Vol. 19, No. 1

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

Spring/Printemps 2010 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

Message du comité du rédaction 3

Reactive Devaluation: 6

La dévaluation réactive : 8

Attributions in Conflict: 11

L'attribution en contexte de conflit : 13

Quebec's experience in the implementation of DPR methods in construction work 15

Expérience québécoise en matière d'implantation des modes de PRD reliés à l'exécution des travaux de construction 29

The 10 Fastest Ways to Insure a Bad Result in Class Action Mediations: 47

Les dix façons les plus rapides de faire échouer la médiation dans un recours collectif :. 51

Mediation Advocacy Competitions: 56

Compétitions de défense d'une cause de médiation : ... 57

Know Your Limits 58

Connaître ses limites 59

Hold the date for the ADR Institute of Canada Annual National Conference
September 23-24, 2010
Calgary, Alberta

Réservez la date pour la conférence annuelle de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada
du 23 au 24 septembre 2010
Calgary, Alberta

To register call:
Pour vous inscrire appellez:
Rob:
416-487-4733
1-877-475-4353
rob@adrcanada.ca

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 416-487-4733 or 1-877-475-4353

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

- Alberta Environmental Appeals Board
- Appraisal Institute of Canada
- Bennett Jones LLP
- Borden Ladner Gervais LLP
- Burnet Duckworth & Palmer LLP
- ENCANA (was Alberta Energy Company Ltd and PanCanadian Petroleum)
- Imperial Oil Ltd.
- Canadian Institute for Conflict Resolution
- Fasken Martineau DuMoulin LLP
- Fraser Milner Casgrain LLP
- Insurance Bureau of Canada
- Macleod Dixon LLP
- Osler, Hoskin & Harcourt LLP
- The City of Calgary
- Torys LLP

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

The official publication of the ADR Institute of Canada, Inc.

La publication officielle de l'Institut d'arbitration et de médiation du Canada inc.

Vol. 19, No. 1
Spring / Printemps 2010

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

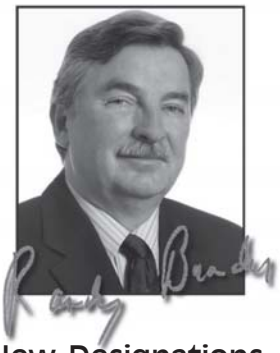
Layout / Mise en page
Whizard Graphics

Canadian Arbitration and Mediation Journal (ISSN 1192-537X) is published twice a year by the ADR Institute of Canada, Inc. © 2010, 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. (c) 2010. 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.

Annual subscription rates / Frais d'abonnement annuel : $90.00 Cdn.
Within U.S./aux États-Unis: $115.00 Cdn.
International: $140.00 Cdn.

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.

New Designations, Enhanced Standards, New Rules and the Annual Conference

The last six months at ADR Canada have been busy - and challenging.

Our Chartered Mediator Review Committee is examining the C. Med. criteria with a view to raising the standard. A Committee has also been set up to review the Chartered Arbitrator. ("C. Arb.") criteria with a view to raising that standard, as well as developing a new, Qualified Arbitrator ("Q.Arb."), designation for members working at an intermediate level.

Raising the standard of our nationally recognized designations further enhances the reputation our members have as providers of "Gold Standard" ADR. Creating the new intermediate level designations (Q.Med. already exists) supports members who may not have the cases but have education and experience that should be recognized by both peers and potential clients. Our intent is to provide members who have not reached the C.Arb. or C.Med. level with a valuable and nationally recognized designation with which to market themselves while simultaneously raising the bar for the more senior designations.

In addition, as the dedicated committee of our most senior ADR practitioners put the finishing touches on the reprinted and updated versions of the ADR Institute of Canada National Mediation Rules and Code of Conduct for Mediators, the membership can look forward to a notice that will appear shortly indicating that the Rules and the Code are now available.

Hold the date!

Finally, we advise all of our members to **hold September 23 and September 24 2010** for the National Conference in Calgary. Last year's conference in Gatineau was attended by over 300 people who rated the conference as an outstanding and inspirational education and networking event. This year's conference will be similar, but in response to feedback received, workshop breakout sessions will be of longer duration for more in-depth information and more interactive and experiential learning. **Block the date in your diary or pre-register with Rob by calling 1-877-475-4353 or in Toronto, call 416-487-4733.** I look forward to meeting you at this very special and worthwhile event.

The Gold Standard for Canadian Disputes

La norme idéale pour les disputes Canadiennes

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

Message du président

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

De nouvelles désignations, des normes améliorées, de nouvelles règles et la conférence annuelle

À l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, ces six derniers mois ont été particulièrement riches en activités et défis.

Le comité d'évaluation des médiateurs agréés procède actuellement à la révision des critères s'appliquant au titre de Méd. a. en vue d'en relever le niveau. Un comité chargé de réviser les règles relatives aux arbitres agréés a également vu le jour. Le renforcement des critères régissant la délivrance du titre d'Arb. a. vise également à créer un nouveau titre, soit celui d'arbitre qualifié (Arb.q.), qui est destiné aux membres exerçant à un niveau intermédiaire.

Le resserrement des critères d'évaluation de nos titres, à la notoriété nationale, renforce la réputation d'excellence de nos membres à titre de fournisseurs de services. La création de nouvelles désignations de niveau intermédiaire (le titre de médiateur qualifié existe déjà) doit venir en appui aux membres n'ayant pas encore résolu de cas, mais possédant les compétences académiques et l'expérience susceptibles d'être reconnues par leurs pairs et les clients potentiels. Notre intention est de permettre aux membres qui n'ont pas atteint le niveau d'Arbitre agréé ou de Médiateur agréé de bénéficier d'un titre valorisant et reconnu à l'échelle nationale, pour faciliter leur intégration sur le marché, tout en relevant les critères s'appliquant aux désignations de niveau supérieur.

Étant donné en outre que le comité, composé des plus éminents professionnels de l'Institut, met la dernière main à la réimpression et la mise à jour des Règles nationales de médiation, et du Code de déontologie des médiateurs de l'institut du Canada, les membres devraient recevoir sous peu un avis indiquant que lesdits documents sont prêts.

Retenez ces dates!

Enfin, nous recommandons à tous nos membres de réserver, dans leur calendrier, **les dates des 23 et 24 septembre 2010** auxquelles se tiendra, à Calgary, la Conférence nationale. Plus de 300 personnes ont assisté, l'an dernier, à la conférence qui s'est tenue à Gatineau; les participants ont considéré que c'était une excellente occasion d'approfondir sa formation et d'établir des réseaux de relations professionnelles. Cette année, la conférence sera similaire, mais en réponse aux commentaires reçus, nous avons prolongé les ateliers en petits groupes afin d'offrir une information plus riche ainsi qu'un apprentissage plus interactif et plus expérientiel. **Réservez ces dates dans votre agenda ou inscrivez-vous d'avance auprès de Rob en composant le 1-877-475-4353 ou, à Toronto, en composant le 416-487-4733.** J'ai hâte de vous rencontrer à cet événement spécial et fort intéressant.

Randy Bundus

Editorial Board / Comité de rédaction

Chair: William G. Horton, FCIArb, Barrister, Arbitrator, Mediator /FCIArb, avocat, arbitre, médiateur
William G. Horton Professional Corporation, Toronto

- Barbara Benoliel, B.A., MBA, Ph.D.
  President / présidente, Preferred Solutions, Inc., Toronto
- Howie Clavier, B.Arch., B.C.L., C.Med., C.Arb., Mediator, Trainer, Attorney, Architect, Resolution Alliance Inc. / B.Arch., B.C.L., Med.A., Arb.A., médiateur, avocat, architecte, Alliance Résolution inc., Montréal
- 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
- 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

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 régional – 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
Barry C. Effler, LL.B., C.Arb., Arb.A. (Fellow)
Corporate Director /
Directeur corporatif – MB
Christine A. Fagan, Q.C., C.Arb., Arb.A.
Corporate Director /
Directrice corporative – AP
Mark Gelowitz
Corporate Director /
Directrice corporative – ON
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
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 officiers

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

William G. Horton, FCIArb, Barrister, Arbitrator, Mediator, wgh@wghlaw.com
On Behalf of the Editorial Board

Is there anything more characteristic or fascinating about human beings than our disputes? "Well, yes," you might say. "What about sex, money or religion?" And you may have a point. But if you really want to grab people's attention, you need a *dispute* about sex, money or religion.

Whether a story is based on fact or fiction, it is conflict that draws the reader in, that creates the mood and reveals the characters – that makes people want to know what is going to happen and how it all turned out. A formula in movie scripts is that something extraordinary must happen within the first three minutes. Mostly, that something extraordinary will be based upon an altercation or conflict of some kind between people. Even in seemingly dry and superficially objective areas of human endeavor such as, say, research science all you need to do to make the topic come alive is to add a dispute about who gets credit for some new discovery. Now you have something we can all relate to and on which we feel free to form an opinion, even if we know nothing about the underlying subject matter!

In this issue of the *Journal*, we have two excellent and highly accessible explorations of the psychological basis of disputes and dispute resolution. Harvey Secter's article on "Reactive Devaluation" charts how the very factors that lead to disputes can also create barriers to the resolution of disputes. From this analysis he outlines the essential role of the dispute resolution neutral in breaking the cycle of distrust and miscommunication. In his article on "Attributions in Conflict", Daryl Landau comes at the same issue from a different perspective, namely how pre-suppositions we have about the motivations of our adversaries can create misdiagnoses of the causes of disputes, both on the part of the disputants and the neutrals who are trying to find a resolution.

Balancing out these learned but brief dissertations on dispute resolution theory, are three articles on dispute resolution in specific contexts. Serge Pisapia's article on Quebec's experience in implementing dispute prevention and resolution procedures in the construction industry is a case study in dispute resolution where there is a significant imbalance of power. Joel Cohen addresses dispute resolution in the context of company restructurings and ongoing business disputes, a growing field of commercial ADR in which the existing and future relationship between the parties is a key consideration. Michael Dickstein's list and discussion of the "Ten Fastest Ways to Insure a Bad Result in Class Action Mediations" will be of interest to anyone who has participated in a class action mediation as counsel or as mediator. Interestingly, some of the practical advice in this piece is at odds with Harvey Secter's thesis that it is better to avoid direct negative communications between the parties.

Which leads to the question: Are disputes about dispute resolution, as fascinating as disputes about sex, money and religion? Perhaps not – except possibly to dispute resolution junkies such as you, dear reader – and of course our editorial board, on whose behalf I welcome you to this edition of the *Journal*.

"Blessed are the peacemakers" – but it is the conflict generators who make life interesting!

Mot du comité de rédaction

William G. Horton, FCIArb, avocat, arbitre, médiateur, wgh@wghlaw.com
Au nom du Comité de rédaction.

Quoi de plus caractéristique ou de fascinant que les conflits humains? Bien entendu, me direz-vous, mais il ne faudrait pas oublier le sexe, l'argent et la religion. Et vous avez probablement raison, car ce sont les *conflits* sur le sexe, l'argent et la religion qui retiennent véritablement l'attention des gens.

Qu'une histoire soit vraie ou fictive, ce sont les conflits qui retiennent l'attention du lecteur, qui créent une atmosphère et révèlent les caractères des personnages, qui font en sorte que les gens veulent savoir ce qui se passera et comment les choses aboutiront. Au cinéma, la formule type de scénario veut qu'il se produise un événement extraordinaire au cours des trois premières minutes du film. La plupart du temps, cet événement extraordinaire est le résultat d'une altercation ou d'un conflit quelconque entre des personnages. Même dans des secteurs en apparence stériles et objectifs des activités humaines comme la recherche, tout ce dont on a besoin pour donner vie à une histoire, c'est d'y ajouter un conflit sur les personnes à qui reviennent ou non les mérites de la découverte. On obtient alors une situation à laquelle on peut s'identifier et à propos de laquelle on peut se forger une opinion, même sans connaître tous les éléments qui en sont à l'origine!

Dans ce numéro du *Journal*, nous vous offrons deux excellentes explorations des

plus accessibles sur les origines psychologiques des conflits et leur résolution. L'article de Harvey Secter intitulé « La dévaluation réactive » illustre comment les facteurs générateurs de conflits peuvent aussi créer des obstacles à leur résolution. En fonction de cette analyse, il détermine le rôle essentiel de l'arbitre dans la résolution de conflits, qui se doit de rompre le cycle de méfiance et de pallier au manque de communication. Dans son article intitulé « L'attribution en contexte de conflit », Daryl Landau arrive aux mêmes conclusions en adoptant une approche différente, à savoir comment les présuppositions que nous entretenons à propos des motifs de nos adversaires peuvent déboucher sur de mauvais diagnostics des causes de conflits, à la fois de la part des personnes impliquées et des arbitres qui tentent d'en arriver à une résolution.

Pour étoffer ces brefs traités spécialisés sur la théorie de la résolution des conflits, nous vous offrons trois articles sur des sujets bien spécifiques. L'article de Serge Pisapia sur l'expérience du Québec concernant la mise en place de procédures de prévention et de résolution de conflits dans l'industrie de la construction constitue une étude de cas de résolution de conflit empreinte d'un important déséquilibre de pouvoir. Pour sa part, Joel Cohen aborde la résolution de conflit de l'angle des restructurations d'entreprises et des différends d'ordre commercial, un volet d'activité de plus en plus important de l'ADR, où les relations présentes et futures entre les parties occupent une grande place. La liste que dresse Michael Dickstein dans son article intitulé « Les dix façons les plus rapides de faire échouer la médiation dans un recours collectif », de même que la discussion qui s'en suit, sauront retenir l'attention de tous ceux qui ont participé à une médiation de recours collectif à titre de conseiller ou de conseillère, de médiateur ou de médiatrice. Il est très intéressant de noter que certains des conseils pratiques énoncés dans cet article contredisent la thèse de Harvey Secter selon laquelle est il préférable d'éviter toute communication négative directe entre les parties.

Ce qui nous amène à nous poser la question suivante : les conflits sur la résolution de conflits sont-ils aussi fascinants que les conflits à propos du sexe, de l'argent et de la religion? Peut-être pas, sauf pour des mordus de la résolution de conflits comme vous, nos chers lecteurs et, bien entendu, comme notre comité de rédaction, au nom de qui je vous souhaite une bonne lecture de ce numéro du *Journal*.

