efficaces. Nous sommes encouragés par le travail du Comité consultatif des différends commerciaux privés établi aux termes de l'article 2022 de l'ALENA et appuyons son intention d'axer les activités d'approche à venir sur les systèmes

judiciaires de chaque pays pour promouvoir d'autres mécanismes de résolution des différends dans la zone de libre-échange. »

Le futur

Durant ses quinze premières années, le Comité 2022 de l'ALENA a exécuté efficacement son mandat fondamental, à savoir l'évaluation de la présence d'entraves législatives relatives à l'emploi du mode PRD et à l'application des décisions arbitrales, et la promotion de l'existence et de l'utilisation du mode PRD dans la zone de l'ALENA comme moyen pour améliorer les échanges commerciaux et les investissements. Au cours des dernières années, l'élaboration du site Web du Comité a élargi le profil de ce dernier et offert une importante plate-forme favorisant une approche et une formation accrues. Le travail du Comité a été appuyé par l'emploi plus important du mode PRD à l'échelle mondiale, particulièrement dans le contexte où les systèmes judiciaires de nombreux pays continuent de subir des pressions. En outre, la poursuite des travaux au sein de la CNUDI a permis de soutenir les initiatives du Comité. L'expérience accrue du milieu des affaires en matière d'arbitrage signifie que le besoin sur les plans de l'approche et de la formation est moins pressant aujourd'hui qu'il ne l'était en 1994.

À l'heure actuelle, le Comité cherche à déterminer l'aspect sur lequel il devra concentrer ses efforts. Le Comité devrait-il poursuivre ses initiatives en matière d'approche auprès du milieu des affaires et du système judiciaire et l'examen des questions de droit substantiel liées à l'utilisation de l'arbitrage et autres formes de PRD, ainsi que l'application des décisions arbitrales et éventuellement des autres types de décisions, ou devrait-il concentrer ses énergies sur d'autres questions? Le besoin d'ententes et de structures internationales soutenant l'application des accords de médiation constitue un autre aspect qui pourrait bénéficier d'une plus grande considération. Les autres formes de PRD, comme la médiation et la conciliation, ne jouissent pas d'un engouement aussi fort que l'arbitrage. Il en est de même pour les conventions qui prévoient l'application efficace des accords de médiation à l'échelle mondiale ou de l'ALENA. Comme la médiation extrajudiciaire est devenue plus courante au Canada et dans d'autres juridictions, le Comité pourrait concentrer certaines de ses énergies sur l'élaboration de normes communes pour l'application des accords de médiation. À

Order Your Correspondence Course and Handbooks

Correspondence Course in Arbitration

The ADR Institute of Canada, Inc. offers a correspondence course in arbitration at an extremely economical rate for individuals who prefer self-learning or are unable to attend local courses.

This two-part correspondence program is designed for those with post-secondary education. Lawyers admitted to the bar in Canada do NOT have to complete Part I of the course however a law degree or training in arbitration is not essential. The 27 lessons that comprise the program cover concepts and procedures of contract and tort law, arbitration acts and procedures, evidence and court control of arbitration.

Students must complete one assignment each month. These are marked by ADR Canada members who are practicing and experienced arbitrators. The course culminates in a case study where students must apply their skill and newly acquired knowledge to a practical arbitration problem.

Part 1 of the program is designed to provide non-lawyers with an understanding of the law of contracts and torts, and an introduction to commercial arbitration statutes. After completing each of the assigned chapters, students must complete and submit an assignment. After all assignments have been completed, an exam must be written.

Part 2 provides members of the legal profession and graduates of Part 1 with detailed information on the appointment, authority and role of the arbitrator; steps involved in the arbitration process; rules of evidence; and arbitration awards. As in Part 1 of the correspondence program, each lesson is followed by an assignment. After all assignments have been completed an exam must be written.

Those who are not members of the legal profession must complete the first part of the correspondence program successfully before enrolling in Part 2

$789.00 per part (plus exams and GST) R125294660

The Commercial Mediation Practice Handbook

The Mediation Handbook is designed to function as a guide for professionals working in the field of commercial mediation. It is a:

- superb primer in commercial mediation;
- primary resource for those wanting to familiarize themselves with the mediation process;
- valuable source of information for understanding mediation within a commercial or business context; and
- handy reference for legal practitioners in the field.

$95.00 per copy (plus GST) R125294660

The Arbitration Handbook

The Arbitration Handbook is designed to function as a guide forprofessionals working in the field of commercial arbitration. It is a:

- a superb primer in commercial arbitration;
- primary resource for those wanting to familiarize themselves with the arbitration process;
- valuable source of information for understanding arbitration within a commercial or business context; and
- handy reference for legal practitioners in the field.

$85.00 per copy (plus GST) R125294660

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

To order please call Mena: 416-487-4733 1-877-475-4353 mena@adrcanada.ca

cet égard, l'annonce récente du conseil de coopération en matière de réglementation Canada – États-Unis[15] suggère qu'il pourrait y avoir un enthousiasme plus important, du moins entre le Canada et les États-Unis, au sujet d'une harmonisation et d'une prévisibilité accrues au chapitre du commerce international. Bien que le point de mire de cette initiative semble consister notamment en un accroissement des échanges commerciaux, aucune mention n'est faite de la résolution des différends, en privé ou de toute autre manière. Il pourrait y avoir une opportunité en vertu de cette initiative d'aborder certains des irritants cernés par le Comité, y compris la réceptivité variable du système judiciaire eu égard au mode PRD dans la zone de l'ALENA.

Le fait de favoriser l'utilisation et la formation à l'égard des clauses de résolution des différends à plusieurs niveaux peut également s'avérer avantageux en ce qui a trait à l'expansion des échanges commerciaux. Bien que le Comité ait abordé cette question dans le passé, il n'a pas consacré beaucoup de temps à l'élaboration de documents ni accordé une grande considération aux problèmes commerciaux que de telles clauses pourraient soulever dans le contexte international. La résolution de différends non conflictuelle pourrait favoriser davantage une relation d'affaires à long terme constructive; la promotion d'une culture organisationnelle et d'un cadre contractuel qui appuie cette approche est susceptible de soutenir une augmentation des échanges commerciaux et des investissements dans la zone de l'ALENA. Cela est lié à l'expansion de l'utilisation de la médiation dans le commerce à l'échelle internationale ou de l'ALENA.

Le Comité a examiné la résolution de différends en ligne antérieurement, mais les contraintes de temps et de ressources l'ont empêché de formuler des recommandations valables à l'intention des ministres du commerce. Le Comité a déterminé que les problèmes dans ce domaine sont très différents selon qu'il s'agit de différends entre consommateurs ou de différends entre entreprises. Ces derniers ont donné lieu à la création du plus grand nombre de pratiques de résolution de différends en ligne[16]. Il est peut-être temps que le Comité consacre certaines de ses ressources et réflexions afin de déterminer si et comment un processus de résolution de différends en ligne concernant des différends interentreprises dans la zone de l'ALENA pourrait s'avérer efficace et stimuler les échanges commerciaux et les investissements dans la zone de l'ALENA.

Finalement, la prévention des différends est un domaine dont on a peu tenu compte dans le passé et qui fait l'objet de discussions au sein du Comité. Est-il possible de déterminer la nature et la qualité des affaires en cours qui sont soumises à une résolution des différends internationaux privés dans la zone de l'ALENA, puis d'élaborer une stratégie ou une méthodologie pouvant mener à une réduction de tels différends ou à une autre forme de résolution des différends? Quels rôles la culture et la langue jouent-elles à cet égard? Ou est-ce que le fait que chaque différend soit *sui generis* et empêche ainsi toute forme de classement qui permettrait d'éviter davantage les conflits?

Il est évident qu'il existe de nombreux domaines où le Comité pourrait déployer utilement ses énergies au cours de la prochaine décennie. Le Comité accepte d'accueillir et de considérer les points de vue des personnes concernées par le mode PRD et les affaires internationales dans la zone de l'ALENA afin de déterminer dans quelle mesure ils pourraient contribuer le plus efficacement au prochain chapitre de son travail.