« Bénis soient les artisans de la paix », mais ce sont les générateurs de conflits qui nous rendent la vie intéressante!

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

BUSINESS VALUATION
DAMAGES QUANTIFICATION

Established in 1979, our practice is devoted exclusively to valuation of business interests and quantification of economic damages. Our professionals have presented expert evidence to the Courts and Arbitration Panels in over 200 cases involving disputes of a financial nature. We have also been retained as independent valuation advisors by Justice Canada, Competition Bureau, Attorney General of Ontario, CRTC, provincial governments and securities regulators and have acted as the courts' experts.

We play an active role in the Canadian and U.S. societies that set the standards for our profession. The numerous articles, book chapters and conference papers we contribute in both countries form an integral part of the expert's library. Selected presentations can be downloaded at www.wiseblackman.com.

- **Expert evidence**
- **Price adjustments**
- **Breach of contract**
- **Shareholder disputes**
- **Accounting principles**
- **Loss of profits**
- **IP infringement**
- **Valuation principles**
- **Buy-sell agreements**
- **Transaction fairness**

For more information, contact one of our senior professionals:

Richard M. Wise, FCA, CA•IFA, FCBV, FASA, MCBA, C.Arb.
Gerald S. Blackman, CA, CBA, CFE
Catherine Tremblay, DPA, CA, CBV, ASA
Jean-Philippe Langevin, CA, CFA

WISE, BLACKMAN LLP

The Royal Bank of Canada Building
1 Place Ville Marie, 34th Floor
Montreal, Quebec H3B 3N6

Tel (514) 875-8100 • Toll-free (866) 998-8100

Harvey Secter, B.Com., LL.B., LL.M., C.Med.

Reactive Devaluation:

One of the Psychological Barriers to Success in Negotiations

Harvey Secter retired from the faculty of Law at the University of Manitoba in 2009 where he was Dean and a Professor of Negotiation and Dispute Resolution. He is now Dean Emeritus and continues in practice as a mediator and arbitrator. Harvey serves on a number of corporate, community and philanthropic boards and, as of January 1, 2010 became Chancellor of the University of Manitoba.

"Conflict is inevitable, but conflict resolution that best serves the interests and aspirations of the disputants is not." *Barriers to Conflict Resolution,* a book edited by the cofounders of the Stanford Center on Conflict and Negotiation, examines why "negotiations so often fail even when there are possible resolutions that obviously would serve the disputants better than protracted struggle...and why, when resolutions are achieved, [they are] so often suboptimal for the parties, or achieved only after heavy and avoidable costs."

The book categorizes the problems and challenges faced by negotiators under three broad headings: the organizational, institutional and structural; the tactical and strategic; and the psychological. The first category, which includes principal-agent problems, impacts caused by multiple interest groups, and political considerations, reflects the reality that conflicts most frequently occur in contexts where the negotiators are accountable to groups or institutions. The second heading includes the use of deception, manipulation, intransigence and "hardball" tactics; these can readily be seen as some of the risks inherent in the calculated attempts by parties to seek advantage in pursuit of optimal outcomes.

In contrast to the more observable challenges posed by the first two categories, the psychological barriers are most fascinating because people are often unaware of their existence, let alone the impact they have, particularly when they arise in conjunction with structural and/or strategic obstacles.

As early as 1948, Krech and Crutchfield posited: "There are no impartial facts. Data do not have a logic of their own that results in the same perceptions and cognitions for all people. Data are perceived and interpreted in terms of the individual perceiver's own needs, own connotations, own personality, own previously formed cognitive patterns." More than 40 years later, in a paper prepared for *Values and Knowledge*, Lee Ross and Andrew Ward noted that, not only do differences in subjective interpretation have a profound impact, but, moreover, "social perceivers characteristically make insufficient allowance for such impact in the inference and predictions they make about others."

The Phenomena of "Naïve Realism"

This phenomena, which Ross and Ward label "Naive Realism", explains the tendency of most people to believe that our attitudes and beliefs flow from a relatively dispassionate and unbiased view of reality. We are likely to see the failure of another individual or group to share those views arising from one of three causes:

1) the others may have different information, in which case the sharing of information will lead to agreement;
2) they may be lazy, irrational, or otherwise unable or unwilling to reach a rational conclusion; or
3) they are biased by ideology, self-interest, or some other distorting influence.

The impact of Naive Realism can be pervasive in negotiations. Some of its effects include a tendency for people who make a given choice to see it as more normative and likely to be shared by most others, the likelihood that partisans will not only perceive data differently, but also assimilate new information in ways that provide additional support for their pre-existing views, and a belief that there is greater commonality of belief on both sides than usually exists. Naive realism can cause parties to downgrade their evaluation of a specific proposal or concession as a consequence of the knowledge that it has been made and often makes it difficult for parties to feel that a potential agreement is equitable in allocating gains and losses in a manner that is proportionate to the strength and legitimacy of the parties' respective claims.

Reactive Devaluation

The concept of "Reactive Devaluation" as a function of negotiation dynamics was originated by Stillinger, Epelbaum, Keltner and Ross in 1990 and further developed in a 1995 article by Ross and Ward. Based on a series of experiments, the authors conclude that there are three distinct aspects to reactive devaluation:

1. Proposals, when viewed as coming from an adversary, are received less favourably than when they are seen as coming from our side or proposed by a neutral.
2. Concessions that are offered tend to be viewed less favorably than alternatives that have not been put forward or have been withheld.
3. A proposal is likely to be rated less positively after it has been made or unilaterally enacted than it had been rated earlier when it was only a possibility.

The attributional aspect of the first tenet of reactive devaluation conforms to the norms associated with the adversarial nature of many negotiations and the traditional view of disputes as a "zero-sum game" in which a gain for one side had to mean a loss for the other. In circumstances where disputants have a history of hostil-

ity, the source of a proposal may be both informative and understandably persuasive. Moreover, at various stages of a negotiation, there may be incentives for one party to deliberately discount offers coming from the other side as part of a strategy to gain further concessions.

The second aspect of reactive devaluation, while often associated with an adversarial view of negotiation, was also found to be prevalent in situations where the source of the concession was not hostile but merely pursuing its own interests. In adversarial situations it is understandable that a party would see the withholding of certain concessions as a source of information in assessing the value of different issues to the other side. However, when coupled with a zero-sum perspective of negotiation, it can lead parties to adjust their assessment of potential alternatives, often without objective criteria and in ways that are not necessarily in their best interest.

The third aspect of the phenomena, which reflects the tendency to devalue that which is at hand or readily available, can create the proverbial "Catch 22" for negotiators. While most negotiations succeed through the offering of concessions, compromise and trades, someone familiar with the concept of reactive devaluation may be less likely to initiate those moves if he or she believed that they might prove to be counterproductive. Those not familiar with the concept may well find themselves bewildered and increasingly distrustful of those with whom they are dealing when they perceive that their collaborative moves are received negatively.

"Win-Win vs. "Win-Lose" and the Negotiator's Dilemma

The roots of most reactive devaluation problems are firmly planted in the traditional view that negotiations are primarily about the allocation of fixed resources. This perception led to the belief of bargaining as essentially an adversarial process with any gains for one side resulting in a corresponding loss for the other. In the early 1980s Roger Fisher and William Ury published *Getting to YES* in which they described how a more collaborative "win-win" approach to negotiating could produce better results and sustain stronger relationships than were available from the "win-lose" model. While this collaborative approach was quickly embraced by academics and theorists, it was received with scepticism by many who negotiated in the real world.

These two competing conceptions of negotiating were reconciled by David Lax and James Sebenius in *The Manager as Negotiator*. The authors suggest that both of these approaches are valid but incomplete models of negotiation, as bargaining situations most frequently contain opportunities for both what they refer to as creating and claiming value. The former can only be realized through cooperative moves by the parties while the latter is distinctly competitive in nature. While both sides can benefit from making the pie larger, there is still a requirement to determine who gets which share of the pie, regardless of how large it has become. This creates an inherent tension as moves required for value creation make one vulnerable to value claiming tactics and moves to claim value tend to preclude opportunities for value creation. To cope with this "negotiator's dilemma" requires learning to manage the process so that the parties achieve maximum joint gains before they begin the competitive process of dividing the pie.

While reactive devaluation and other psychological and cognitive barriers cannot be eliminated, their detrimental effects can be significantly reduced by a better understanding of the complex nature of negotiations and negotiators. It is essential not only to accept that these barriers exist, but also to develop strategies to address these challenges in actual negotiation situations. That includes learning to recognize their impact on you as a negotiator and how to discuss these issues with the other side before they arise in actual negotiations.

Solutions

One of the most effective steps can be to promote a belief that the negotiations will be successful; expectations, both positive and negative, are often realized. Encourage others at the table to work collaboratively to seek opportunities for mutual gain by avoiding, or at least postponing, the tendency to negotiate from a "zero-sum" perspective. If parties can agree to create the maximum value possible before negotiating over how to divide it, they each have a greater likelihood of achieving greater net gain than if they concentrate only on how to claim what is readily apparent.

Attribution problems can be addressed by techniques that help the other side arrive at more benign attributions. Ross suggests that, when there is a level of trust between the parties and a shared commitment to look for mutual gain, negotiators pursue candid exchanges of goals and preferences at the beginning of the process. Research also indicates that concessions and proposals will be better received when they are directly linked to preferences and priorities that have been put forward by the receiving party. Explaining the motivations and constraints that lie behind an offer can also help reduce attributional problems.

When to Consider Using a Mediator

When negotiations prove difficult and the challenges are being exacerbated by the relationship between the parties, consider using a mediator. An experienced neutral can assist in a number of ways, from creating a climate of optimism to building a sense of pressure from deadlines, from assisting in looking for the potential gains from integrative bargaining to reminding the parties of the consequences of failure; and by acting as the proponent of "hypothetical" solutions to avoid adversarial attribution problems.

Conclusion

Negotiators bring to the table both vast creative opportunities and limitations that are part of their humanity. We will all be more effective if we keep in mind the findings of Griffin and Ross that "each of us constructs our own reality, and that we must both be aware of the vagaries of the construal process and charitable in our interpretation of perspectives and beliefs that differ from our own." While they "are very difficult to grasp, and perhaps even more difficult to apply," they can be critical to getting better outcomes.

La dévaluation réactive :
un obstacle psychologique au succès des négociations

Harvey Secter, B.Com., LL.B., LL.M., C.Med.

Harvey Secter s'est retiré de la faculté de Droit de l'Université du Manitoba en 2009, où il occupait à la fois le poste de doyen et de professeur de Négociation et règlement des différends. Il est présentement Doyen émérite et continue sa pratique en tant que médiateur et arbitre. Harvey siège sur un certain nombre de conseils d'administration d'entreprises, ainsi que d'organismes communautaires et philanthropiques. Il est également le recteur de l'Université du Manitoba depuis le 1er janvier 2010.

« Le conflit est inévitable, mais sa résolution, celle qui servirait le mieux les intérêts et les aspirations des adversaires, ne l'est pas. » *Barriers to Conflict Resolution,* un ouvrage édité par les cofondateurs du Stanford Center on Conflict and Negotiation, examine pourquoi « les négociations échouent si souvent, même lorsqu'il existe des solutions possibles qui, de toute évidence, serviraient les intérêts des adversaires bien mieux que ne le fait un conflit qui n'en finit plus... et pourquoi, lorsqu'on en arrive à une entente, celle-ci est-elle trop souvent sous-optimale pour les parties, ou n'est-elle conclue qu'après avoir occasionné des coûts substantiels, qui auraient pu être évités. »

Dans ce livre, l'auteur regroupe les problèmes et les défis auxquels les négociateurs font face en trois grandes catégories : organisationnels, institutionnels et structurels; tactiques et stratégiques; psychologiques. La première catégorie, qui englobe les problèmes liés au mandant et au mandataire, les impacts occasionnés par les groupes d'intérêts multiples et les considérations politiques témoigne du fait que les conflits se produisent le plus souvent dans des contextes où les négociateurs doivent rendre compte à des groupes ou à des institutions. La seconde comprend l'utilisation de la tromperie, de la manipulation, de l'intransigeance et de tactiques coriaces, caractéristiques pouvant facilement être considérées comme faisant partie des risques inhérents aux tentatives délibérées des parties à chercher leur avantage dans la poursuite de résultats optimaux.

Contrairement aux défis plus facilement observables représentés dans les deux premières catégories, les barrières psychologiques sont les plus déconcertants car les individus sont souvent inconscients de leur existence, et encore plus de leur impact, en particulier lorsqu'ils surgissent dans le contexte d'obstacles structurels et/ou stratégiques.

Dès 1948, Krech et Crutchfield avançaient: « Il n'y a pas de faits impartiaux. Les données n'ont pas une logique intrinsèque qui aurait pour effet de donner lieu aux mêmes perceptions et cognitions chez tous les individus. L'observateur perçoit et interprète les données en fonction de ses propres besoins, de son propre réseau de connotations, de sa propre personnalité et des schèmes cognitifs formés antérieurement. » [Trad.] Plus de 40 ans plus tard, dans un article paru dans *Values and Knowledge*, Lee Ross et Andrew Ward font remarquer que non seulement les différences inhérentes à l'interprétation subjective sont-elles, en soi, lourdes de répercussions mais encore, les « observateurs sociaux ne tiennent pas suffisamment compte de ces répercussions dans les inférences et les prédictions qu'ils tirent quant aux perceptions de l'autre. » [Trad.]

Le phénomène du « réalisme naïf »

Ce phénomène que Ross et Ward ont appelé le « réalisme naïf » illustre la tendance presque générale à croire que nos attitudes et nos croyances découlent d'une vision relativement objective et détachée de la réalité. Si une autre personne ou un autre groupe ne partage pas cette vision, nous sommes portés à attribuer ce « manquement » à l'une des trois causes suivantes :

1) l'autre ne possède peut-être pas la même information que nous et dans ce cas, la communication de cette information aboutira à un accord;
2) l'autre est sans doute intellectuellement paresseux, irrationnel ou encore incapable ou non disposé à en arriver à une conclusion rationnelle; ou
3) sa perception est biaisée par une idéologie, un intérêt personnel ou quelque autre influence déformante.

Le phénomène du réalisme naïf peut avoir des effets très pernicieux sur les négociations. Parmi ces effets : la tendance, chez une personne qui fait un certain choix, à considérer ce dernier comme le plus conforme à la norme et à présumer qu'il est partagé par la majorité; la probabilité que les sympathisants d'un choix donné, en plus de percevoir les données différemment, assimilent la nouvelle information de façon à ce qu'elle vienne renforcer leurs opinions préexistantes, et la croyance à surestimer le caractère commun des points de vue des deux parties. Le réalisme naïf peut amener les parties à dévaloriser une proposition ou une concession particulière du simple fait qu'elle a déjà été présentée; cela rend donc d'autant plus difficile pour les parties de croire en l'équité d'une entente potentielle selon laquelle les gains et les pertes sont affectés de façon proportionnelle à la solidité et à la légitimité de leurs demandes respectives.

La dévaluation réactive

Le concept de « dévaluation réactive » en tant que fonction de la dynamique des négociations a été élaboré par Stillinger, Epelbaum, Keltner et Ross en 1990, puis parachevé par Ross et Ward dans un article paru en 1995. Se fondant sur la série d'expériences qu'ils ont menées, les auteurs concluent que la dévaluation réactive comporte trois volets distincts :

1. Une proposition présentée par la partie perçue comme adverse est accueillie moins favorablement que si elle émane d'une partie neutre ou d'un allié.
2. Une mesure de compromis qui a déjà été mise sur la table est moins attrayante que celle qui n'a pas encore été présentée ou qui a été retenue.
3. Une proposition qui est effectivement proposée ou adoptée unilatéralement a de fortes chances d'être évaluée moins positivement après qu'elle ait été présentée qu'elle l'aurait été préalablement.

L'aspect attributionnel du premier principe de la dévaluation réactive est conforme aux normes liées à la nature antagoniste de nom-

breuses négociations et à la vision traditionnelle des disputes en tant que jeu à somme nulle, c'est-à-dire en tant que situation gagnant-perdant où tout gain pour l'une des parties ne peut se faire qu'aux dépens de l'autre. Dans les situations où les adversaires n'en sont pas à leur première dispute, l'auteur d'une proposition pourrait, en raison des renseignements qu'il détient, exercer un grand pouvoir de persuasion. En outre, à divers stades d'une négociation, une des parties peut être tentée d'écarter délibérément les offres du camp adverse en guise de stratégie pour obtenir davantage de concessions.

Le second volet de la dévaluation réactive, bien que souvent associé à une vision antagonique de la négociation, est aussi répandu dans les situations où l'auteur de la concession n'a pas fait preuve d'hostilité mais cherchait simplement à satisfaire ses propres intérêts. Dans des situations antagoniques, il est compréhensible qu'une des parties considère qu'en ne dévoilant pas certains compromis, elle bénéficie d'une source d'information qu'elle utilise pour déterminer la valeur que l'autre partie attribue aux différents enjeux. Mais si, en plus, la négociation se déroule dans une perspective à somme nulle, les parties peuvent être amenées à rajuster leur évaluation des solutions potentielles, souvent sans critères objectifs et de façon qui n'est pas forcément à leur avantage.

Le troisième volet de ce phénomène, qui reflète la tendance à dévaloriser ce qui est à portée de la main ou facilement accessible, peut engendrer la légendaire impasse pour le négociateur. Alors que le succès des négociations passe, la plupart du temps, par l'offre de concessions, de compromis et d'échanges, le négociateur qui connaît le concept de dévaluation réactive sera moins enclin à amorcer ces démarches s'il croit que celles-ci peuvent se révéler contreproductives. Ceux qui ne connaissent pas le concept pourraient bien se sentir déroutés et de plus en plus méfiants envers les parties lorsqu'ils sentent que leurs tentatives de conciliation sont accueillies de manière négative.

« Gagnant-gagnant vs « gagnant-perdant » : le dilemme du négociateur

La plupart des problèmes liés à la dévaluation réactive sont solidement enracinés dans la perspective traditionnelle selon laquelle les négociations sont avant tout une affaire d'affectation de ressources limitées. Cette perception a mené à penser que la négociation est essentiellement un processus antagonique selon lequel tout gain d'une partie résulte en une perte équivalente pour l'autre. Au début des années 1980, Roger Fisher et William Ury ont publié *Getting to YES*, un ouvrage dans lequel ils expliquent comment une approche plus collaborative, soit la négociation « gagnant-gagnant », pouvait aboutir à meilleurs résultats et au maintien de relations plus solides que ne le permet le modèle « gagnant-perdant ». Cette approche collaborative a été vite adoptée par les milieux universitaires et les théoriciens, mais c'est avec scepticisme qu'elle a été accueillie par les vrais acteurs de la négociation.

Ces deux conceptions opposées de la négociation ont été réconciliées par David Lax et James Sebenius dans un ouvrage intitulé *The Manager as Negotiator*. Selon eux, ces deux approches sont des modèles de négociation valides mais incomplets car la plupart des contextes de négociation combinent la présence d'occasions que les auteurs appellent la création de valeur et la lutte pour l'appropriation de valeur. La création de valeur ne peut être réalisée qu'au moyen de gestes coopératifs de la part des parties, alors que sa contrepartie est de nature nettement concurrentielle. Même si les deux parties peuvent bénéficier de faire grossir la cagnotte, reste à déterminer qui reçoit quoi, peu importe à combien s'élève cette cagnotte. Cette situation crée une tension inhérente puisque les initiatives nécessaires à la création de valeur rendent vulnérable aux tactiques d'appropriation et que les manœuvres d'appropriation de la valeur tendent à nuire aux occasions de création de valeur. Composer avec ce « dilemme du négociateur » nécessite un apprentissage. Il faut savoir gérer le processus de telle sorte que les parties réalisent le maximum de bénéfices réciproques avant qu'elles n'entament le processus concurrentiel de la répartition de la cagnotte.

Il est impossible d'éliminer la dévaluation réactive et autres obstacles psychologiques et cognitifs, mais leurs effets nuisibles peuvent être réduits de façon substantielle par l'acquisition d'une meilleure compréhension de la nature complexe des négociations et des négociateurs. Non seulement est-il indispensable de reconnaître l'existence de ces obstacles, mais encore faut-il élaborer les stratégies nécessaires pour relever le défi en situation de négociation réelle. Cela inclut savoir reconnaître l'impact que ces obstacles ont sur vous en tant que négociateur, et apprendre comment aborder ces problèmes avec l'autre partie avant qu'Ils ne surgissent pendant de vraies négociations.

Solutions

Une des mesures les plus efficaces est sans doute de répandre l'idée que les négociations connaîtront un heureux dénouement et que les attentes, les positives comme les négatives, sont souvent réalisées. Inciter les interlocuteurs à la table à collaborer pour trouver des occasions de gain mutuel en rejetant, ou à tout le moins en reportant, la tendance à négocier dans une perspective de « jeu à somme nulle ». En s'entendant pour créer le maximum de valeur possible avant d'en négocier le partage, chaque partie augmente ses chances de réaliser un gain net supérieur à ce qu'il serait si elle se focalisait uniquement sur la façon de revendiquer ce qui est déjà évident.

Les problèmes d'attribution peuvent être abordés au moyen de techniques qui aident les parties à faire preuve de plus de bienveillance dans leurs attributions. Ross suggère que s'il existe une relation de confiance entre les parties et un engagement commun à rechercher un gain mutuel, le négociateur cherchera à établir des discussions franches sur les objectifs et les préférences dès l'enclenchement du processus de négociation. Les recherches indiquent également que les concessions et les propositions sont mieux si elles sont directement liées aux préférences et aux priorités démontrées par la partie receveuse. Expliquer les motivations et les contraintes sous-jacentes à une offre peut aussi contribuer à réduire les problèmes d'attribution.

Quand faut-il envisager de faire appel à un médiateur?

Lorsque les négociations s'avèrent difficiles et que relation entre les parties exacerbe les problèmes, il est temps de faire appel à

un médiateur. L'aide que peut offrir un tiers neutre et expérimenté peut prendre différentes formes: instauration d'un climat d'optimisme, création d'un sens des contraintes liées aux délais, aide à la recherche de gains potentiels par le biais de la négociation fondée sur les intérêts des parties, sensibilisation des parties aux conséquences d'un échec des négociations et évitement des problèmes d'attribution antagonique par la promotion de solutions « hypothétiques ».

Conclusion

Le négociateur est celui qui amène à la table les vastes possibilités constructives en même temps que les limites intrinsèques de sa condition d'humain. Nous serons tous plus efficaces si nous gardons à l'esprit les conclusions de Griffin et Ross à l'effet que « chacun de nous construit sa propre réalité; il importe d'être conscient des aléas du processus de construction, en même temps qu'indulgents dans notre interprétation des idées et des opinions qui diffèrent des nôtres. » [Trad.] Bien que ces notions soient « difficiles à saisir, et peut-être encore plus à appliquer », elles peuvent s'avérer déterminantes pour l'obtention de meilleurs résultats.

Benefits of Memberships

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:

Headed by William G. Horton, 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 view the Journal www.adrcanada.ca/resources/journal.cfm.* 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. The 2009 National Conference, held October 22-23 in Ottawa/Gatineau was the largest and most successful to date.

For this year's event www.adrcanada.ca/resources/events.cfm.

Daryl Landau

Attributions in Conflict:

Changing the Blame Game

Daryl Landau is the President of Common Ground and offers conflict management and human rights services to organizations. He is also on the subcommittee of the ADR Section of the Ontario Bar Association tasked with making recommendations to the Tribunal. Daryl was formerly a Mediation Officer at the Ontario Human Rights Commission. He holds a M.Sc. in Conflict Resolution, and is a member of the ADR Institute and the OACCPP. For more information, see www.common-ground.ca.

The science of attribution has existed now for about sixty years. During this time, psychologists have studied how people explain the causes of behaviour, both their own and others'. Their findings have illuminated a number of possible biases that people have toward certain types of judgments, judgments that may affect their behaviour toward others. This area of study has obvious application to conflict studies, and there have been a number of articles and references in books to the same. Yet a gap persists, and current theories have not impacted mainstream practice. Still, the possibility exists for these and new models to have a greater impact.

A Brief Overview of Attribution Theory

One of the early hypotheses in attribution studies was the suggestion that most people seem to attribute behaviour to dispositional causes (i.e., internal factors like personality, motivation or ability) rather than to situational causes (i.e., external factors like pressures, information and scarcities), even when the latter is clearly relevant (Heider, 1958; Jones & Harris, 1967). Ross (1977) termed this the 'fundamental attribution error.' The exception to this rule is the way people explain their own successes and failures – more generously than they treat others. Most subjects will attribute their failures to external factors, but successes to internal ones. This tendency is termed the 'self-serving bias' (Johnson et al., 1964; Jones and Nisbett, 1972). There are other attributional biases that have been proposed, including a 'false consensus bias' that leads a person to assume that others are generally similar to himself, thus using his values and conduct as the norm (Gilbert & Malone, 1995).

A different hypothesis proposed by Bernard Weiner (1993) distinguishes two categories of internal attributions, ability and effort, and two outcomes of helping or punishing. If Jane's teacher attributes her poor grades to a lack of effort (i.e., something within her control), then the teacher is more likely to feel negatively toward Jane, and believe her poor grades are a fitting punishment. On the other hand, if the teacher thinks she lacks the ability to do well (i.e., outside of her control), the teacher is likely to feel sympathy for her and wish to help in some way. This theory is useful in focusing on the locus of control, and linking our attributions to our emotions.

Some research has specifically looked at attributions in conflict, especially in marriage. One key finding was that the way spouses attributed the cause of conflict with their partner affected their response to it. More negative attributions corresponded to more hostile or avoiding interactions (Sillars, 1980).

Further research on these various theories has not always supported them, and has often revealed some problems in definitions and in conducting research in this area (see Gawronski, 2005, for a review; Scott, 2008). For instance, the fundamental attribution error seems to be less fundamental than believed, and more context-dependent. However, the main focus here is on how this research has influenced conflict practice.

An Attribution Model for Conflict

There are two main problems with existing attribution theories. First, they have not been designed specifically to explain conflict interactions. Instead, they have tried to account for the whole range of human interactions, often focusing on the evaluation of performance. Second, and related, the distinctions they make between dispositions and situations, or between ability and effort, do not adequately describe real, salient distinctions in conflict.

To illustrate the latter point, some mediators refer to conflict styles or personality types in their interventions, and may also have clients complete instruments to self-assess. They find that these models help reframe behaviour from "unfriendly" to "introverted" or "avoiding". Attribution theory, which states that people over-focus on dispositional causes, would suggest that it is better to focus parties on situational factors, yet these instruments actually focus on traits. While the use of these models and instruments may constitute an attributional error by third parties, they are used because they are useful. Not all dispositional attributions are blaming ones; there are also neutral or positive dispositional attributions.

There is also an important difference between believing one's adversary is deliberately hostile to you, and believing that adversary to be miserable to many people because of some innate defect of character. As a mediator, I have found it to be especially difficult to deal with the latter attribution. The party will say, "Why should I mediate? This has nothing to do with me. Ask others. That person needs therapy."

For these reasons, I propose a more appropriate model for attributions in conflict. The following model suggests three types of dispositional attributions and two situational attributions that could occur in interpersonal interactions.

ATTRIBUTION TYPE	DEFINITION	COMMON EFFECTS
PERSONAL	A blaming attribution that sees the cause of the conflict in the other's deliberate act of aggression or rejection targeted at the subject (victim). The reasons for such actions may be attributed to jealousy, self-interest, or some other cause.	Anger, aggression
DIFFICULT PERSON	This blaming attribution views the actions of the other party as resulting from flawed and fixed	Anger, avoidance or aggression
DIVERSITY	The conflict is attributed to the other's nature, but in a non-judgmental (or even positive) way. In fact, it is the interaction between the dispositions of the subject and the other party. Such explanations include cultural or personality differences.	Forgiveness, avoidance
SITUATIONAL	The other's actions are explained with reference to forces outside the parties themselves. External stressors or information gaps are included in this category.	Adapting to or altering the situation; forgiveness
SELF/SHARED	The subject attributes the causes of the conflict, in whole or in part, to his/her own contribution.	Apology

In most dysfunctional conflicts, disputants tend to focus on the top two blaming attributions. As a result, they feel justified in their anger and desire to punish. When these conflicts shift to more constructive conversations, I suggest it is often because something has helped shift their attributions to one or more of the lower three non-blaming attributions. This shift would be particularly evident in transformative results.