---

1 Selma M. Lussenburg, Toronto. Coprésidente du Comité 2022 des relations externes de l'ALENA. Avril 1011. L'auteur désire souligner le travail de Robert Lutz ainsi que celui du Comité 2022 de l'ALENA dans la préparation de cette note. L'auteur et M. Lutz ont collaboré récemment à la rédaction d'une rétrospective de 15 ans sur le Comité consultatif des différends commerciaux privés de l'ALENA, qui à son tour a fait l'objet d'un examen de la part du Comité avant sa soumission à la Commission du libre-échange de l'ALENA. Des parties de la discussion dans cette note ont étiré ce travail. Il est possible de consulter la rétrospective sur le site Web du Comité 2022 de l'ALENA à l'adresse http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?x=314 (ci-après appelé « site Web 2022 »).

2 « Accord de libre-échange nord-américain. » Le Secrétariat de l'ALENA. <http://www.nafta-sec-alena.org/en/

3 Voir http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/north-american-free-trade-agreement-nafta. Ces données datent de 2009.

4 Voir http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fast_facts-faits_saillants.aspx?lang=eng. Ces données datent de 2008.

5 Le mandat du Comité se définit comme suit : 1.1 Aux termes de l'article 2022 de l'ALENA, le Comité consultatif des différends commerciaux privés (le Comité) fait rapport et soumet des recommandations à la Commission sur les questions générales que lui soumet cette dernière en ce qui concerne l'existence, l'utilisation et l'efficacité de procédures d'arbitrage et d'autres procédures aux fins du règlement de différends commerciaux internationaux privés dans la zone de libre-échange. 1.2 Conformément au paragraphe 2022(4), la Commission demande au Comité de lui soumettre des rapports et des recommandations, suivant les besoins, sur les questions suivantes : 1.2.1 compilation, examen et évaluation des moyens existants de régler les différends commerciaux privés; 1.2.2 indication des secteurs d'activités et des genres d'entreprises susceptibles de bénéficier de la procédure de règlement extrajudiciaire des différends (RED); 1.2.3 promotion du recours à l'arbitrage et à d'autres mécanismes de résolution des différends commerciaux internationaux privés dans la zone de l'ALENA, notamment par la sensibilisation du secteur commercial aux avantages du mécanisme de RED; 1.2.4 facilitation du recours au mécanisme de RED dans la zone de l'ALENA, y compris l'utilisation de clauses de type RED ou d'autres types de clauses contractuelles; 1.2.5 occasions d'élargir la coopération entre institutions qui s'intéressent au mécanisme de RED ou ont recours à ce dernier dans la zone de l'ALENA. 1.3 Conformément au paragraphe 2022(4), la Commission peut, de temps à autre, soumettre d'autres questions au Comité. Bien que la participation aux réunions de la CNUDI ne fasse pas partie du mandat du Comité, ce dernier a eu la chance d'avoir eu depuis sa création des membres qui participent à titre de délégués d'un pays aux travaux de la CNUDI et agissent ainsi à titre de coordonnateur concernant l'arbitrage et les développements des modes de PRD à l'échelle mondiale.

6 Tel qu'utilisé aux présentes, « le mode PRD » désigne l'arbitrage, la médiation, la conciliation et d'autres formes de résolution de différends privés, qu'ils soient de type institutionnel ou ad hoc.

7 Les membres actuels et anciens du Comité consultatif figurent sur la page Web 2022, ci-dessus à la note 1.

8 Cette section souligne une partie des travaux du Comité. Des contraintes d'espace ne permettent pas l'ajout d'un résumé complet de toutes les initiatives et activités du Comité. Pour plus d'information, consulter le rapport auquel on fait mention ci-dessus à la note 1.

9 Voir la note 4 ci-dessus en ce qui concerne le mandat du Comité. Le travail initial des sous-comités est étroitement lié aux dispositions particulières du mandat. Avec le temps, le travail du Comité s'est appuyé sur les conclusions des sous-comités en fonction des paramètres du mandat.

10 Un certain nombre de rapports ont été remis à la Commission du libre-échange depuis 1996. Seul un nombre limité de ceux-ci sont mentionnés aux présentes. Tous les détails de la recommandation à la Commission du libre-échange se trouvent sur le site Web 2022 mentionné ci-dessus à la note 1.

11 Depuis 2005, le travail du Comité a bénéficié grandement du soutien du National Law Center for Inter-American Trade qui a participé à l'élaboration et à la promotion des programmes d'approche et de formation à l'intention du milieu des affaires.

12 Par exemple, parmi les participants, on comptait des représentants de la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante, du U.S. Industry Sector Advisory Committee on Small and Minority Business for Trade Policy et des entreprises de fabrication privées qui commercent dans la zone de l'ALENA.

13 Le site Web du Comité 2022 est situé dans la section de la prévention et du règlement des différends du Secrétariat de l'ALENA (voir la note 1 ci-dessus) et fournit un guide en matière d'arbitrage dans le secteur privé et d'autres formes de PRD, de l'information sur le mandat du Comité, les procès-verbaux des réunions du Comité 2022 et de l'information pratique sur la résolution des différends.

14 La procédure a été publiée par Juris Publishing sous le titre Commercial Mediation and Arbitration in the NAFTA Countries, 1999 (éditeurs Luis Miguel Diaz et Nancy A. Oretskin)

15 Pour plus d'information, consultez le site http://www.pm.gc.ca/eng/media.asp?id=3934

16 Elles ont été également utilisées avec succès dans le contexte des marques de commerce, de l'enregistrement des domaines, etc., généralement sans égard à la nationalité, mais nécessitant la soumission au processus établi.

Michael Schafler

Norman Emblem

Arbitration of Consumer Claims in Canada: Reality or Myth?[1]

Overview

In the last two decades in particular, private arbitration as a form of and forum for dispute resolution has been thriving across Canada. This trend has no doubt been the result of a change in judicial attitude toward acceptance of arbitration as a true alternative to litigation, which in turn was fuelled by legislative reform across the country: consequently, parties who have agreed to arbitrate a dispute will now be held to their bargain. This also applies in the consumer context. Many consumer contracts now contain arbitration clauses. But what if a consumer wishes to circumvent an arbitration clause and launch a class action? In provinces like Alberta, Ontario and Quebec both waivers of class proceedings and arbitration clauses in consumer contracts are no longer enforceable due to express statutory enactments. These legislative reforms were the direct result of decisions such as *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34 that had held that, in the absence of an express legislative prohibition, all arbitration agreements, even ones in the consumer context, are to be enforced by the courts.

British Columbia does not have such express language; the language is, at best, debatable. Yet, the Supreme Court of Canada has recently ruled that the language was sufficient to protect the consumer. In an unusually stinging dissent, four of the nine judges criticized the majority, arguing that its opinion represented *an inexplicable throwback to a time when courts monopolized decision making and arbitrators were treated as second-class adjudicators*. Such language, alone, merits a closer look.

Introduction

On March 18, 2011, the Supreme Court of Canada released its decision in *Seidel v. TELUS Communications Inc*[2]. Ms. Seidel had commenced an intended class action in the British Columbia Supreme Court notwithstanding the following arbitration clause in her contract with TELUS:

> 15. ARBITRATION: Any claim, dispute or controversy (whether in contract or tort, pursuant to statute or regulation, or otherwise and whether pre-existing, present or future — except for the collection from you of any amount by TELUS Mobility) arising out of or relating to: (a) this agreement; (b) a phone or the service; (c) oral or written statements, or advertisements or promotions relating to this agreement or to a product or service; or (d) the relationships which result from this agreement (including relationships with third parties who are not parties to this agreement), (each, a "Claim") will be referred to and determined by private and confidential mediation before a single mediator chosen by the parties and at their joint cost. Should the parties after mediation in good faith fail to reach a settlement, the issue between them shall then be determined by private, confidential and binding arbitration by the same person originally chosen as mediator. Either party may commence court proceedings to enforce the arbitration result when an arbitration decision shall have been rendered and thirty (30) days have passed from the date of such decision. By so agreeing, you waive any right you may have to commence or participate in any class action against TELUS Mobility related to any Claim and, where applicable, you hereby agree to opt out of any class proceeding against TELUS Mobility otherwise commenced.

Ms. Seidel's complaint was essentially that TELUS unlawfully charges its customers for incoming calls based on when the caller connects to TELUS's network, but before the customer answers the call. Her claims (for declaratory and injunctive relief, and damages) were apparently based on, firstly, the British Columbia *Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996, c. 457 ("TPA"); and, secondly, sections 171 and 172 of the *British Columbia Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C 2004, c. 2 ("BPCPA"). The BPCPA contains the following provision, which was central to the appeal:

> 3. Any waiver or release by a person of the person's rights, benefits or protections under this Act is void except to the extent that the waiver or release is expressly permitted by this Act.