"Flexing" Perceptions

For a third party, the starting point is to assess what attribution type each disputant is emphasizing, and what areas are being overlooked. Most conflicts cannot, and are not, explained with reference to a single attribution type. Nor can every attribution be neatly categorized as a single type. The mediator needs only a rough sense of the assumptions being made in order to begin "flexing" perceptions.

The model offers three non-blaming attribution types to offer for consideration to parties. Questions can then be devised to flex the disputants' judgments. One place to start is to ask upon what information the party is basing his/her judgment. When alternative explanations present themselves, the mediator can, cautiously, inquire whether those other explanations could also fit the available facts. Where information gaps exist, the mediator can encourage the parties to keep an open mind while they try to gather more information.

The mediator can be strategic in leading conversations about past events. It may be (relatively) easier to move a party from a Personal attribution to a Shared attribution, with questions like, "Why do you think she has a personal dislike of you? Is it possible she believed you had an intent to harm her?" It may also be easier to move from a Difficult Person attribution to a Diversity attribution, with questions like, "Are there circumstances when those qualities of his that so bother you and others are actually useful? Are there some people who are not so bothered by them?" A mediator may even ask a party to consider a Difficult Person attribution instead of a Personal one: "Are you sure it was directed at you personally? Or are there other explanations, that this is just the way he behaves in such situations?" From there, the mediator could move to a Situational attribution. The mediator may strategically ask questions during storytelling that help parties to share information about their motives and the context that will help dispel the other's negative perceptions.

A mediator can devise confidence-building strategies appropriate to the attributions, and encourage parties to act inconsistently with the other's perceptions of them. However, it is wise to be patient and persistent in these efforts, as perceptions themselves can be very persistent. The mediator may need to encourage the parties to repeat certain statements or gestures, because of the human tendencies of selective perception and bias.

There are ethical implications when discussing attributions. I prefer to use the term "flexing" as opposed to "shifting" to describe the mediator's task. Attributions, especially negative ones, can be useful to protect parties from being deceived. Mediators ought not to persuade them that such attributions are incorrect. Instead, mediators ought to help them consider other possibilities, and be open to a more complex view of the other and themselves.

Conclusion

Attribution studies have an evident relevance to conflict studies, but have not yet offered sufficient and unique benefits to practitioners. With the development of models that focus specifically on conflict interactions, more mediators will become aware of the value, and more popular texts will help translate the research into useful techniques.

Gawronski, B. "Theory-based bias correction in dispositional inference: The fundamental attribution error is dead, long live the correspondence bias." In W. Stroebe and M. Hewstone (Eds.), *European review of social psychology* (vol. 11, 183-217). Hove: Psychology Press, 2005.

Gilbert, D. T., and Malone, P. S. "The correspondence bias," *Psychological Bulletin*, 1995, 117(1), 21-38.

Heider, F. *The psychology of interpersonal relations*. New York: Wiley, 1958.

Johnson, T. J., Feigenbaum, R. and Weiby, M. "Some determinants and consequences of teachers' perceptions of causation," *Journal of Educational Psychology*, 1964, 55, 237-246.

Jones, E. E., and Harris, V. A. "The attribution of attitudes," *Journal of Experimental Social Psychology*, 1967, 3(1), 1-24.

Jones, E. E., and Nisbett, R. E. "The actor and the observer: Divergent perceptions of the causes of behavior." In E. E. Jones et al. (Eds.), *Attribution: Perceiving the causes of behavior.* Morristown: General Learning Press, 1972.

Ross, L. D. "The intuitive psychologist and his shortcomings," *Advances in Experimental Psychology*, 1977, 10, 174-221.

Scott, W. "Communication Strategies in Early Adolescent Conflicts: An Attributional Approach," *Conflict Resolution Quarterly,* 2008, 25(3), 375- 400.

Sillars, A. L. "Attributions and Communication in Roommate Conflicts," *Communication Monographs,* 1980, 47, 180-200.

Weiner, B. "On Sin Versus Sickness: A Theory of Perceived Responsibility and Social Motivation," *American Psychologist,* 1993, 48(9), 957-965.

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

L'attribution en contexte de conflit : jeter le blâme autrement

Daryl Landau est président de Common Ground. Il offre des services en matière de gestion de conflits et de droits de la personne aux organisations. Il siège également au sous-comité de la section de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation de l'Association du Barreau de l'Ontario chargé de faire des recommandations au tribunal. M. Landau était auparavant agent des services de médiation à la Commission ontarienne des droits de la personne. www.common-ground.ca.

La théorie de l'attribution existe depuis une soixantaine d'années. Pendant ce temps, des psychologues se sont penchés sur la façon dont les gens expliquent les causes d'un comportement, le leur et celui des autres. Leurs conclusions permettent d'expliquer certaines tendances qu'ont les gens à mettre en œuvre certains types de jugements susceptibles d'influencer leur comportement à l'égard de l'autre. Cette sphère de recherche a une application évidente dans les études sur le conflit, et beaucoup d'articles et de livres en ont fait mention. Mais une lacune subsiste, et les théories actuelles n'ont toujours pas eu d'impact sur la pratique courante. La possibilité que ce modèle, et d'autres modèles émergents, ait un impact plus concret existe cependant.

Bref aperçu de la théorie d'attribution

Les premières études sur l'attribution reposaient sur l'hypothèse que la plupart des gens sont portés à attribuer un comportement à des causes dispositionnelles (c.-à-d., à des facteurs internes comme la personnalité, la motivation ou la capacité) plutôt qu'à des causes situationnelles (c.-à-d., relevant de facteurs externes comme les contraintes, l'information et la rareté des ressources), même lorsque ces dernières ont un rapport manifeste avec la situation (Heider, 1958; Jones et Harris, 1967). Lee Ross (1977) a appelé cette tendance l'« erreur fondamentale d'attribution ». L'exception à cette règle réside dans la façon dont les gens expliquent leurs propres réussites et leurs propres échecs : ils se montrent beaucoup plus magnanimes envers eux-mêmes qu'envers autrui. En général, les gens attribuent leurs échecs à des facteurs externes, alors qu'ils expliquent leurs réussites par des causes internes. Des chercheurs ont appelé cette tendance le « biais d'autocomplaisance » (Johnson et autres, 1964; Jones and Nisbett, 1972). D'autres biais d'attribution ont été proposés, dont l'« effet du faux consensus », qui porte à présumer que les autres sont similaires à soi et, par conséquent, à considérer ses propres valeurs et sa propre conduite comme étant la norme (Gilbert & Malone, 1995).

Une autre hypothèse, celle de Bernard Weiner (1993), établit une distinction entre deux catégories d'attributions internes, soit la capacité et l'effort, et deux résultats, l'aide ou la punition. Si l'institutrice attribue le piètre rendement scolaire de Jeanne à un manque d'efforts (donc, à une cause qui relève du contrôle de Jeanne), elle sera fort probablement encline à porter un jugement négatif sur Jeanne et à croire que les mauvaises notes sont une punition bien méritée. En revanche, si l'institutrice croit que Jeanne n'a tout simplement pas la capacité de réussir (une cause hors du contrôle de Jeanne), elle sera vraisemblablement portée à ressentir de la sympathie pour elle et souhaitera l'aider de quelque façon. Cette théorie est pratique pour mettre en lumière le locus de contrôle et le lien de relation entre les attributions et les émotions.

Certaines études se sont plus particulièrement penchées sur les attributions en situation de conflit, notamment sur les conflits conjugaux. L'une des principales constatations a été que la façon dont les époux s'attribuaient la cause du conflit avait une incidence sur leur façon d'y réagir. Plus l'attribution est négative, plus elle correspond à des interactions hostiles ou à des situations d'évitement (Sillars, 1980).

Les recherches ultérieures n'ont pas toujours appuyé ces diverses théories; elles ont souvent révélé l'existence de problèmes liés aux définitions et aux méthodes de recherche (Pour un examen de ces questions, voir Gawronski, 2005; Scott, 2008). À titre d'exemple : l'erreur fondamentale d'attribution semble être moins fondamentale qu'on ne l'avait cru, et dépendre davantage du contexte. Mais ce qui nous intéresse surtout dans le cas présent est de comprendre l'incidence pratique de ces recherches en contexte de conflit.

Un modèle de l'attribution propre au conflit

Les théories d'attribution existantes posent deux grands problèmes. Premièrement, elles n'ont pas été expressément conçues dans le but d'expliquer les interactions conflictuelles. Plutôt, elles ont tenté de rendre compte de tout le faisceau des interactions humaines et ont souvent été axées sur l'évaluation du rendement. Deuxièmement, et par voie de conséquence, les distinctions qu'elles établissent entre dispositions et situations, ou entre capacité et effort, ne rendent pas adéquatement des distinctions réelles et essentielles propres au conflit.

Pour illustrer ce point, certains médiateurs parlent de styles de conflit ou de types de personnalité; il arrive qu'ils demandent à leurs clients d'utiliser des instruments d'autoévaluation. Selon eux, ces modèles aident à « reformuler » un comportement « inamical » en comportement « introverti » ou « d'évitement ». En établissant que les gens surestiment les causes dispositionnelles, la théorie de l'attribution suggère qu'il est préférable d'aiguiller les parties sur des facteurs situationnels. Pourtant, ces instruments sont axés sur les traits de personnalité. On sait que l'utilisation de ces modèles et de ces instruments peut engendrer une erreur d'attribution de la part des tiers, mais on les utilise en raison de leur utilité. Les attributions dispositionnelles ne se caractérisent pas toutes par le blâme; il en est qui sont neutres ou positives.

Il convient également de souligner qu'il existe une différence de taille entre croire que l'adversaire est délibérément hostile envers soi, et croire qu'il est déconsidéré par plusieurs en raison d'un certain défaut inné de caractère. En tant que médiateur, je trouve particulièrement difficile de composer avec cette dernière attribution. L'une des parties dira : « Pourquoi devrais-je négocier avec cette personne? Cela n'a rien à voir avec moi. Demandez aux autres. Cette personne a besoin de se faire soigner. »

Pour ces raisons, je propose un modèle d'attribution qui soit particulièrement approprié au conflit. Le modèle que voici présente trois types d'attributions dispositionnelles, et deux types d'attributions

situationnelles, susceptibles de se produire lors d'échanges interpersonnels.

TYPE D'ATTRIBUTION	DÉFINITION	CONSEQUENCES HABITUELLES
PERSONNELLE	Attribution de blâme qui situe la cause du conflit dans l'acte d'agressivité ou de rejet délibérément posé par l'autre à l'endroit du sujet (la victime). Les motifs qui sous-tendent de tels actes peuvent être attribuables à la jalousie, à l'intérêt personnel ou à une autre cause.	Colère, agressivité
PERSONNE AU CARACTÈRE DIFFICILE	Attribution de blâme qui voit les actes de l'autre comme étant le résultat de défauts de caractère immuables. La conduite de l'autre est dictée par quelque pulsion naturelle, souvent inconsciente. Le sujet ne se considère pas comme étant l'unique	Colère, évitement ou agressivité
DIVERSITÉ	Attribution du conflit à la nature de l'autre, mais de façon neutre et exempte de jugement (voire même positive). En fait, il s'agit de l'interaction entre les dispositions du sujet et de l'autre personne. Les attributions de ce type incluent les différences culturelles ou de personnalité.	Indulgence, évitement
SITUATIONNELLE	Explication des actes de l'autre en fonction de facteurs externes aux deux parties. Inclus dans cette catégorie : facteurs de stress externes et manque d'information.	Adaptation ou modification de la situation; indulgence
PERSONNELLE/ PARTAGÉE	Le sujet s'attribue la responsabilité totale ou partielle du conflit.	Présentation d'excuses

Dans la plupart des conflits dysfonctionnels, les adversaires ont tendance à privilégier les deux premiers types d'attributions, celles où il y a blâme. Résultat : les adversaires se sentent justifiés dans leur colère et leur désir de punir. Lorsque ces conflits évoluent en dialogue plus constructif c'est, à mon avis, parce qu'un élément déclencheur a facilité le transfert des attributions de blâme vers l'une ou l'autre des attributions qui en sont exemptes. Ce glissement serait particulièrement évident dans les résultats concrets qu'il apporte.

« Assouplir » les perceptions

Le rôle du tiers est de commencer par évaluer le type d'attribution auquel les adversaires se butent et à déceler les domaines auxquels ils passent outre. La plupart des conflits ne peuvent s'expliquer en fonction d'un seul type d'attribution. Pas plus que chaque attribution ne peut être nettement catégorisée selon un seul type. Dès que le médiateur acquiert une compréhension globale des idées soulevées, il est en mesure de faire fléchir les perceptions.

Le modèle comporte trois types d'attributions exemptes de blâme à proposer aux parties. Le médiateur peut ensuite élaborer des questions propices à l'assouplissement du jugement des adversaires. Un bon point de départ consiste à demander sur quelle information la personne fonde son jugement. Lorsque des explications de rechange font surface, le médiateur peut alors demander, avec délicatesse, si celles-ci sont compatibles avec les faits disponibles. En cas de manque d'information, le médiateur peut inciter les parties à faire preuve d'ouverture tout en essayant de recueillir des renseignements supplémentaires.

Le médiateur peut user de stratégie en dirigeant la conversation sur des événements passés. « À votre avis, pourquoi cette personne ressent-elle une inimitié personnelle envers vous ? ». Il peut s'avérer (relativement) facile de faire passer les attributions de « personnelles » à « partagées » en posant le genre de questions suivantes : « À votre avis, pourquoi cette personne ressent-elle une inimitié personnelle envers vous? Se pourrait-il qu'elle pense que vous aviez l'intention de lui faire du mal ? » Il peut également s'avérer relativement aisé de faire passer une attribution de « personne au caractère difficile » à une attribution de « diversité » avec des questions comme : « Y a-t-il des circonstances où les particularités qui vous énervent, vous et d'autres, puissent s'avérer utiles ? » Y a-t-il des personnes que ces traits de caractère n'importunent pas autant ? » Le médiateur peut même demander à la personne concernée d'envisager une attribution de « personne au caractère difficile » plutôt qu'une attribution « personnelle » : « Êtes-vous certain que son acte était dirigé expressément contre vous ? Existe-t-il d'autres explications possibles, par exemple, peut-être cette personne réagit-elle toujours de la sorte en présence de ce type de situation ? » De là, le médiateur peut se diriger vers l'attribution « situationnelle ». Pendant qu'il écoute le récit des faits celui-ci peut, par exemple, poser quelques questions stratégiques en vue d'aider les parties à parler de leurs motifs et du contexte du conflit et, ultimement, à dissiper les idées négatives qu'ils se font l'un de l'autre.

En fonction des attributions utilisées, le médiateur peut élaborer des stratégies destinées à instaurer la confiance, et à inciter les parties à agir de façon contraire aux idées négatives qu'ils se font l'un de l'autre. Ce genre d'idées étant souvent très persistant, le médiateur devra faire preuve de patience et de persévérance. Celui-ci devra peut-être encourager les parties à répéter certains énoncés ou certains gestes, car les gens ont une tendance naturelle à la distorsion sélective des faits.

Discuter d'attributions implique des problèmes d'ordre éthique. Je préfère décrire le rôle du médiateur à l'aide du terme « assouplir » plutôt que « changer ». Pour les parties concernées, les attributions, notamment les attributions négatives, servent parfois de protection contre la tromperie. Le médiateur ne doit pas chercher à les convaincre que de telles attributions ne sont pas convenables. Il doit plutôt les aider à envisager d'autres possibilités et à être ouverts à une vision plus complexe de l'autre et de soi.

Conclusion

Les études sur l'attribution sont d'une pertinence manifeste sur les études sur le conflit, mais elles n'ont pas, à ce jour, fourni aux praticiens des avantages suffisants et exclusifs. Grâce à l'élaboration de modèles axés expressément sur le conflit, les médiateurs sont de plus en plus nombreux à prendre conscience de leur valeur. Avec le temps, des ouvrages de vulgarisation aideront à transformer la théorie en pratique.

GAWRONSKI, B. « Theory-based bias correction in dispositional inference : The fundamental attribution error is dead, long live the correspondence bias », *in* W. Stroebe et M. Hewstone (éds.), *European review of social psychology*, vol. 11, p. 183-217, Hove : Psychology Press, 2005.

GILBERT, D. T., et P. S. Malone. « The correspondence bias », *Psychological Bulletin*, vol. 117, nº 1 (1995), p. 21-38.

HEIDER, F. *The psychology of interpersonal relations*, New York, Wiley, 1958.

JOHNSON, T. J., R. Feigenbaum et M. Weiby. « Some determinants and consequences of teachers' perceptions of causation », *Journal of Educational Psychology*, vol. 55 (1964), p. 237-246.

JONES, E. E., et V. A. Harris. « The attribution of attitudes », *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 3, nº 1 (1967), p. 1-24.

JONES, E. E., et R. E. Nisbett. « The actor and the observer : Divergent perceptions of the causes of behavior », *in* E. E. Jones *et al.* (éds.), *Attribution : Perceiving the causes of behavior*, Morristown, General Learning Press, 1972.

ROSS, L. D. « The intuitive psychologist and his shortcomings », *Advances in Experimental Psychology*, vol. 10 (1977), p. 174-221.

SCOTT, W. « Communication Strategies in Early Adolescent Conflicts : An Attributional Approach », *Conflict Resolution Quarterly,* vol. 25, nº 3 (2008), p. 375-400.

SILLARS, A. L. « Attributions and Communication in Roommate Conflicts », *Communication Monographs,* vol. 47 (1980), p. 180-200.

WEINER, B. « On Sin Versus Sickness : A Theory of Perceived Responsibility and Social Motivation », *American Psychologist,* vol. 48, nº 9 (1993), p. 957-965.

Serge Pisapia LL.M., C.Med., C.Arb.

Quebec's experience in the implementation of DPR methods in construction work

Mr. Pisapia is president of the Institut de médiation et d'arbitrage du Québec *(IMAQ). A member since 1978, he is past Chair of the national ADR section of the Canadian Bar Association and of the participatory justice committee of the Quebec Bar. For more information see www.sergepisapia.ca.*

Introduction

The foreword of the *Rules of mediation and arbitration on disputes relating to construction contracts*[1] issued by the Canadian Construction Documents Commission (CCDC) which is a reference for all CCDC standard construction contracts[2] reads:

"Disputes are common in the construction industry. The large number of parties involved as well as the technical complexities of large projects make disagreements almost inevitable. The cost of resolving significant disputes constitutes a heavy burden, even for large organizations. Delays associated with resolving disputes create serious cash-flow difficulties for smaller organizations and subcontractors. The acrimony resulting from a confrontation-based system may seriously affect business relationships, sometimes permanently. These factors, compounded by congestion in courts, account for the dissatisfaction of owners, contractors, and professionals with lawyers, judges and courts; it is thus easy to see why various stakeholders in the construction industry are actively seeking more effective ways to manage construction disputes."

This search has led various construction industry stakeholders to develop an array of means to resolve their disputes, which constitute a real continuum between prevention on the one hand and third party decisions on the other, through negotiation, mediation and neutral evaluation.

Promoted by the American Arbitration Association (AAA), these methods were developed in the United States over twenty years ago, in collaboration with over 25 construction associations making up the *National Construction Dispute Resolution Committee* (NCDRC).

A simple reading of the guide published by the AAA, entitled *The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution*[3] illustrates the variety and richness of the different approaches used to prevent, manage and resolve disputes, and which are specifically tailored to the needs of this industry. The book by Fenn, O'Shea and Davies, entitled *Dispute Resolution and Conflict Management in Construction*[4]*, An International Review*, perfectly illustrates the international implementation of these approaches.

Although these methods have been under development for over twenty years now by our neighbours to the south and elsewhere in the world, and that they result from consensus developed by all stakeholders of the industry in these countries, arbitration is the sole non-judicial and popular construction-related dispute resolution method used in Quebec.

The few partnership and mediation attempts that have been made in this field in Quebec are still at the experimental stage, and are not yet recognised as standard procedures.

Notwithstanding the impressive number of laws, regulations, codes and standards governing all facets of construction in Quebec, only the Code of Civil Procedure and the *Public Administration Act*, and specifically, the *General Regulation respecting the conditions of contracts of government departments and public bodies*, currently provide for an alternative construction contract dispute resolution method, which is arbitration.

It should however be emphasised that the Quebec legislature is currently studying a draft regulation on construction work contracts involving public bodies, which provide for the use of mediation for some types of construction contracts.[5]. These draft regulations are part of deliberations undertaken following the adoption of the new *Act respecting contracting by public bodies*[6] and the *Act to promote rigorous management of public infrastructures and large projects*[7], which would amend the above mentioned *Public Administration Act*.

No public contracting authority uses the standard construction contracts drawn up by the aforementioned Canadian Construction Documents Commission (CCDC).

This contract provides for any disputes not having been resolved by direct negotiation with the project professional to be first subjected to a mediation process headed by a project mediator and, should mediation fail, the parties will have the choice of submitting it to arbitration or to a judicial process.

Private clients using this contract form would often modify it to exclude any references to a mediation process.

Following the example of the *National Construction Dispute Resolution Committee* (NCDRC) and the aforementioned Canadian Construction Documents Commission (CCDC), in January 2004, the Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ), whose construction committee is comprised of all industry stakeholders, presented a Submission to the Government of Quebec recommending that it include a provision for the use of mediation in its construction contracts.

In a 2002 letter addressed to the president of IMAQ, the then Quebec Minister of Justice, Paul Bégin, stated:

"I am completely in support of mediation, and I call upon all invited partners to promote and use the proposed mediation provision or other provisions to the same effect."

Indeed, the Quebec Justice Ministry published a pamphlet entitled « *Une bonne façon de s'entendre – La médiation civile et commerciale* » (*A Practical Approach to Agreement– Civil and Commercial Mediation)* in which, after enumerating the advantages of mediation, he recommends the inclusion of a mediation provision in contracts.

Meanwhile, the Barreau du Québec adopted five important resolutions to concretize the implementation of its development plan on participatory justice, and each year, provides a five-day training session following which it certifies civil and commercial mediators. Since May 2004, it has also been publishing a pamphlet promoting civil and commercial mediation, entitled « *Pour éviter les confrontations coûteuses » (Avoiding Costly Confrontations*).

Problem Statement

A gap thus appears to exist between the stated will of various stakeholders in Quebec, on the one hand, regarding the prospect of using alternative methods to resolve civil and commercial disputes, especially those related to construction work, and, on the other hand, the apparently marginalization of the practice in Quebec, with arbitration, however, being the exception.

This study therefore attempts to identify the reasons why the stated intentions of various stakeholders involved in Quebec do not seem to be able to translate into action.

We have attempted to identify, among some key construction industry stakeholders in Quebec, what they know about and how they perceive dispute resolution methods other than arbitration and courts, and more specifically, those especially adapted to their industry and commonly practised elsewhere, as well as their assessment regarding the level of implementation of these methods in Quebec.

The conceptual framework of our research revolves around the neutral evaluation model, which may also be incorporated into a mediation or partnership process.

1. Systemic deficiencies of Quebec's construction industry

The construction industry accounts for close to 9% of Quebec's GDP. Since 2004, capital expenditures on construction have amounted to almost 32 billion dollars annually[8].

According to the Conseil de la science et de la technologie du Québec (Science and Technology Council of Quebec)[9], the Government of Quebec is the principal contracting authority, followed by municipalities, with the federal government playing a minor role, while noting that governments are virtually the sole recurrent clients as far as construction is concerned.

Quebec's construction sector comprises many small firms. In effect, according to the Commission de la construction du Québec (Quebec Construction Commission), while institutional and business buildings field 13,294 employers, apartment buildings comprise 12,577, and 83% of employers have fewer than six employees who perform a quarter of the work load[10].

The industry is thus fragmented into a multitude of small firms with limited resources and little mutual interaction. In 2001, only five Canadian firms ranked among the 225 largest construction companies in terms of international contracts.[11]

In 2003, the Quebec government's Conseil de la science et de la technologie, expressing an interest in the major trends of Quebec's construction industry, concluded that "*the success factors common to these new methods seem to be close cooperation among stakeholders, increased supervision of the entire project, better quality monitoring clearly established targets, and a performance measurement system"* [12].

Meanwhile, in its overview of the construction sector**,** the National Steering Committee for Innovation in Construction[13] pointed out that since 1960, productivity growth in the construction industry has seen a 50% lag versus that of the business sector, with the lag being most evident over the last two decades. The consensus view is that increased productivity in the construction sector would depend on mobilising all the innovation potential of the sector.

The CDNIC maintained that "the construction sector will achieve its full potential only if considerable systemic changes are made in its culture and structure; these changes require a full range of innovations in the working process, in technologies and in products".

In the summary of its report, the CDNIC unequivocally established that close partnership relationships between private sector organisations and public service institutions were indispensable to the implementation of actions recommended for the innovation of the industry.

According to it, each of the different levels of government in Canada can and must truly leave its mark on the industry, especially with respect to the quality of clients, regulators, educators and technology brokers. By coordinating their efforts, exerting their influence and sometimes changing their practices, governments may, according to the CDNIC, have a truly positive impact on the sector.

In 2004, the Centre d'études et de recherche pour l'avancement de la construction

au Québec (Center for Studies and Research for the Development of Construction in Quebec) (CERACQ) published a report entitled *Innovation in Quebec's Building Industry in 2004*[14], which constituted a response to the 2002 CDNIC report with specific application to Quebec.

In its analysis and innovation awareness-raising measures undertaken, CERACQ notes that Quebec is about a decade behind similar measures implemented in the United States and England, where they have led to significant productivity gains and increased performance for the industry.

2. Causes of construction disputes

During a training course offered in February 2006 by two lawyers specialised in construction law, on behalf of the construction law section of the Canadian Bar Association, Quebec division, the lawyers identified the following five principal sources of potential litigation on construction sites:

1 changes relating to work or implementation conditions;
2 delays;
3 performance quality;
4 financial hardship;
5 labour-related problems;

These are essentially the same problems our respondents identified as being the main sources of construction disputes.

3. Current construction dispute resolution methods used in Quebec

The literature on construction dispute resolution uses the example of a staircase to illustrate the continuum of methods used for this type of dispute resolution. These are often called *Dispute Resolution Ladders* (DRL).

Currently, the most widely used DRL in Quebec is the two-step staircase. The first step is the decision of the Project Professional and the second, arbitration or proceedings; between both steps, the only option available is comprised of possible informal and unstructured negotiations between the parties.

a) The Project professional

In most construction projects in Quebec, the responsibility of resolving construction disputes still lies primarily with the Project Professional, that is, the architect or engineer who in most cases developed project plans and estimates[15].

With time, however, construction contracts began to be bigger, their technical complexity increased, and the number of stakeholders increased considerably. Because the monetary value of contract disputes was becoming, and was compounded by work completion delays, the frequency and scope of construction disputes increased exponentially.

Within this context, the ability and authority of the professional responsible for design as sole arbitrator of disputes likely to arise during project implementation have been questioned by contractors and several clients.

Moreover, considering that most changes result from errors and omissions in plans and estimates usually drawn up by project professionals, many contractors consider these professionals as being in a conflict-of-interest position by dint of this role.

b) Arbitration

As previously mentioned, arbitration is the sole alternative dispute resolution method currently approved for public construction contracts, until now, has been the most widely used in construction dispute resolutions which have not been settled through negotiation or decisions by the Project Professional.

Although arbitration was fairly popular in the construction industry during the 80s and 90s, due to its growing association with the legal process, parties apparently no longer turn to it as readily as a dispute resolution option.

In fact, although the process initially had the advantage of being flexible, fast and less expensive than a trial, various stakeholders interviewed as part of this study seem to agree that the only benefits that arise from the way lawyers used it include the option of choosing arbitrators and the fact that their rulings are binding.

c) Proceedings

Both the construction dispute management and resolution literature consulted and the stakeholders interviewed as part of this study unanimously agree, except in rare cases, that legal action is not a satisfactory option for settling disputes.

This also explains why legal action is rarely used and why most construction disputes are resolved before any legal action is brought.