In addition, s. 15 of the *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55 was in issue:

> 15.(1) If a party to an arbitration agreement commences legal proceedings in a court against another party to the agreement in respect of a matter agreed to be submitted to arbitration, a party to the legal proceedings may apply, before or after entering an appearance and before delivery of any pleadings or taking any other step in the proceedings, to that court to stay the legal proceedings.

(2) In an application under subsection (1), the court must make an order staying the legal proceedings unless it determines that the arbitration agreement is void, inoperative or incapable of being performed.

The British Columbia Court of Appeal, overturning the judge of first instance, stayed Ms. Seidel's action in favour of arbitration. In doing so, that court held that the Supreme Court of Canada's decision in *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, though dealing with the relationship between arbitration clauses and class actions under the *Civil Code of Quebec*, was also applicable to the statutory regime in British Columbia (which was similar to that in Quebec), and thus binding.

Before the Supreme Court of Canada, the only remaining issue was whether Ms. Seidel's claims under the BPCPA had been properly stayed or whether s. 3 of the BPCPA created an exception to the mandatory language of ss. 15(1) and (2) of the CAA.

Discussion

(i) Competence-Competence Principle

In a split 5-4 decision the court ruled that s. 3 of the BPCPA did, in fact, create such an exception. Yet, the language employed throughout the dissenting reasons revealed a deep rift in the court as to the role of arbitration proceedings in Canada's present justice system:

> In our view, [the majority's] interpretation represents an inexplicable throwback to a time when courts monopolized decision making and arbitrators were treated as second-class adjudicators[3].

There was no disagreement that the competence-competence principle enunciated in *Dell* had general application[4]. It is now beyond doubt in Canada that an express legislative direction that arbitrators are to consider the scope of their own jurisdiction, coupled with the use of language similar to that found in the 1958 *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (the "New York Convention") and the 1985 *UNICITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* ("Model Law") amounts to incorporation of the competence-competence principle.

In such circumstances, absent a challenge to the arbitrator's jurisdiction based solely on a question of law (or one of mixed fact and law requiring only superficial consideration of the evidence in the record), the existence or validity of an arbitration agreement to which legislation like the CAA applies must be considered first by the arbitrator, and the court should grant the stay. In this case, all judges of the Supreme Court agreed that the British Columbia Court of Appeal had properly accepted and endorsed this approach. However, the court was divided as to the correct outcome of that approach on the facts of this case.

(ii) The effect of s. 3 of the BPCPA

It is readily apparent from how the majority and the dissent, respectively, characterized the core issue, that there exists a schism in the court about the role of arbitration in today's Canadian justice system. Justice Binnie, for the majority, framed the issue as one of "access to justice", noting that "private arbitral justice, because of its contractual origins, is necessarily limited"[5].

The dissenting opinion, penned by Justices LeBel and Deschamps, focussed not on access to justice *simpliciter* but, rather, whether access to justice must mean "access to a judge":

> In an effort to promote and improve access to justice, and to make more efficient use of scarce judicial resources, legislatures have adopted new procedural vehicles designed to modify or provide alternatives to the traditional court action. These alternatives include class actions and arbitration, both of which have been endorsed by this Court. Consumers in British Columbia, depending on the contractual arrangements they make, already have access to either arbitration or the courts to resolve their disputes. In this case, the consumer's contract provides that in the event of a dispute, the exclusive adjudicative forum is arbitration. This is a forum our courts have long accepted as an efficient and effective access to justice mechanism. Thus, the question in this case is instead whether access to justice means — and requires — access to a judge[6].

The issues, thus framed, never left any doubt about the outcome. Justice Binnie concluded that s. 3 of the BPCPA should be interpreted to mean "that to the extent the arbitration clause purports to take away a right, benefit or protection conferred by the BPCPA, it will be invalid"[7]. Embedded in this reasoning is the notion that it is a right, benefit or protection under the BPCPA to assert a consumer complaint *in the courts*. The corollary is that being required to assert the same complaint before an arbitral tribunal is tantamount to an impairment of such right, benefit or protection. As Binnie J. noted:

> The text of the statute favours Ms. Seidel's interpretation. The operative language of s. 3 ("rights, benefits or protections") is all-encompassing. TELUS argues (and my colleagues LeBel and Deschamps JJ. agree, at para. 136) that the s. 172 right to "bring an action in Supreme Court" is merely procedural. With respect, this characterization is of no assistance to TELUS. Whether procedural or substantive, it is indubitably a "righ[t]" or "benefi[t]" conferred by the statute. If the legislature had intended to draw distinctions between procedural and substantive "rights, benefits or protections" in s. 3 of the BPCPA, it could easily have done so, but it chose not to. Ms. Seidel possesses a statutory "right" to take her complaint to the Supreme Court. My colleagues LeBel and Deschamps JJ. read down the expression "rights, benefits or protections" to exclude procedural rights. I can find no justification for modifying the legislation in this way[8].

Binnie J. offered up essentially two justifications for his approach:

- In the consumer context, declarations and injunctions (remedies provided for under the BPCPA) are the most efficient remedies in terms of protection of consumers' interests and the deterrence of wrongful suppliers conduct[9]; and
- By contrast, arbitrations are "private and confidential", lack precedential value and an order made by an arbitra-

tor would not bind third parties[10].

As set out in the introduction above, the dissenting judges were unusually critical of Binnie J.'s approach. Justices LeBel and Deschamps first carefully reviewed Canadian jurisprudence on arbitration, concluding that, until the late 1980s, Canadian courts were openly hostile towards arbitration. That hostility eventually gave way to a new approach, to the effect that where a legislature intends to exclude arbitration as a vehicle for resolving a particular category of legal disputes, it must do so explicitly[11].

Next, they explained that the CAA was influenced by the *Model Law* with the result that the reasoning in *Dell* applied[12]. As to the proper interpretation of the BPCPA, LeBel and Deschamps JJ. reasoned that s. 3 was intended to protect substantive rights – however, in what forum these rights are to be dealt with is a procedural matter:

> An arbitrator can grant the remedies contemplated in s. 172 of the *BPCPA* against TELUS. The arbitration agreement between Ms. Seidel and TELUS does not therefore constitute an improper waiver of Ms. Seidel's rights, benefits or protections for the purposes of s. 3 of that Act. Consequently, the *BPCPA*, in its current form, does not provide a court considering a stay application under s. 15 of the *CAA* with a reason for refusing to grant it. Section 3 of the *BPCPA* does not prohibit agreements under which consumer disputes are to be submitted to arbitration or that otherwise limit the possibility of having a proceeding certified as a class proceeding, since s. 172 of the *BPCPA* merely identifies the procedural forum in which an action with respect to the rights, benefits and protections provided for in s. 172 may be brought in the public court system. However, s. 172 does not explicitly exclude alternate fora, such as an arbitration tribunal from acquiring jurisdiction.

Comment

Did the majority get it right? The relevant language in the Ontario *Consumer Protection Act, 2002*[13] is as follows:

> No waiver of substantive and procedural rights
>
> **7.** (1) The substantive and procedural rights given under this Act apply despite any agreement or waiver to the contrary.
>
> Limitation on effect of term requiring arbitration
>
> (2) Without limiting the generality of subsection (1), any term or acknowledgment in a consumer agreement or a related agreement that requires or has the effect of requiring that disputes arising out of the consumer agreement be submitted to arbitration is invalid insofar as it prevents a consumer from exercising a right to commence an action in the Superior Court of Justice given under this Act.
>
> Non-application of *Arbitration Act, 1991*
>
> (5) Subsection 7(1) of the *Arbitration Act, 1991* [judicial stay] does not apply in respect of any proceeding to which subsection (2) applies unless, after the dispute arises, the consumer agrees to submit the dispute to arbitration.
>
> Class proceedings
>
> **8.** (1) A consumer may commence a proceeding on behalf of members of a class under the *Class Proceedings Act, 1992* or may become a member of a class in such a proceeding in respect of a dispute arising out of a consumer agreement despite any term or acknowledgment in the consumer agreement or a related agreement that purports to prevent or has the effect of preventing the consumer from commencing or becoming a member of a class proceeding.
>
> Non-application of *Arbitration Act, 1991*
>
> (4) Subsection 7(1) of the *Arbitration Act, 1991* does not apply in respect of any proceeding to which subsection (1) applies unless, after the dispute arises, the consumer agrees to submit the dispute to arbitration.