4. Dispute resolution needs of construction stakeholders

The information provided above reveals that in the 1980s and 1990s, construction stakeholders in Quebec were as dissatisfied with the dispute resolution status quo as those in the construction industry all over the world, especially in the United States and England.

In that regard, the following needs of the construction industry in Quebec were revealed from interviews we conducted with major stakeholders:

a) Increased collaboration within project teams

All agree that the success of a construction project depends on a closer collaboration between its multiple stakeholders.

The relationship between this collaboration and performance and the observance of project budgets and deadlines has been extensively documented in all the studies carried out on the construction industry.

Central to this collaboration are solid and integrated project teams[16].

This requirement is also seen in the rather recent tendency of clients of favouring project management and construction management, or "design

build" and public private partnerships (PPP) over traditional project implementation methods based on firm price contracts.

The methods share a common fundamental trait: setting up an integrated project team whose members collaborate to implement projects rather than confronting one another, as it too often happens in the case of firm price contracts.

b) Making sufficient investments in prevention

Here as well, all documentation and stakeholders agree that adequate resources (time and money) should be invested, both quantitatively and qualitatively, in project planning long before the start of construction.

This preparation requires that client needs be specifically defined (PFT), that coordinated plans and estimates be prepared, and calls for the development of a comprehensive risk management plan, which must be included in the project budget and schedule. This risk management plan must also be regularly reviewed during project implementation, and customised to match the evolution of risks identified in the plan as well as unexpected new risks.

This risk management plan should also help in determining the implementation method most appropriate for the project as well as a supervisory contractual framework in which risks are evenly distributed between parties.

In addition to ensuring a balance between the parties, the contract should also provide for a clear and equal dispute resolution mechanism that enables the contracting parties to accurately ascertain the risks involved.

These preventive measures are aimed at minimising requests for change during project execution as much as possible, thereby avoiding subsequent claims.

c) "Real-time" dispute management

Another consensus expressed by stakeholders regarding construction projects is that disputes should be resolved within reasonable timeframes, during construction.

Currently, all disputes arising during construction, and that are not resolved through negotiation or through a ruling by the project professional, are accumulated and deferred until the end of the project when attempts are made to resolve them altogether.

Meanwhile, most construction contracts provide that these disputes must in no way delay the smooth operation of any ongoing work and that contractors must execute contentious work, supra protest and without prejudice to their future rights and recourse.

Given that the implementation period for average-size construction projects varies between one and three years, it is easy to understand why these unresolved disputes can have a negative impact on the spirit of collaboration, which is vital for the project, and on the budget of small projects and on subcontractors.

Consequently, both the contractor and project professional have a stake in adopting this proactive approach which advocates the immediate resolution of disputes, within reasonable timeframes as construction work progress. This will allow the contracting authority to better control costs and deter the contractor from "trumping up" a claim which he will present at the end of the project. As for the contractor, he will be spared the financial burden of carrying out projects for which payment shall not be made, discouraging him from including a risk premium in his claims.

d) Intervention of neutral third parties

Given that most construction contracts in Quebec do not yet provide for intermediary recourse between the project professional's decision and the arbitration or legal action regarding a dispute, most stakeholders interviewed preferred that a third party or authority, other than a project team member, intervene to attempt to resolve the dispute.

The principle behind this is that in addition to the obvious conflict of interests the project professional may face, as described above, other parties, such as the contractor's project officer and that of the contracting authority are too "close" to the day-to-day operation of the project to be able to stand back and maintain objectivity and proposing creative and innovative solutions. Other major sources of construction disputes include personality conflicts and communication among project team members that is either absent or of poor quality.

e) Third parties and their expected role

While some contracting authorities may be willing to call on truly neutral and independent third parties to help resolve their disputes, where the gap between their expectations and those of some contractors seems to widen is in the role such third parties would be expected to play.

Some contractors' associations would prefer to have public construction contracts include the obligation for parties to submit their disputes, before implementing any disputed project, for resolution to independent adjudicators whose binding decision may only be challenged at the end of the project, according to the British dispute arbitration model of ***Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996***.

Public contracting authorities find it hard to accept that a third party, other than a judge or an arbitrator governed by a legal process, should be able to make rulings during construction regarding the allocation of public funds, since their ruling could end up being overturned at the end of the project after sums have been paid to the contractor.

f) Flexible and efficient resolution mechanisms

Cynical about the heavy, unending and

energy-consuming procedures related to legal proceedings, and even arbitration, industry stakeholders now all prefer flexible, quick and cost-effective resolution mechanisms.

The objective is to ensure a free (not restricted by the rules of evidence and procedure), direct (between all members familiar with the details of the case, whether or not they are accompanied by their lawyers) and strictly confidential circulation of information useful for dispute resolution without prejudice to parties' rights and their possible future use.

The parties want to be able to choose the procedure most suitable to their needs and control its progress, time frame and cost, just as they do with their projects.

5. Dispute prevention and resolution (DPR) specifically adapted to the construction industry

It was in response to the needs expressed in the previous chapter that at the beginning of the 1980s, American construction industry stakeholders, encouraged by different levels of their government, developed dispute prevention and resolution methods specifically adapted to their industry.

These different methods were known by the acronym DART (*Dispute Avoidance and Resolution Techniques*). They have been used within the framework of international projects, and have thus been adopted by other countries.

These methods revolve around the concept of neutral intervention by third parties, construction and dispute resolution experts, in all the phases of a construction project, from planning to implementation. The role of these third parties is to prevent and, where necessary, resolve disputes, depending on the roles assigned them by the parties, either to assist them in negotiations and/or express an opinion to which such parties may accept whether or not they will be bound.

These different methods differ from one another depending on the level of control the parties may want to maintain in the resolution of their specific disputes. The more decision-making power they grant the third party, the more control they lose to the latter.

This criterion differentiates partnership and mediation from *dispute review boards* (DRB), which differ from *dispute adjudication boards* (DAB) and the British dispute arbitration model.

Technically, while neither the partnership nor mediation options require third party opinion, the specific purpose of the other options mentioned is to express an opinion which in the case of DRBs only, will not be binding.

Industry stakeholders introduced DART mainly because they assumed that the traditional two-step (project professional's decision followed by arbitration and/or legal action) dispute resolution ladder no longer reflected the increasingly complex and sophisticated requirements of modern construction projects. They therefore introduced intervention stages, upstream and downstream from the project professional's decision, based on a *continuum* through which arbitration and/or legal action truly represented a last resort solution.

While the partnership technique is applied upstream, mediation, non-binding neutral evaluation (*standing neutral, dispute review board*) followed by binding neutral evaluation (British dispute arbitrator and dispute adjudication board) is downstream.

These methods are unique in their proactive approach to dispute resolution. Dispute resolution is no longer postponed until the end of the project. Disputes are settled "in real-time", as soon as they occur. Some of these methods actually require that third parties be appointed at the start of the project, and that they remain on "standby" throughout the project. To ensure rapid and efficient intervention as soon as disputes arise, these parties are regularly informed of the project's development. The third party is the project mediator, the "standing neutral" or dispute review/adjudication boards.

Contrary to arbitration, adjudication methods mentioned above apply more flexible procedural rules and evidence and rely more on the search for facts and technical arguments than on law.

a) Partnering

Advocated at the end of the 1980s by the US Army Corps of Engineers, this dispute prevention method requires the presence of a disciplinary team during project execution.

It seeks to develop a project team spirit by emphasizing the project, within organizations which do not necessarily have a common team experience, and where association is imposed, in the public sector, through the system where contracts are awarded to the lowest bidder. While aimed at establishing and facilitating communication between project stakeholders, it in no way amends the contract established between the parties.

The process generally begins with the introduction of clauses expressing the proprietor's intention to establish a close partnership between the contracting authority, the contractor, subcontractors, suppliers and the professionals, in the specifications sheet. To that effect, the proprietor appoints and remunerates one or more external facilitators responsible for setting up and monitoring this process. The partnership workshop is held immediately following the signing of the contracts, but prior to the start of construction.

In order to identify and analyse potential problems that may arise during project implementation, the facilitator meets separately with the client and his representative, with design professionals, and with the contractor and his subcontractors at the construction site. This information is necessary for planning partnership workshops.

Based on the principles and procedures

established at this workshop, partners draw up a document expressing their intention to maintain a sound and cordial relationship throughout the project, act in good faith and promote a harmonious working climate and an environment based on trust. This charter, which is simply a moral contract, is signed by the participants and distributed along with a group photograph to all construction site offices.

However, when problems arise, participants tend to revert to their old confrontational ways. For that reason, the facilitator's mandate generally provides for one or two progress report meetings with participants during construction, to help them implement what they learnt during the workshop.

According to studies and surveys carried out by the American *Construction Industry Institute* (CII) in 1994[17] , there is a direct connection between increased trust on a project and reduced implementation costs and deadlines. The survey revealed that 90% of respondents agreed that partnership had improved project quality. Still according to this study, 5 projects undertaken in partnership totalling $492 million had generated average savings of 7%, and 83% of 30 such projects amounting to $684 million were completed on or before the established deadline.

Although a study[18] carried out by the Concordia University in Montreal in 1996 on the usefulness of partnerships on 10 construction projects carried out in Quebec also revealed positive results, with 80% of respondents looking forward to participating in other similar projects, very few projects have used the process in recent years.

Ms. Guay[19] had foreseen this situation in 1997 when she identified the major obstacles to the implementation of this apparently promising process. Regarding resistance to change, she stated:

"Resistance to change is its major obstacle. The partnering approach requires transparency and information sharing, which many still find difficult to accept. Values associated with the old adage 'Information is power' are difficult to change."

Our interviews revealed that a vast majority of respondents are ignorant of the process and somewhat sceptical about its real potential when their attention is drawn to its operation.

b) Mediation

As previously seen, the Canadian Construction Documents Commission (CCDC) has chosen the mediation option as an additional step between the decision of the project professional, arbitration and legal action, in the *dispute resolution ladder* recommended for its standard contracts.

In 2004, the same construction stakeholders in Quebec met within the framework of the construction committee of the l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ), and requested that public contracting authorities include a mediation clause in their contracts.[20]

A study[21] carried out between 1990 and 1992 among 155 Canadian construction industry representatives by F.T. Hartman, a project management specialist at the University of Calgary's civil engineering department, concluded that it was necessary to adopt a 'proactive' mediation approach for a better contract award procedure in the field.

This method recommends that the mediator be a neutral third party jointly chosen by the contractor and contracting authority. He must be an experienced construction practitioner and trained in sound mediation and negotiation as taught by Ury and Fisher. He shall participate in all construction site meetings in order to identify any potential problems and promote discussion and resolution as much as possible. The mediator shall set a future date with the parties for the settlement of all unresolved disputes at the end of construction site meetings. If still unresolved, a formal mediation should be attempted or the mediator will take a decision that is binding on both parties until such time as the work is completed. Only then will the parties be able to legally contest this decision, where applicable.

c) Neutral or impartial evaluation

We will consider the definition found in the Dispute Resolution Manual published by the Department of Justice Canada[22] :

"Neutral Evaluation is a dispute resolution technique - at mid-point between mediation and binding adjudication - that can stand on its own or be integrated with other dispute resolution processes such as mediation. Neutral Evaluation is a process in which the parties or their counsel present their cases to a neutral third party (usually an experienced and respected professional[23] with expertise in the substantive area of the dispute) who renders a non-binding assessment[24] on the merit of the case. This process combines features of both a decision-making and a non-decision-making process. During the process, the neutral may be invited to serve as mediator or facilitator.

Regarding construction disputes, this neutral evaluation usually takes the form of dispute resolution committees, consisting of one or more *standing neutrals*, which the literature refers to as *dispute resolution boards*. These boards are in turn divided into ***dispute review boards*** (DRB) or ***dispute adjudication boards*** (DAB), depending on whether the assessment that results from them is a non-binding recommendation or a binding adjudication.

Usually created early in the project, these boards are part of the project team and remain in place throughout the duration thereof. Comprising one or three independent experts that are kept regularly informed of the progress of the project, the boards informally assist the parties in resolving disputes that may arise during construction and make recommendations (or decisions) concerning any disputes submit-

ted to them by either party.

The process of the boards differs from arbitration in that it is rather an assessment process which aims to provide the parties with an expert procedure on a particular matter of fact, technique or contract interpretation. Its rules are more flexible than arbitration, and even in the case of dispute adjudication boards, their decisions are not binding and may be challenged upon completion of the project.

It is the DAB model that has been adopted by the International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), whose standard contracts are applied in most major international projects. It has also been adopted by the World Bank, as well as the International Chamber of Commerce, which also recommends the DRB model.

Moreover, in some respects, it is the institutional grievance adjudication model adopted by the ***British Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*** which, however, provides for the intervention of an adjudicator only when a dispute is submitted, and not throughout the duration of the project.

d) Conclusion

The mechanisms described in this section are the major ones developed elsewhere by construction industry stakeholders to meet their dispute resolution needs. There are several other variations and even combinations of these models.

The *American Association of Arbitration*[25] states that its survey reveals a growing understanding among these stakeholders of the fact that each project has its own characteristics, which require that interested parties explore tailor-made processes to manage and resolve disputes.

With the exception of mediation, our interviews confirmed that all these other DPR methods are largely unknown to most construction stakeholders in Quebec.

6. Survey of causes perceived by construction industry stakeholders in Quebec, explaining the delay in and/or resistance to the implementation of DPR methods in Quebec

These causes fall under two categories: those that are structurally related to the nature of the construction industry and common to all stakeholders, and those specific to individual stakeholders.

a) Structural causes related to the construction industry

As we have seen in the chapter on systemic deficiencies in the construction industry, several studies have been conducted over the past decade in the United States, England, Canada, and most recently in Quebec on innovation in the construction industry.

Most factors identified as obstacles to innovation may also explain the difficulty associated with implementing these "innovative" dispute resolution methods, DPRs.

These obstacles to innovation noted in the construction industry may be summarised as follows:

- Lack of government leadership
- Lack of a consistent policy among different levels of government
- Resistance to change
- The confrontational culture typical of the industry
- Short-term vision of stakeholders
- Divergence between stakeholder interests and objectives
- Weak project teams
- Inadequate supply of management processes
- Inequitable risk distribution
- Fragmented industry, insufficient investments and weak profitability margins
- Lack of knowledge and training, and inadequate skills among stakeholders
- Poor industry image
- Cyclicality of the industry

b) Lack of leadership by the government of Quebec

The history of the development of DPR models in the construction industry reveals the indispensable role of the government as an agent of change. It thanks to initiatives by some public contracting authorities that *partnering* and *dispute review boards* emerged in the United States.