When this language is compared with s. 3 of the BPCPA, one wonders why Binnie J. considered the latter to reflect a legislative intent to oust the parties' clear choice in favour of arbitration. His contention that s. 172 of the BPCPA confers a right, benefit or protection that is sheltered under s. 3 of the BPCPA presupposes that having to bring a s. 172 claim in an arbitration is worth less than in a court of law. Given the evolution and acceptance of ADR, including commercial arbitration, in Canadian courts in the past two decades, that presupposition is open to serious questioning.

Binnie J.'s argument that arbitration is antithetical to the public purposes of s. 172 (in that private arbitration cannot offer the same remedies set out in s. 172) is also not so clear cut. Firstly, any arbitral award is enforceable in the courts and, thus, open to public scrutiny. This would also engage the principle of deterrence, with which Binnie J. appears to have wrestled. Moreover, as the dissent pointed out, correctly, under modern statutes in Canada, including British Columbia, arbitrators have the jurisdiction to grant "specific performance, rectification, injunctions and other equitable remedies".[14] Viewed in this light, there is considerable scope to suggest that the dissenting reasons are more persuasive.

It should also be pointed out that shortly after *TELUS* was released the United States Supreme Court held (on a 5-4 basis) that an arbitration provision in a consumer contract prohibiting class-wide procedures is not unconscionable[15]. In doing so, that court held that s. 2 of the *Federal Arbitration Act* ("FAA")[16] (which makes agreements to arbitrate "valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract") could not be invoked to override an arbitration/no class action clause. It is quite clear, then, that in the consumer context, the United States Supreme Court has taken a different approach than the Supreme Court of Canada.

But are there real consequences to this in Canada? We submit that the answer is "no". It is true that the open schism between the majority and the dissent is rather surprising. Deference to arbitration has, after all, become a hallmark of Canada's justice system.

But in the final analysis, the Supreme Court has simply added British Columbia to the list of existing jurisdictions where consumer class actions will be permitted to proceed (subject to meeting the usual certification parameters). The result is therefore not remarkable and we believe that – except in the consumer context and even then only where the legislative has intervened – commercial arbitration in Canada will continue to thrive, as it has in the past 20 years or so.

[1] Michael Schafler and Norm Emblem
[2] Seidel v. TELUS Communications Inc., 2011 SCC 15.
[3] Ibid, para. 55.
[4] Ibid, para. 29 and 89-121.
[5] Ibid, para. 7 and 22.
[6] Ibid, para 52.
[7] Ibid, para. 31.
[8] Ibid, para. 33.
[9] Ibid, para. 35.
[10] Ibid, para. 35, 38-39.
[11] Ibid, para. 89-121, esp. para. 103.
[12] Ibid, para. 109-121, esp. para. 109-110.
[13] S.O. 2002, c. 30, Sch. A. Similar language is found in the relevant Alberta and Quebec legislation. See TELUS, supra, at para. 173-175.
[14] TELUS, supra, at para. 146-148.
[15] AT&T Mobility LLC v. Concepcion 563 U.S. ____ (2011) [No. 09-893].
[16] 9 U.S.C. §2.

L'arbitrage de réclamations de consommateurs au Canada : mythe ou réalité[1] ?

Michael Schafler et Norm Emblem

Aperçu

À titre de mode et de tribunal de règlement de différends, l'arbitrage privé a connu un essor remarquable au Canada, notamment au cours des deux dernières décennies. Sans aucun doute, cette tendance est attribuable à l'évolution de l'attitude des tribunaux qui acceptent l'arbitrage comme une véritable solution de rechange au procès, grâce en partie à la réforme législative qui a eu lieu au pays : par conséquent, les parties qui ont accepté de soumettre un différend à l'arbitrage devront maintenant respecter leur engagement. Il en est de même en matière de réclamations de consommateurs. Présentement, bon nombre de contrats de consommation contiennent des clauses d'arbitrage. Mais qu'arrive-t-il dans le cas où un consommateur désire contourner une clause d'arbitrage et intenter un recours collectif. Dans des provinces comme l'Alberta, l'Ontario et le Québec, les renonciations à un recours collectif et aux clauses d'arbitrage ne sont pas exécutoires en raison de dispositions législatives expresses. Ces réformes législatives sont la conséquence directe de décisions comme *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 où il a été décidé qu'en l'absence d'une interdiction législation explicite, même dans le contexte de contrats de consommation, toutes les conventions d'arbitrages doivent être maintenues par les tribunaux.

La loi de la Colombie-Britannique ne contient pas une telle disposition explicite; au mieux, le libellé est discutable. Néanmoins, la Cour suprême du Canada a récemment décidé que le libellé était adéquat pour protéger le consommateur. Dans une dissidence exceptionnellement virulente, quatre des neuf juges ont critiqué la majorité, déclarant que leur interprétation constituait *un retour en arrière inexplicable à un temps où les tribunaux exerçaient un monopole sur la prise des décisions et où les arbitres étaient traités comme des décideurs de deuxième ordre.* Un tel langage mérite en soi une étude plus approfondie.

Introduction

Le 18 mars 2011, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans *Seidel c. TELUS Communications Inc*[2]. Madame Seidel a entrepris des procédures de recours collectif devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, nonobstant la clause d'arbitrage de son contrat avec TELUS :

> 15. ARBITRAGE : Tout différend, toute controverse ou toute réclamation (de nature contractuelle ou délictuelle, en vertu de la loi ou d'un règlement, ou autrement, passé, présent ou futur - sauf en ce qui concerne la perception par TELUS Mobilité de toute somme auprès de vous) qu'il découle des causes suivantes ou qu'il y soit lié : a) la présente entente; b) un téléphone ou le service; c) des déclarations verbales ou écrites, ou des publicités ou promotions concernant la présente entente ou le service; d) les relations qui découlent de la présente entente (y compris les relations avec les tiers qui ne sont pas parties), (chacune étant, individuellement, une « réclamation ») feront l'objet d'une médiation privée et confidentielle devant un seul médiateur choisi par les parties à leurs frais conjoints. Si les parties n'arrivent pas à un règlement après une médiation de bonne foi, le litige sera alors soumis à l'arbitrage privé, confidentiel et final de la même personne qui a été choisie à l'origine comme médiateur. L'une ou l'autre des parties peut intenter une action en justice en vue de faire respecter et exécuter la sentence arbitrale rendue, après un délai de trente (30) jours à compter de la date de cette sentence. En acceptant ce qui précède, vous renoncez à tout droit que vous pouvez avoir d'intenter un recours collectif, ou d'y participer, à l'encontre de TELUS Mobilité, en ce qui concerne toute réclamation et, le cas échéant, vous convenez, par les présentes, de vous retirer de tout recours collectif autrement intenté contre TELUS Mobilité.

La demande de madame Seidel repose essentiellement sur le fait que TELUS facture illégalement du temps à ses clients après qu'un téléphone cellulaire soit connecté au réseau de TELUS, mais avant que le destinataire ne réponde à l'appel. Sa demande de mesures de réparation (un jugement déclaratoire, une injonction et des dom-

mages) était apparemment fondée, en premier lieu, sur la *Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996, c. 457 (« *TPA* ») de la Colombie-Britannique; et, en deuxième lieu, sur les articles 171 et 172 de la *British Columbia Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C 2004, c. 2 (« *BPCPA* »). La *BPCPA* contient la disposition suivante, essentielle à l'appel :

> 3. Sauf dans la mesure où elle est expressément permise par la présente loi, la renonciation aux droits, avantages ou protections qui y sont prévus est nulle.

En sus, l'article 15 de la *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55 était en cause :

> 15. (1) Si une partie à une convention d'arbitrage intente contre une autre partie à la convention une action relative à une question qui, suivant cette convention, devait être soumise à l'arbitrage, une partie à la procédure peut, avant ou après avoir comparu et avant d'avoir déposé des actes de procédure ou autrement agi dans l'instance, demander au tribunal de suspendre l'instance.
>
> (2) Le tribunal saisi de la demande visée au paragraphe (1) suspend l'instance à moins qu'il ne constate que la convention d'arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, infirmant le jugement de première instance, a suspendu le recours de madame Seidel en faveur de l'arbitrage. De ce fait, cette Cour a décidé que le jugement de la Cour suprême du Canada dans *Dell Computer Corp. c. Unions des consommateurs*, 2007 CSC 34, bien qu'il traitait de la relation entre les clauses d'arbitrage et les recours collectifs en vertu du *Code civil du Québec*, s'appliquait au régime législatif de la Colombie-Britannique (semblable à celui du Québec), et liait ainsi la Cour.

Devant la Cour suprême du Canada, le seul point en litige était le suivant : les réclamations de madame Seidel en vertu de la BPCPA avaient-elles été suspendues à juste titre ou l'article 3 de la *BPCPA* crée-t-il une exception aux dispositions impératives des paragraphes 15(1) et (2) de la *CAA*.

Analyse

(i) Le principe de compétence-compétence

Dans une décision partagée de 5 à 4, la Cour a statué que l'article 3 de la *BPCPA* crée en fait une telle exception. Toutefois, le langage utilisé par les juges dissidents témoigne d'une profonde division au sein de la Cour sur le rôle des procédures d'arbitrage dans l'actuel système judiciaire canadien :

> À notre avis, une telle interprétation constitue un retour en arrière inexplicable à un temps où les tribunaux exerçaient un monopole sur la prise des décisions et où les arbitres étaient traités comme des décideurs de deuxième ordre[3].

Il n'y a aucune divergence sur l'application générale du principe de compétence-compétence de l'arrêt *Dell*[4]. Il est présentement hors de doute qu'au Canada, une directive législative explicite, selon laquelle les arbitres doivent se prononcer sur l'étendue de leur propre compétence, une directive formulée en des termes semblables à ceux qui figurent dans la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* de 1958 (la « Convention de New York ») et de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* de 1985 (la « Loi type »), constitue une incorporation par renvoi du principe de compétence-compétence.

Dans de tels cas, sauf contestation de la compétence de l'arbitre fondée uniquement sur une question de droit (ou une question mixte de droit et de fait qui ne requiert qu'une analyse rapide de la preuve versée au dossier), l'existence ou la validité d'une convention d'arbitrage à laquelle s'applique une loi comme la *CAA* doit être décidée en premier lieu par l'arbitre, et la Cour devrait ordonner la suspension. Dans ce cas, tous les juges de la Cour suprême étaient d'accord que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait à bon escient accepté et sanctionné cette approche. Toutefois, la Cour a été divisée quant à l'application appropriée de cette approche aux faits du dossier.

(ii) L'effet de l'article 3 de la BPCPA

Il appert de toute évidence de la façon dont les juges majoritaires et dissidents ont qualifié respectivement la question fondamentale, qu'il existe un schisme au sein de la Cour à l'égard du rôle de l'arbitrage dans le présent système judiciaire canadien. Le juge Binnie, au nom de la majorité, a défini la question comme une d'« accès à la justice », notant qu'« étant donné ses origines contractuelles, la justice rendue par le recours à l'arbitrage privé a forcément une portée limitée[5] ».

L'opinion des juges dissidents, rendue par les juges LeBel et Deschamps, a été axée non pas sur l'accès à la justice en soi mais,

National Arbitration and Mediation Rules

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

To receive copies of the National Arbitration Rules or the National Mediation Rules for distribution call Mena at:

416-487-4733 or 1-877-475-4353
admin@adrcanada.ca
www.adrcanada.ca

Pour recevoir des copies des Règles nationales d'arbitrage ou les Règles nationales de médiation, pour distribution, veuillez téléphoner à Mena :

416-487-4733 or 1-877-475-4353
admin@adrcanada.ca
www.adrcanada.ca

plutôt, à savoir si accès à la justice doit signifier « accès à un juge » :

> Afin de favoriser et d'améliorer l'accès à la justice, et d'accroître l'efficacité de ressources judiciaires limitées, les législatures ont mis en place de nouveaux moyens procéduraux destinés à modifier l'action en justice traditionnelle ou à offrir des voies alternatives à celle-ci. Ces nouvelles voies incluent les recours collectifs et l'arbitrage, tous deux approuvés par notre Cour. Les consommateurs en Colombie-Britannique peuvent déjà s'adresser à un arbitre ou à un tribunal judiciaire pour régler leurs différends, selon les stipulations du contrat intervenu. Dans ce dossier, le contrat de consommation prévoit, en cas de litige, le recours exclusif à l'arbitrage, un mécanisme d'accès à la justice dont l'efficacité est reconnue depuis longtemps par les tribunaux canadiens. Par conséquent, il s'agit plutôt dans la présente affaire de déterminer si l'accès à la justice signifie et exige l'accès à un juge[6].

Les questions, ainsi cernées, ne laissaient planer aucun doute quant au résultat. Le juge Binnie conclut que l'article 3 de la *BPCPA* doit être interprété pour signifier « que, dans la mesure où elle vise à retirer des droits, avantages ou protections accordés par la *BPCPA*, la clause d'arbitrage est invalide[7] ». Au cœur de ce raisonnement est la notion que c'est un droit, un avantage ou une protection en vertu de la *BPCPA* que de faire valoir une réclamation d'un consommateur *devant les tribunaux*. Le corollaire est que l'obligation de faire valoir la même réclamation devant un tribunal d'arbitrage équivaut à affaiblir un tel droit, un tel avantage ou une telle protection. Le juge Binnie a noté :

> Le libellé de la loi favorise Mme Seidel. Les termes performatifs de l'art. 3 (« droits, avantages ou protections ») ont une portée large et générale. TELUS soutient (ce à quoi souscrivent mes collègues les juges LeBel et Deschamps - voir le par. 136 de leur motifs) que le droit d'« intenter une action devant la Cour Suprême », prévu à l'art. 172, est uniquement un droit procédural. Avec égards, cette qualification n'est d'aucun secours pour TELUS. Peu importe sa nature - procédurale ou substantielle - , il s'agit indubitablement d'un « droit » ou « avantage » conféré par la loi. Si le législateur avait eu l'intention d'établir à l'art. 3 de la *BPCPA* des distinctions entre les « droits, avantages ou protections » procéduraux et ceux de nature substantielle, il aurait très bien pu le faire, mais ce n'est pas la voie qu'il a choisie. La loi accorde à Mme Seidel le « droit » de déposer sa plainte à la Cour suprême. Mes collègues les juges LeBel et Deschamps ont atténué le sens de l'expression « droits, avantages ou protections » de façon à en exclure les droits procéduraux. Je ne vois aucune raison de modifier ainsi la *BPCPA*[8].

Le juge Binnie présente essentiellement deux justifications à son approche :

- En matière de consommation, les jugements déclaratoires et les injonctions (des recours prévus dans la *BPCPA*) sont les recours les plus efficaces pour défendre les intérêts des consommateurs en général et dissuader les fournisseurs de commettre des actes fautifs[9]; et
- En revanche, les arbitrages sont « privés et confidentiels », il y a absence de précédent faisant autorité et une ordonnance rendue par un arbitre ne lierait pas les tiers[10].

Comme il a été mentionné plus haut dans l'introduction, les juges dissidents ont été exceptionnellement critiques à l'égard de l'approche du juge Binnie. Les juges LeBel et Deschamps ont en premier lieu examiné attentivement la jurisprudence canadienne en matière d'arbitrage et ont conclu que, jusqu'à la fin des années 80, les tribunaux canadiens étaient ouvertement hostiles à l'arbitrage. Cette hostilité a, au fil des ans, donné lieu à une nouvelle approche, c'est-à-dire que lorsqu'une législature souhaite exclure la possibilité de recourir à l'arbitrage pour régler une catégorie donnée de litiges d'ordre juridique, elle doit le faire de manière explicite[11].

Par la suite, ils ont expliqué que la *CAA* a été influencée par la *Loi type* et que, par conséquent, le raisonnement de l'arrêt *Dell* s'appliquait[12]. Quant à l'interprétation appropriée de la *BPCPA*, les juges LeBel et Deschamps ont conclu que l'article 3 était conçu pour protéger des droits substantifs - toutefois, la détermination du tribunal qui doit entendre de tels cas est une question de procédure :

> L'arbitre peut accorder, à l'encontre de TELUS, les réparations prévues à l'article 172 de la *BPCPA*. La convention d'arbitrage entre madame Seidel et TELUS ne constitue donc pas une renonciation irrégulière aux droits, avantages ou protections que l'article 3 de la *BPCPA* confère à madame Seidel. Ainsi, dans sa forme actuelle, la *BPCPA* ne fournit aucun motif à un tribunal judiciaire de rejeter une demande de suspension d'instance fondée sur l'article 15 de la *CAA*. L'article 3 de la *BPCPA* n'interdit pas les conventions visant à assujettir les litiges de consommation à l'arbitrage ou à limiter autrement l'accès au recours collectif parce que l'article 172 de la *BPCPA* désigne simplement l'instance appelée à statuer, dans le système judiciaire public, sur les droits, avantages et protections qu'offre cet article. Cependant, l'article 172 n'exclut pas explicitement la possibilité pour d'autres tribunaux, comme les tribunaux d'arbitrage, d'avoir compétence en la matière.