In Ontario, civil and commercial mediation is no longer considered as an "alternative" dispute resolution option, since the government of Ontario decided to make it mandatory in 1999.

As previously mentioned, the National Steering Committee for Innovation in Construction (CDNIC) recognized the innovation-related role to be played by different levels of government in Canada.

A key recommendation by the Law Commission of Canada made in its 2003 report on participatory justice[26] specifically targeted the proactive role of governments in facilitating the development of participatory dispute resolution programs.

Thus, in April 1992, through its Justice Ministry, the government of Canada created the Dispute Resolution Services (DRS)[27] which works to prevent and manage disputes.

Meanwhile, so far, the Quebec government appears to have played a reactive rather than a proactive role in contract dispute prevention, management and resolution. It was due to pressure from various contractors' associations (Corporation des entrepreneurs généraux du Québec, Association de la construction du Québec, Association de constructeurs de routes et grands travaux du Québec), in a context where the government is preparing to invest heavily in infrastructure (hydroelectric projects, roads and bridges, university hospitals etc...), that the Secretary of the Treasury Board is finally considering the use of mediation in public construction contracts.

c) Lack of DPR training

Our interviews revealed that, with the exception of arbitration and mediation, Quebec's construction industry stakeholders are almost completely ignorant of other DPR methods developed elsewhere by their industry. Moreover, they very often confuse mediation with arbitration.

Experts working in the construction industry are mainly engineers, architects, professional project managers and lawyers.

The engineering, architecture, and even the law faculties of Quebec universities, offer very limited or no training in dispute prevention and resolution at the undergraduate level. Only Sherbrooke University's Faculty of Law offers graduate training in DPR. Nevertheless, even these schools, such as Université du Québec's École de technologie supérieure, and Concordia University's Department of Building, Civil & Environmental Engineering, which have specific construction industry programs, and UQAM, which has a graduate program in project management, do not offer DPR courses.

In its aforementioned report[28], the Law Commission of Canada advocated the consolidation of a participatory culture by recommending that "Canadian colleges and universities, particularly law faculties, continue to expand and encourage the teaching of participatory processes to law students". It also recommended that "provincial bars continue to ensure that further training programs provide lawyers with training in participatory justice and that they encourage their members to undergo such training".

In its *Dispute Resolution Policy*[29] Canada's Department of Justice identified training as the second priority commitment (after leadership) to which it subscribed in order to meet its objectives.

Alternative dispute resolution is a subject that receives relatively marginal attention at annual conferences (Insight, Canadian Institute) on construction claims and construction and intended for all industry stakeholders. Most speakers are lawyers and claims consultants who, at great expense, lecture their audiences on construction claims prevention, preparation and analysis. Some stakeholders even claim that these conferences only fuel a lucrative construction dispute industry which benefits no-one except lawyers and construction claims consultants.

However, it is interesting to note the contrast between these traditional conferences and the subject of a one-day forum held recently in Montreal, entitled *Innovating through collaboration in the construction industry*, which centered on the theme "*Collaboration-Key to the success of innovative practices*". This forum was organized by a building training group, Contech, and the construction practices group of the *Project Management Institute* (PMI). The speakers were all project managers, construction experts and constructors.

d) Responsibility for litigation costs

Another weighty factor to consider in deciding which DPR methods to use revolves around determining who will pay litigation costs.

In fact, in order to encourage the use DPRs, the federal government has, among other measures, specifically charged all fees relating to the defence of claims arising from the operations of various client ministries and organizations to their budget.

Prior to the implementation of this policy, public managers did not care about such costs since they were borne by the Department of Justice from a budget different from theirs. Thus litigation costs did not in any way prove prejudicial to the assessment of their ability to complete projects within their budgets.

Similarly, some professional liability insurers offer a reduction of deductibles in their insurance policies to all customers who have agreed to submit their dispute to a mediation process.

e) Lack of trust

For disputing parties to feel free to participate in a consensual dispute resolution option, a certain degree of trust in each other must be present. However, there are some undying prejudices among several construction stakeholders which make the use of these DPR options nothing but a passing fancy.

For example, many contracting authority representatives and their professionals, architects and engineers are still convinced that construction contractors are fundamentally dishonest, and that they do their utmost to find every means possible and imaginable to attempt to avoid their contract obligations, blame others for their own violations and obtain payments to which they are not entitled.

Similarly, many contractors are convinced that most big contracting authorities, especially public clients, abuse their power in a bit to hide their incompetence and/or negligence and seek to finance their budget deficits on the backs of contractors. They do not trust project professionals whom they very often consider as weak and incompetent persons enslaved to the financial imperatives of their clients.

f) Cultural factors

Cultural factors specific to Quebec also explain the reluctance of some industry stakeholders to use DPR options.

For example, some believe that the majority of contractors in Quebec (small businesses with fewer than 6 employees) are still suffering from an inferiority complex, especially in the face of the authority of the public client. Not only would they naturally avoid disputes but, in addition, they would not feel confident enough to engage in a process over which they should retain rather than give up control to a third party, especially a judge who would decide the case for them.

Similarly, several public contracting authorities, who cling to an outdated view of authority, would find it very difficult considering these very contractors as their partners in the implementation of projects, and would resolutely resist any dispute resolution process they perceive as an unnecessary erosion of their authority.

The generally low level of professionalism of stakeholders, reported by studies on lack of innovative capacity in Quebec's industry, may also explain their more emotional reaction to disputes, which is often marked by an unreasonable increase in commitments, which climaxes in court cases.

Often associated with Quebecers' Latin nature, this emotionalism may also explain why DPR methods have increasingly taken root in Anglo-Saxon courts where a business culture may probably have been in place for a long time.

Finally, it is difficult to imagine any contrast greater than that existing between the spirit of entrepreneurship inherent in constructors and the bureaucratic character of a public administrator of a construction contract. While the former is primarily aimed at the productivity required to achieve its financial objectives, the latter seeks first and foremost to preserve its status by attempting to comply with all the bureaucratic requirements imposed by its organization.

g) Lack of collaboration

As previously mentioned, all studies carried out during the last decade on the construction industry, here as elsewhere, unanimously agree that collaboration is indispensable to the success of any construction project.

They note that the absence of a strong and integrated project team accounts for most systemic problems afflicting this industry, and render it less productive and highly confrontational.

All the DPR options which the Law Commission of Canada also classifies under the term "consensual justice" are based on the fundamental principle of collaboration.

From the *partnering* concept, which is specifically aimed at creating a strong project team, through the selection of an appropriate DPR option, to the neutral third party and the spirit necessary for the success of the chosen option, collaboration is an essential ingredient in DPR options.

It is therefore evident that the development of DPRs in the construction industry in Quebec will be intimately tied to this awareness of local stakeholders and to the efforts they will deploy to increase collaboration in the execution of their projects.

h) Contractual framework

We have seen that the current and predominant contractual framework in Quebec provides only arbitration as a DPR option. The fact that contract CCDC 2-1994, which provides for recourse to mediation, is almost never used in Quebec, is in itself revealing.

Several stakeholders interviewed view the inclusion of DPR clauses in public construction contracts as an essential step for restoring some form of contractual balance to offset this extraordinary power of contracting authorities to unilaterally impose changes on their contracts without negotiating an agreement on their conditions.

The Quebec government has announced its intention to increasingly undertake huge public infrastructure projects using the public private partnership (PPP) method. At least five major projects have been launched in Quebec to date: two highways, two university hospitals and a concert hall. This very partnership concept responds to the consolidation and collaboration needs of the project team, and is quite consistent with the introduction of DPR options into this these projects.

i) Settlement conferences (SC)

Although there are no statistics on the use and success rate of this process in construction cases, the overall success rate for all types of civil and commercial cases, announced by the judiciary, is about 80%. Recently, a major construction dispute relating to the roof of the Olympic stadium, involving a large number of parties and which dragged on for many years, was settled out of court in just a few days following an SC presided by a Superior Court judge.

The construction lawyers and several other industry stakeholders who took part in it do not, however, agree on the appropriateness of such a process.

If the SC was indeed the sole dispute resolution option the parties explored prior to a trial, then it is easy to understand their frustration. By then, they should already have spent significant time and money in legal and expert costs. In fact, SCs cannot meet the widely documented needs of construction stakeholders, which include the "real time" and effective handling of their disputes by third parties experienced in the field.

However, even if SCs are brought in too late, the fact remains that they constitute an interesting alternative to long-running trials, which generally characterize construction disputes.

Mediators in civil and commercial proceedings generally agree the introduction of SCs has resulted in partially moving parties away from private mediation because with SCs, they do not have to bear the mediating judge's costs. While the costs of the mediating judge in a conventional construction dispute represent only a very minor part of the overall expenses, this advantage alone does not, in our opinion, justify a party ignoring other DPR options in favour of SCs.

Nevertheless, a party that is only familiar with the SC as a mediation model may be reluctant, given the "arm twisting" reasons given by many, to experiment with a private mediation based on the model developed by the same con-

struction industry stakeholders, and that in some cases, such a phenomenon could explain the reluctance to adopt a genuine DPR option.

j) Causes specific to contracting authorities

Such causes can vary according to the type of contracting authority involved.

Generally, private contracting authorities tend to prefer DPRs much more than their public counterparts since DPRs meet their short-term budgetary and scheduling requirements better, and they do not have to face the transparency and accountability requirements faced by public accounts.

Because public works form the greatest portion of construction work done in Quebec, and since this sector is recognized for being the most contentious, our studies therefore concentrated primarily on public contracting authorities.

i Preference for internal conflict management processes

Public contracting authorities hesitate to entrust the mandate of assisting them in resolving disputes they may have to neutral third parties other than judges, more so when it comes to settling such disputes.

They feel more comfortable retaining control over the process by entrusting their civil servants (or even simply grouping them together under "independent" internal services) with responsibility for studying claims from contractors and attempting negotiations for out-of-court settlements, or even acting as "mediators" between project managers and contractors, and finally, as "adjudicators" when necessary.

Should the internal process fail, then these contracting authorities do not seem to see the possibility of using any other conflict resolution option involving real neutral third parties. It is conceivable that after exhausting all internal audit options, these managers may feel sufficiently covered to justify leaving it up to a court to ultimately impose its solution on them.

ii Resistance to change

In all fields, as in all organizations, DPRs require cultural changes. That is especially the case in the very contentious field of construction and in big bureaucratic organizations, such as public contracting authorities.

Even when upper management in such public institutions recognize the need for DPRs, it will admit that one of the main obstacles to their implementation is the internal resistance to changes in attitude and in procedures they involve, coming from their managers.

iii Transparency in the management of public funds

In explaining their refusal to use DPRs, public managers often raise the argument that transparency is a must in their management of public funds. According to them, this requirement could not be reconciled with the basic principle of confidentiality inherent in DPR processes.

Since construction DPRs almost always result in the contracting authority being called upon to pay a certain amount of money, this contracting authority must therefore be able to explain to a superior authority, or even to the auditor general, why it arrived at the conclusion it did.

We must recall however that these DPR options were initially brought in by public contracting authorities in the United States, who were surely facing the same government restrictions in terms of public funds.

Incidentally, this is what the *Dispute Resolution Board Foundation*[30] has to say on the matter:

"A DRB recommendation is especially helpful for public owners because frequently the decision to accept settlement of a dispute must be approved by a governing board such as a school board, city council, county board of supervisors, or other similar public governing board. A well-reasoned analysis of the dispute by a panel of neutral professionals with construction backgrounds provides credibility to support the public owner's decision to accept the DRB recommendation."

iv Concern over social impact of conflicts

A limitation that is specific to public contracting authorities, and which should constitute an argument for the adoption of DPR, is the possible impact of ineffective conflict management on society.

Just as the announcement of public projects provides significant political capital to the government, if such projects are realized and concluded in a litigious climate, then they could be a major source of embarrassment for the authority in

ADR Outsourcing

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

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*

charge. The case of the construction of the Gaspesia paper mill is but a recent example.

v Inadequate contingency budget
We have already identified this factor as being a major source of conflict in the execution of construction work. If, as mentioned, budgets allocated for projects are not ample enough to make up for changes occurring during execution, then it should come as no surprise if contracting authorities use methods that should help resolve them quickly.

Rather than requesting additional budget allowances on a piecemeal basis each time claims are made, some contracting authorities choose to accumulate everything until the end of the work, and only then negotiate to submit a single overall request for additional budgets. As a result, they should have nothing to do about DPR options applied "in real time", within a reasonable time frame, during the work. Particularly so because in the mean time, they can exercise some clauses in their contracts forcing contractors to carry out their work supra protest.

During our interviews, some attorneys opined that the introduction of DPR options applicable during construction, irrespective of whether or not they are adjudicative, could have the desirable effect of forcing contracting authorities and their professionals to make greater investments in their pre-project planning than in developing a realistic risk management plan, which should avoid having to constantly justify additional budgets following recommendations or decisions obtained from DPR processes.

k) Causes associated with project professionals (architects, engineers)
Generally, project professionals agree with the implementation of DPR options on their projects.

As mentioned earlier, they were part of the Canadian Construction Documents Committee (CCDC) when it developed its contract templates, including a mediation clause as well as the rules governing it.

Indeed, the two causes that were cited by some professionals during our interviews, such as the possibility of interfering with the implementation of DPR options, were redundancy with their role as Level I Adjudicators for disputes concerning projects and the fear that such DPR options encourage entrepreneurs to file claims they would otherwise not have filed.

According to them, introducing a third party would only make the process more cumbersome, and hence more costly. Worse still, it would disrupt the balance in the relationship between the project team members by undermining their authority which should otherwise be indispensible for keeping the project under control.

Finally, some of them sincerely believe that right from the start of the project, establishing dispute resolution standing committees (*dispute resolution boards*) to be maintained until the end of the work, would constitute an explicit invitation to contractors to try their luck by filing frivolous claims.

This is what the *Dispute Resolution Board Foundation* says about this concern[31] ;

"Since the effort and expense of submitting a dispute to a DRB are relatively small, it has been argued that a contractor might abuse the DRB process and utilize it to test the viability of seemingly marginal claims. Experience has shown that this has not been a significant factor, probably because most contractors do not want to face the loss of credibility with board members which would likely result from asking them to consider non-meritorious claims."