Commentaire

La majorité a-t-elle raison? Les termes pertinents de la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*[13] sont les suivants :

Aucune renonciation aux droits substantiels et procéduraux

7. (1) Les droits substantiels et procéduraux accordés en application de la présente loi s'appliquent malgré toute convention ou renonciation à l'effet contraire.

Restriction de l'effet d'une condition exigeant l'arbitrage

(2) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), est invalide, dans la mesure où elle empêche le consommateur d'exercer son droit d'introduire une action devant la Cour supérieure de justice en vertu de la présente loi, la condition ou la reconnaissance, énoncée dans une convention de consommation ou une convention connexe, qui exige ou a pour effet d'exiger que les différends relatifs à la convention de

consommation soient soumis à l'arbitrage.

Non-application de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*

(5) Le paragraphe 7(1) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* ne s'applique pas à l'instance visée au paragraphe (2), sauf si, après la naissance du différend, le consommateur consent à le soumettre à l'arbitrage.

Recours collectif

8. (1) Le consommateur peut, en vertu de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, introduire une instance au nom des membres d'un groupe dans une telle instance à l'égard d'un différend relatif à une convention de consommation malgré toute condition ou reconnaissance, énoncée dans la convention de consommation ou une convention connexe, qui aurait ou a pour effet de l'empêcher d'introduire un recours collectif ou de devenir membre d'un tel groupe.

Non-application de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*

(4) Le paragraphe 7(1) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* ne s'applique pas à l'instance visée au paragraphe (1), sauf si, après la naissance du différend, le consommateur consent à soumettre le différend à l'arbitrage.

Lorsque ce libellé est comparé à celui de l'article 3 de la *BPCPA*, l'on se demande pourquoi le juge Binnie a décidé que ce dernier était le reflet de l'intention de la législature de rescinder le choix que les parties avaient clairement exprimé en faveur de l'arbitrage. Son argument que l'article 172 de la *BPCPA* confère un droit, un avantage ou une protection que l'article 3 de la *BPCPA* protège donne à penser que l'obligation de soumettre à l'arbitrage une réclamation comprise à l'article 172 est moins valable que de la soumettre à un tribunal de droit commun. Étant donné l'évolution et l'acceptation des modes de PRD, y compris l'arbitrage commercial, au sein des tribunaux canadiens ces deux dernières décennies, cette constatation soulève de sérieuses questions.

L'argument du juge Binnie selon lequel l'arbitrage est contraire aux principes d'ordre public exprimés à l'article 172, en ce qu'un arbitrage privé ne peut pas offrir les réparations offertes par l'article 172, n'est également pas clair. Tout d'abord, toute sentence arbitrale est exécutoire par les tribunaux et, par conséquent, est susceptible d'être examinée par le public. Le principe de dissuasion serait également assuré, ce qui semble avoir préoccupé le juge Binnie. En sus, comme les juges dissidents ont à juste titre souligné, en vertu des récentes lois canadiennes, y compris celles de la Colombie-Britannique, les arbitres possèdent de larges pouvoirs de réparation et peuvent « ordonner des exécutions en nature, ordonner la rectification, prononcer des injonctions et ordonner d'autres mesures de réparation reconnues en *equity*[14] ». Sous cet angle, il y a amplement de matière pour donner à penser que les motifs des juges dissidents sont plus convaincants.

Il doit être noté que peu de temps après l'arrêt *TELUS*, la Cour suprême des États-Unis a décidé, 5 juges en faveur et 4 dissidents, qu'une clause d'arbitrage dans un contrat de consommation qui interdit des procédures en recours collectif n'est pas abusive[15]. De ce fait, cette Cour a décidé que l'article 2 de la *Federal Arbitration Act* (« FAA »)[16] (qui rend les conventions d'arbitrage « valides, irrévocables, et exécutoires, sauf pour les motifs qui existent en droit ou en *equity* pour la révocation de tout contrat » [traduction]) ne peut pas être invoqué pour déroger à une clause d'arbitrage interdisant les recours collectifs. Il appert clairement alors que, dans le contexte de contrat de consommation, la Cour suprême des États-Unis a adopté une approche bien différente de celle de la Cour suprême du Canada.

En fin de compte, y-a-t-il de véritables conséquences au Canada? Nous soumettons que la réponse est « non ». Il est vrai que le schisme évident entre les juges majoritaires et les dissidents est plutôt surprenant. Le respect porté à l'arbitrage est devenu, après tout, un des éléments distinctifs du système judiciaire canadien. Mais, en dernière analyse, la Cour suprême a simplement ajouté la Colombie-Britannique à la liste de provinces où les recours collectifs de consommateurs peuvent procéder (dans la mesure où les paramètres ordinaires d'autorisation sont respectés). Par conséquent, le résultat n'est pas remarquable et nous croyons qu' à l'exception du contexte de contrats de consommation et, dans ce cas, uniquement là où la législature est intervenue, l'arbitrage commercial continuera son essor au Canada, de la même façon qu'au cours des 20 dernières années.

---

1 Michael Schafler et Norm Emblem\
2 Seidel c. TELUS Communications Inc., 2011 CSC 15.
3 Ibid. paragraphe 55.
4 Ibid. paragraphes 29 et 89-121.
5 Ibid. paragraphes 7 et 22.
6 Ibid. paragraphe 52.
7 Ibid. paragraphe 31.
8 Ibid. paragraphe 33.
9 Ibid. paragraphe 35.
10 Ibid. paragraphes 35, 38-39.
11 Ibid. paragraphes 89-121, surtout le paragraphe 103.
12 Ibid. paragraphes 109-121, surtout les paragraphes 109-110.
13 S.O. 2002, c. 30, Sch. A. Des termes semblables se trouvent dans la législation pertinente de l'Alberta et du Québec. Voir TELUS, supra, aux paragraphes 173-175.
14 TELUS, supra, aux paragraphes 146-148.
15 AT&T Mobility LLC v. Concepcion 563 U.S. ____ (2011) [No. 09-893].
16 9 U.S.C. §2.

Externalisation des services de l'IAMC

L'IAMC fournit au gouvernement et à diverses organisations des services d'administration de cas. De l'affectation des arbitres et des médiateurs à la facturation finale, l'IAMC se charge de tout.

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

Pour des renseignements supplémentaires, veuillez communiquer avec Mary Anne Harnick, directrice exécutive, au 416 487-4733 ou au 1 877 475-4353, ou visitez notre site Web à l'adresse *www.adrcanada.ca/services/outsourcing*

Benefits of Membership

In addition to the many practical benefits of membership relating to education, networking, advertising and accreditation opportunities, members are part of an organization that will take them into the future. Some of the benefits of membership are outlined below:

A member in good standing

Can apply for accreditation as a Chartered Mediator, Chartered Arbitrator or Qualified Mediator. These designations are recognized nationally and internationally and signify to the public, and to those referring clients, that an ADR practitioner has achieved a particular level of skill and experience. Individuals who hold these designations therefore enjoy a competitive advantage. Professionals who have earned these designations stand above the crowd.

The letters behind a professional's name mean something. That's why we work towards them and that's why members of the public gravitate to them. A professional designation is your way of differentiating yourself and conveying your level of achievement to prospective users of your services.

Users of ADR services, or lawyers and other professionals referring clients, feel confident selecting ADR professionals with designations granted by ADR Canada. In making their selections, users are choosing individuals whose performance has been reviewed and assessed by a committee of senior and respected practitioners who have verified that the professional is working at a particular level.

Highly experienced members can apply for the Chartered Mediator, (C.Med.) or Chartered Arbitrator, (C. Arb.) designations. These high level, senior designations are known and respected across Canada and internationally. This is the most senior designation offered by the Institute.

Members with extensive training and some practice experience can apply for the "Qualified Mediator", designation that indicates they have been judged to be practicing at an intermediate level. *For more information on these designations www.adrcanada.ca/resources/designation.cfm*

Practice standards and a regulatory framework:

Users of ADR services are warned to steer clear of unaffiliated professionals so membership in the ADR Institute, the largest and most respected organization of ADR professionals in Canada, is a competitive advantage that sets you apart from ADR practitioners who are not associated with a strong organization.

In addition, Institute members are held accountable to practice standards that include a Mediator's Code of Conduct and a National Code of Ethics. Practitioners not associated with any organization are accountable to no one, making them a more risky choice for ADR users.

Complaints about members who breach the standards set out in these documents can be brought to the attention of the Board of Directors of the affiliate or national for investigation and potential discipline as per the procedure set out in Regulations issued under the By-laws of the ADR Institute of Canada, or by disciplinary processes set by the province. There is, therefore, an avenue of redress for users of ADR services who feel the service they have received breaches ADRIC's practice standards.

In effect, the Institute provides an infrastructure that allows ADR practitioners to be self-regulating professionals.

Canada's largest association of ADR professionals:

Listing on our national database, ADR Connect, is now free with the cost of membership - and there is no better way of getting your name in front of thousands of potential users - nationally and internationally. You can list your areas of expertise, your designations, biographical details or add your resume and calendar to your listing. Users can search by name, geographic area, practice area and language. This web site provides our members with invaluable national and international advertising opportunities.

Preferred liability insurance coverage:

ADR Institute of Canada has negotiated a competitive professional liability insurance rate for our members with Encon Group Inc. through Marsh Canada. *For rates, applications and further information www.adrcanada.ca/resources/insurance.cfm*

Canadian Arbitration and Mediation Journal:

With a cross-Canada editorial Board of some of the foremost mediators and arbitrators in Canada, the Canadian Arbitration and Mediation Journal provides insights and information on issues of central concern to ADR professionals from all provinces. To write for the Journal contact Mary Anne Harnick, Executive Director.

The annual national conference:

Each year, ADR Canada brings together leading professionals from across the country to discuss the ADR issues of immediate and long-term relevance to members and friends of the Institute. The conference is an invaluable networking and learning opportunity that is available to members at a reduced rate.

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.
1-877-475-4353 • admin@adrcanada.ca
ADR Connect:
Find an ADR Professional
www.adrontario.ca/findapro.cfm
Gold Standard
Mediators
Arbitrators

We congratulate the following members of ADR Canada who received the designation of Chartered Arbitrator and/or Chartered Mediator:

Félicitations aux membres suivants de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada qui ont reçu la désignation de Arbitre agréé(e) et / ou Médiateur / Médiatrice agréé(e) :

François Alepin, C.Med (QC)
Brenda M. Arseneault, C.Med (AB)
Richard Assinger, C.Med (AB)

Laurie Bailer, C.Med (AB)
Nayla Beaudry, C.Med (ON)
Mary Margaret Biedermann, C.Med (ON)
Krista Bolton, C.Med (AB)
Eric Bonfield, C.Med (BC)
Dominique Bourcheix, C.Med (QC)
Jeannette Bourgeault, C.Med (AB)
Colm Brannigan, C.Arb (ON)
Ely M. Braun, C.Med (ON)
Timothy D. Brodie, C.Med (ON)
Rick Brooks, C.Med (ON)
Michele Brown, C.Med (AB)
M. Jeanne Byron, C.Med (AB)

Danny Cameron, C.Med (AB)
Florence Cameron, C.Med (AB)
Thomas Carr, C.Arb (BC)
Nicole Charron, C.Med (ON)
Steve Critchley, C.Med (AB)

Karen Delaronde, C.Med (AB)
Louis Desjardins, C.Med, C.Arb (QC)
L. Leslie Dizgun, C.Med (ON)
Gerry Doerksen, C.Med (AB)
Gertrude Anne Dolman, C.Med (AB)

John L. Ferris, C.Med (ON)
Dr. Frank Fowlie, C.Med (BC)

Louise E. Gaboriault, C.Med (QC)
Janice Gehrke, C.Med (AB)
Benjamin J. Greenberg, C.Arb (QC)
Edwin Greenfield, C.Med (ON)
Denis F. Gauthier, C.Med (QC)

Nessim Habashi, C.Med (QC)
Jeffrey A. Hand, C.Med (BC)
Wendy L. Hassen, C.Med (AB)
Christine Hastings, C.Med (AB)
John Wm. Hazelwood, C.Med (AB)
Lawrence Herman, C.Med (ON)

James B. Isaacs, C.Arb, C.Med (AB)

Alban Janin, C.Med (QC)
Sophie Julien, C.Med (QC)
Ian V.P. Johnson, C.Med (ON)
Sophie Julien, C.Med (ON)

Sandra M. Kahle, C.Med (BC)
William G. Kelly, C.Med (ADRA)
Lilian Ruth Klein, C.Med (ON)

Paul Lacoste, C.Med (QC)
Judith Lake, C.Med (AB)
Gaston Langlois, C.Med (QC)
Diane Laurin, C.Med (ON)
Dominique Lettre, C.Med (QC)
Michel Lemoine, C.Med, C.Arb (QC)
Kelly Lewis, C.Med (ON)

Diane Mainville, C.Med (ON)
Nathalie Massicote, C.Med (QC)
Rachel McDonald, C.Med (AB)
Gerald McEniry, C.Med (QC)
Carolyn Mercier, C.Med (AB)
Daniel Miller, C.Med (BC)
Marjorie Munroe, C.Med (AB)
Joanne Munro, C.Med (AB)

Judy Neger, C.Med (ON)
Robert Néron, C.Arb (ON)
Rosemary J. Nichols, C.Med (ADRA)
Sylvie Noguer, C.Med (QC)
E. Joy Noonan, C.Med (ON)

Finn O'Brien, C.Med (ADRA)

Carey Patterson, C.Med (AB)
Philippe Patry, C.Med (ON)
André Paquette, C.Med (QC)
Lise Pelletier, C.Med (QC)
Michelle Phaneuf, C.Med (AB)
Robert W. Pidgeon, C.Med (ON)
Anne-Marie Pierrot, C.Med (QC)
Patrick J. Poyner, C.Arb (BC)

Patricia Reder, C.Med (ON)
W. Augustus Richardson, C.Arb (ADRA)

Barbara Rix, C.Med (AB)
Tim Robillard, C.Med (AB)
Anna Rose, C.Med (AB)

Duncan Shaw, C.Arb (BC)
John H. Skone, C.Med (AB)
Sandra L. Smyth, C.Med (AB)
Ernest G. Soulliere, C.Med (ON)
John Souman, C.Med (AB)
Michelle Sutherland, C.Med (ADRA)

Lorna Tardif, C.Med (QC)
Wayne Thistle, C.Med (ADRA)
Patricia Tolppanen, C.Med (AB)
Caleb Toombs, C.Med (ADRA)
Nick Tywoniuk, C.Arb, C.Med (AB)

Sue Vandittelli, C.Med (ON)
Sam Wales, C.Med (ON)
Dana Zlenko, C.Med (AB)

We congratulate the following members of ADR Canada who are now IMI Certified *(www.imimediation.org):*

Félicitations aux membres suivants de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada qui ont reçu la certification IMI *(www.imimediation.org)* :

Eric Bonfield
Vance Cooper
Corinne Renaud-Gagnier
Angelene Flo Lye (Cameron)
Gloria Lechky
John Souman
Mary Margaret Biederman
Matthew Lawrence
Penny J. Woodcock

Advertise
Affichez votre publicité

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

Advertise in the Canadian Arbitration and Mediation Journal
Ask for a rate card: janet@adrcanada.ca

Affichez votre publicité dans le Journal canadien d'arbitrage et de médiation
Informez-vous sur les tarifs : janet@adrcanada.ca

416-487-4733 • 877-475-4353

Lionel J. McGowan Awards of Excellence in Dispute Resolution Call for Nominations for 2011

The ADR Institute of Canada, Inc. is calling for nominees for the Lionel J. McGowan Awards of Excellence in Dispute Resolution.

The awards are named in recognition and honour of Lionel J. McGowan, the first Executive Director of the Arbitrators' Institute of Canada. The presentation of the McGowan Awards will take place at the Institute's Annual General Meeting to be held in *Vancouver, BC on October 27, 2011*. There are two awards: one which recognizes outstanding contribution to the support, development and success of the ADR Institute of Canada, Inc. and/or development of alternative dispute resolution nationally and one which recognizes contribution to a Regional Affiliate and within a Region.

Regional Award of Excellence

This award is for an individual who has made an outstanding contribution to the development and success of the Regional Affiliate of the ADR Institute of Canada, either by a short-term exceptional effort or through constant contributions over a long period of time, or has contributed significantly to the promotion and development of ADR within the region. Note that simply being a member for many years, being on a board or committee for many years, or carrying out one's own ADR practice do not apply toward the award.

National Award of Excellence

This award is similar to the Regional award, but given for contributions to the ADR Institute of Canada. A candidate's contributions to the support, development and/or progress of the ADR Institute of Canada and its policies and programs, and to promotion of ADR on a national scale, would be relevant.

Professional ADR teaching, hearing ADR cases and other ADR practice activities do not qualify. Similarly, simply being on the Board of the ADR Institute of Canada does not qualify unless it included major contributions to the Institute through development of the Institute's structure, National-Regional relationships, national programs or materials, funding, or other significant Institute initiatives.

Deadline

Nominations will be accepted until Tuesday, September 6, 2011. You are encouraged to submit nominations at any time prior to this date. Please send nominations to the McGowan Nomination Committee at the ADR Institute's national office, by fax or e-mail.

McGowan Nominations Committee

ADR Institute of Canada, Inc.

234 Eglinton Ave. E., Suite 405

Toronto, Ontario M4P 1K5

Fax: 416-487-4429

admin@adrcanada.ca

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

Prix d'Excellence à la Mémoire de L.J. McGowan Demande des nominations pour 2011

L'Institut d'Arbitrage et de Médiation cherche des nominations pour le Prix d'Excellence en Résolution Extrajudiciaire de Disputes.

Le prix est accordé en honneur et en reconnaissance de Lionel J. McGowan, le premier Directeur exécutif de l'Institut d'Arbitrage du Canada, une des organisations fondatrices de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada. La présentation se fera lors de la Réunion Générale Annuelle de l'Institut à *Vancouver, Colombie Britanique, le 27 octobre 2011*. Deux prix sont décernés lors de la présentation : l'un en raison des contributions à l'Institut et au domaine au niveau national, et l'autre, en raison des contributions au niveau régional.

Prix d'Excellence Régional

Ce prix est décerné à celui ou celle-ci qui a contribué au développement et au succès d'un Institut régional d'un façon incomparable, soit par son effort remarquable à court terme, ou par sa contribution constante sur une longue période et qui a contribué de façon significative à la promotion et/ou au développement de la PRD au sein de la région. Il faut noter que, payer ses frais pour plusieurs années, siéger sur un comité ou un Conseil d'administration pour plusieurs années, et avoir sa propre pratique de PRD avec rémunération, ne comptent pas envers un prix.

Prix d'Excellence National

Ce prix est semblable au prix régional, mais est décerné en raison des contributions à l'Institut National. Les contributions du candidat à l'appui, le développement, et/ou le progrès de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc. et ses politiques et programmes, et de promouvoir la PRD au niveau national, sont pertinent.

Enseigner la PRD professionnellement, écouter aux cas de PRD, et d'autres activités de la pratique de la PRD, ne comptent pas. En plus, étant sur le Conseil d'administration de l'Institut national ne compterait pas, à moins que ça incluse des contributions majeures à l'Institut à travers le développement de la structure de l'Institut, des relations régionales-nationales, des programmes ou matériaux nationaux, du financement, ou d'autres initiatives significatives de l'Institut.

Date de soumission

La date limite pour recevoir les nominations est mardi le 6 septembre 2011. Nous vous encourageons de soumettre vos nominations dès que possible, au Comité des Nominations McGowan, au bureau de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, par télécopieur ou courriel électronique.

Comité des Nominations McGowan

Institut d'Arbitrage et

de Médiation du Canada, Inc.

234, rue Eglinton est, bureau 405

Toronto (Ontario) M4P 1K5

Téléc. : 416-487-4429

admin@adrcanada.ca

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

ADR Institute of Canada Fellows

Past Presidents/ Anciens présidents

1974-1975 L. J. McGowan
1975-1976 J. T. Fisher
1977-1979 W. E. Hickey
1979-1981 P. B. Walters
1981-1981 B. V. Orsini
1981-1984 Joseph W. Myers
1984-1985 W. John C. Stikeman
1985-1986 Norman A. Richards
1986-1988 William G. Geddes
1988-1990 C. H. Laberge
1990-1991 D. C. Andrews
1991-1994 H. J. Wilkinson
1994-1995 Joanne H. Goss
1995-1997 Roman Evancic
1997-1999 Gervin L. Greasley
1999-2000 Heather A. de Berdt Romilly
2000-2001 Allan Stitt
2001-2002 Kent Woodruff
2002-2004 Barry C. Effler
2004-2007 P. David McCutcheon
2007-2009 Donald E. Short

Fellows/ Distingués

Archie M. Doyle, BSc (EE), MEIC, PEng.
Basil V. Orsini, CMP, CIE, MCIQS, FCIArb
Carson F. Morrison, BE, MSc, FEIC, PEng.
Charles H. Laberge, BComm, MBA, C.Arb.
David C. Elliott, C.Arb.
David Lemco, C.Arb.
Donald M. Batten, FCIArb., FIIC, FAIC
E. Leonard Weldon, Q.C.
H.D.C. Hunter, BA, MA, C.Arb.
Harold J. Wilkinson, PEng.
John A. Tuck, Q.C.
Joseph W. Myers
Lionel J. McGowan
Paul B. Walters, BASc, MBA, MEIC, PEng.
Philippe Ferland
Professor Roger Fisher
W. John Stikeman, MBE
William G. Geddes, LL.B., BSc, Civil Eng, C.Arb., Mediator
William R. Kay
Winston E. Hickley, LLD, FEIC, PEng.

Honorary Fellows/ Distingués honoraires

B.W. Vigrass
Past Director and Secretary,
The Chartered Institute of Arbitrators

Cedric Barclay
Past President
The Chartered Institute of Arbitrators

Robert Coulson
Past President
American Arbitration Association

Richard J. Soper
Past President
The Chartered Institute of Arbitrators

Directors Emeritus/ Directeurs émérite

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

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

National Office / Bureau national

ADR Institute of Canada, Inc.
L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc.
Suite 405, 234 Eglinton Avenue East
Toronto, ON M4P 1K5

Toll-free: 1-877-475-4353
Tel: 416-487-4733
Fax: 416-487-4429
Email: admin@adrcanada.ca
Internet: www.adrcanada.ca

Affiliates / Affiliées

BRITISH COLUMBIA
British Columbia Arbitration and Mediation Institute
510 - 700 West Pender St.
Vancouver, BC V6C 1G8
Toll-free: 1-877-332-2264 (in BC)
Tel: 604-736-6614
Fax: 604-736-9233
Email: info@bcami.com
Internet: www.amibc.org

ALBERTA
Alberta Arbitration and Mediation Society
Lethbridge Building, Suite 605
10707 - 100 Avenue
Edmonton, AB T5J 3M1
Toll-free: 1-800-232-7214
Tel: 780-433-4881
Fax: 780-433-9024
Email: info@aams.ab.ca
Internet: www.aams.ab.ca

SASKATCHEWAN
ADR Institute of Saskatchewan Inc.
Box 22015, RPO Wildwood
Saskatoon SK S4H 5P1
Tel: 306-262-0271
Toll-free: 1-866-596-7275
Fax: 306-933-2006
email: admin@adrsaskatchewan
internet: www.ardsaskatchewan.ca

MANITOBA
Arbitration and Mediation Institute of Manitoba Inc.
P.O. Box 436, RPO Corydon
Winnipeg, MB R3M 3V3
Tel: 204-783-0529
Fax: 204-897-7191
Email: info@amim.mb.ca
Internet: www.amim.mb.ca

ONTARIO
ADR Institute of Ontario, Inc.
Suite 405, 234 Eglinton Avenue East
Toronto, ON M4P 1K5
Tel: 416-487-4447
Fax: 416-487-4429
Email: admin@adrontario.ca
Internet: www.adrontario.ca

QUÉBEC
Institut de médiation et d'arbitrage du Québec
C.P. 874, Succursale B
Montréal, PQ H3B 3K5
Tél: 514-282-3327
Téléc. 514-282-2214
Email info@imaq.org
Internet: www.imaq.org

ATLANTIC PROVINCES
ADR Atlantic Institute
Box 123
Halifax CRO, NS B3J 2M4
Tel: 902-435-3084
Fax: 902-435-3084
Email: admin@adratlantic.ca
Internet: www.adratlantic.ca