According to the *Foundation*'s statistics, 58% of the projects including such committees were completed without any dispute having been submitted to them.

Finally, project professionals are not keen on participating in DPRs for which they are not receiving any additional compensation.

l) Causes attributable to contractors
Generally, of all industry actors, contractors are those who are most in favour of DPR. This can easily be attributed to the fact that in the case of contracts in which no dispute can be used to justify work stoppage, including those under dispute, the financial burden is borne by contractors until such time as the dispute is resolved.

However, there is a stronger tendency among some business associations to no longer consider mediation as the most appropriate DPR option for resolving construction disputes. It is the fact that the mediator has no decision making power that poses a problem for them. According to these contractors, there is a very unbalanced power relationship between them and public contracting authorities, and their mistrust of these contracting authorities is so great that they do not believe that the latter have a real desire to settle. They fear mediation may be used to play for time or to obtain, from the contractors themselves, information needed to best challenge their claims. Unless it is enforceable, these contractors doubt that the mediator's opinion, when requested, can influence the decisions of a contracting authority that will not or cannot pay.

This trend is in stark contrast to the development that public contracting authorities are getting ready to gradually create for mediation as a means of settling their disputes. While contracting authorities are barely beginning to consider mediation, some contractors seem to have already discarded it altogether, opting instead for adjudicative process based on the model provided in the **British *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*.**

This divergence with respect to the appropriate DPR option may therefore inadvertently result in a perpetuation of the *status quo* in terms of settling disputes. Since the main parties in the construction contract would never agree on the process to be used to settle their disputes, these would therefore drag on until submitted to arbitration, at the end of the project.

m) Causes attributable to attorneys and legal advisors

As mentioned earlier, and as have been demonstrated by the many conferences held in this area, construction disputes are fodder for a very lucrative industry for claims lawyers and advisers. The authors Pena-Mora, Sosa and McCone[32] estimate it to be worth 5 billion dollars annually in the United States (where DPRs are fully established).

Construction disputes generally involve considerable sums of money, a large number of parties and experts, complex procedures, the need for multiple direct examinations and preliminary motions, voluminous documentary evidence, and finally, long proceedings. Presently, there is a construction case before the courts pitching the firm Foster Wheeler against the City of Montréal, and which so far, has involved nearly 300 days of hearings.

In short, all these reasons, which are what have led other industry stakeholders to seek more efficient ways of settling their disputes, are the same ones which for lawyers working in the area, represent a significant source of income.

At the outset, it is therefore easy to understand why some of them may not necessarily tend naturally to advise their clients to invest in a DPR option specifically developed to avoid litigation costs.

That is why in its participatory justice report, the Law Commission of Canada issued another major recommendation[33] that "Provincial law societies review their codes of professional conduct to ensure that the role of the lawyer as an advocate in restorative or consensus-based justice processes is adequately anticipated. They should ensure that lawyers are charged with a duty to discuss alternatives to adversarial justice with their clients; that lawyers are alert to the vulnerability of some clients in such processes and take steps accordingly; and that counsel understands the basis of effective participation in such processes, including the duty to respect confidentiality."

Lawyers who seem to be able to integrate DPRs more seamlessly into their service offers are those working within large firms which work to meet the different legal needs of their business clients. They consider that the fees they will not earn by settling their client's dispute out of court will largely be compensated by gaining the loyalty of satisfied clients.

Lawyers working in "litigation shops" cannot afford to do as much, whatever their clients' interests may dictate.

Internal legal advisors, considering their methods of remuneration and their proximity to and the role they play on behalf of their clients, should technically favour the use of DPRs, but however, only to the extent that they have a sufficient understanding of how DPRs work.

Some public contracting authorities indicated to us that their legal advisors felt uncomfortable with DPRs because they did not fully understand the processes and because the processes did not appear to them to have a sufficiently legal basis.

n) Role of insurers and guarantors

This group of stakeholders, particularly the professional liability insurers of architects and engineers, played a prominent role in developing DPRs for the construction industry in the United States.

We have already mentioned the fact that these insurers even offer financial incentive to clients who agree to use mediation to resolve disputes.

In its submissions to the IMAQ building committee, the Surety Association of Canada (SAC), which brings together all building guarantee companies, stated its opposition to the standard arbitration clauses that are mandatory in construction contracts, given its enforceability and finality. However, it is in favour of all other forms of non-binding DPRs.

That said, these insurers are generally not involved in most disputes that may arise at the project execution stage. They only become involved if and when the professional liability of architects and engineers is at stake in the event of an accident at a worksite.

Even if these professionals are involved as Level 1 adjudicators assigned to settle disputes associated with the contract, their professional liability is rarely at issue, even when the dispute arises as a result of an error or omission in their plans. This is justified by the fact that in almost all cases, the contracting authority depends on the professional's collaboration in his defence against claims brought by contractors.

Building guarantee companies are just as interested in seeing disputes settled quickly and efficiently out of court. However, they too only intervene in those exceptional cases where the contractors they guarantee default in the execution of their contracts or in paying their bills.

Finally, representatives of these two groups (insurers and guarantors) that we examined stated that they yielded no influence on owners in terms of convincing them to include DPR clauses in their contracts.

CONCLUSION

Backlogs existing in Quebec in the implementation of DPR options to resolve construction-related disputes result in part from systemic deficiencies inherent in the construction industry, and partly from a

lack of leadership from the main stakeholder in the industry in Quebec, which is the government, and which acts both as a regulatory authority and as the largest contracting authority.

The same factors which, over the last twenty years, have led the government to investigate the systemic deficiencies at the root of the lack of motivation and productivity in the construction industry, are those which in my opinion, largely account for this same industry failing to quickly acquire DPR options other than arbitration for the resolution of its disputes in Quebec.

While these studies began in the early 1980s in the United States and in the 1990s in England, it was not until the 2000s that they began in Canada and in Quebec. They directly tie the lack of collaboration that underlies the predominantly conflicting nature of this industry to its lack of productivity and innovation.

Essentially the same lack of a sense of urgency can be seen in the implementation of DPR options in the construction industry. The Quebec government is only now beginning to study the possibility of including them in its construction contracts, whereas they have been successfully implemented in the United States for the last twenty years.

Although this slow evolution of DPRs both in the civilian and commercial arenas in Quebec is not unique to the construction field, it may be attributed to the fact that since the 1980s, the construction industry has gone through irregular economic cycles, and that DPRs only started gaining prominence over the last ten years. Indeed, annual capital expenditures on construction have doubled, going from 16 to 23 billion since 1997.[34]

While it is true that the rate of construction-related conflicts increases during difficult economic periods, and that the need for DPRs then becomes even more obvious, stakeholders are often too preoccupied with their very survival to launch any structural and cultural changes involving DPRs. However, when market conditions are so good that there is more work to be done than there are contractors available to meet demand, the latter will be in a better position to negotiate and impose more effective conditions for settling disputes in their contracts. The ongoing search by the Quebec government for more effective means of settling disputes is certainly included in the announcements of massive mandatory investments (65 billion) in its infrastructure over the coming years.

Added to these conjunctural factors inherent in the construction industry is the lack of leadership from the government, which as the primary purchaser of construction services, has failed to plan for effective dispute resolution systems in its public construction contract regulations. The history of the development of these DPRs elsewhere reveals the extent to which different levels of governments have been their primary pushers, first as contracting authorities, and then as regulatory authorities.

Over the years, several scandals which received significant media play about major infrastructure project cost overruns, followed by damning reports by the Auditor General of Quebec, have pushed the government to thoroughly review its governance framework for public projects management. It was thanks to that review that we had the 2006 *Act respecting contracting by public bodies* and the *Draft Regulation respecting construction contracts of public bodies* as well as the 2007 Bill 32, the *Act to promote rigorous management of public infrastructures and large projects*. The explanatory notes for Bill 32 read as follows:

"This Bill is intended to ensure that government investment in public infrastructure is made according to best practices in management, in a transparent manner … The Act is also intended to foster thorough planning and follow-up of major infrastructure projects in order to reduce the chance of cost overruns and execution delays. To this end, it establishes a governance framework which introduces audit mechanisms and calls for the quality of the project to be independently verified."

By "fostering thorough planning and follow-up" of its projects, the government is seeking to eliminate changes brought in while work is already in progress, thereby resolving the primary cause of construction worksite conflicts right at the source. This approach is proactive, as opposed to the traditional reaction approach.

It is precisely because of this frequent lack of project planning and follow-up that managers of public contracting authorities are unable to obtain the budget authority required to get involved in the dispute settlement process "in real time" while work is ongoing, and must therefore put off their resolution until the end of the project.

By shooting for better project cost controls, public contracting authorities can now see the possible introduction of DPR processes while work is ongoing; the settlement Bill is under consideration by the Treasury Board of Quebec Secretariat.

In other words, a successful implementation of DPRs on a construction project depends very much on the contracting authority's ability to properly plan and manage it.

Finally, although we are still at the lalling stage when it comes to the out-of-court settlement of construction disputes, I agree with the optimism of my test director, Professor Louis Marquis, who recently had the following words about participatory justice in Quebec[35] :

"All this effervescence knows no bounds. True, some countries are more advanced than us. However, to the extent that two winning conditions are satisfied, the movement appears to be irresistible globally...

Worldwide, we are therefore faced with participatory justice, which is expanding at a truly global scale, and that very fact increases both its influence capacity and its opportunities for development...

Personally, I would have liked to see things moving at a faster pace, and for us to now be in a situation that holds participatory justice in a higher stead. I am not saying that the record is mixed; it's just that it could have been more positive. That is what we must remember. There has been some progress; significant gains have been made, and ambient conditions are all converging to point to a very interesting outlook for the evolution of participatory justice".

REFERENCES

- *A New Look at DRBs, AAA Offers New DRB Roster and Protocol*, Smith, Rubin, 2004 American Arbitration Association
- *American Arbitration Association Dispute Resolution Board Guide Specifications, Effective December 1, 2000*, 2004 American Arbitration Association
- *A model for proactive mediation of construction disputes*, Francis T. Hartman, George F. Jergeas, Canadian Journal of Civil Engineering, 1995
- Banfai, *Procédure judiciaire : l'option de retrait*, le Bulletin Revay, volume 23, number 2, Revay et Associés limitée, September 2004
- *Bâtir et Innover, Tendances et Défis dans le secteur du bâtiment*, Conseil de la science et de la technologie, Government of Quebec, March 2003
- *Building Success for the 21st Century, A Guide to Partnering in the Construction Industry*, Report of the Dispute Avoidance and Resolution Task Force (DART) of the American Arbitration Association, 1996
- Chebil, Castonguay, Miller, *La gouvernance des grands projets d'infrastructure publique, Analyse des grands projets réalisés au Québec*, Document presented to the Treasury Board of Quebec Secretariat by CIRANO, May 2006
- Clay, Mac Naughton, Farnan, *Creating Long-Term Success Through Expanded "Partnering"*, Dispute Resolution Journal, February/April 2004
- *Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer*, Multilateral Development Bank Harmonised Edition, May 2005 FIDIC
- de Kovachich, Clavier, Esposito, Renaud, *Guide pratique de la médiation,* Carswell, 1997
- *Dynamisme, justice participative et droit québécois*, Louis Marquis, Revue de prévention et de règlement des différends, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, volume 5, number 2, Éditions Yvon Blais, Spring 2007
- England, *L'Alliance : une nouvelle conception de la stratégie contractuelle*, Le Bulletin Revay, volume 26, number 2, October 2007
- *Étude prospective de l'industrie de la construction*, Report presented to the Association de la construction du Québec, Secor, August 2000
- Fenn, O'Shea, Davies, *Dispute Resolution and Conflict Management in Construction- an International Review*, E&FN Spon, 1998
- Gillan, *Faciliter le processus de résolution des conflits de construction,* Le Bulletin Revay, volume 23, number 1, March 2004
- Guay, *Vers l'avenir. Une nouvelle forme de résolution des conflits : la prévention par le "partnering"*, Médiation et Modes Alternatifs de Règlement des Conflits : Aspects nationaux et internationaux, Association Henri-Capitant, Éditions Yvon Blais, 1997
- *Guide de l'utilisateur pour l'arbitrage de griefs*, Construction Umbrella Bodies Adjudication Task Group, London, April 2003
- *Guide de l'ADR de la CCI*, Chambre de commerce internationale 2001, N° CCI : publication 809
- Jutras, *Gestion préventive des risques et conflits dans le secteur de la construction : point de vue d'un avocat spécialisé*, Le Bulletin Revay, volume 21, number 1, Revay et Associés limitée, February 2002
- Kott, Roy, *La construction au Québec : perspectives juridiques,* Wison & Lafleur, 1998
- *Transforming Relationships through Participatory Justice*, Law Commission of Canada, 2003.
- *L'industrie de la construction en 2006*, Commission de la construction du Québec
- *Manuel relatif au règlement des conflits*, Service de règlement des différends (SRD), Ministère de la Justice du Canada, November 29, 2005 (www.justice.gc.ca)
- *Mediation in the construction industry – A Companion Study Guide to Finding Common ground: A Field Guide to Mediation*, DPIC Companies
- Pena-Mora, Sousa, McCone, *Introduction to Construction Dispute Resolution*, Massachusetts Institute of Technology, Prentice Hall, 2003
- Poitras, Ladouceur *Systèmes de gestion de conflits*, Éditions Yvon Blais, 2004
- *Politique sur les marchés*, Treasury Board of Canada Secretariat, revised September 7, 2006
- *Practices and Procedures for Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards, Dispute Adjudication Boards*, Dispute Resolution Board Foundation, revised January 2007 ()
- *Rules of mediation and arbitration on disputes relating to construction contracts*, Canadian Construction Documents Commission, 2005
- Règlement relatif aux Dispute Boards, Chambre de commerce internationale 2004, No CCI : publication 829
- *Règlement d'expertise*, Centre international d'expertise, Chambre de commerce internationale 2002, N° CCI : publication 649
- Rodrigue, Corriveau *L'innovation dans l'industrie du bâtiment au Québec en 2004*, Research report presented to CÉRACQ, Altitude Groupe conseil, September 8, 2004
- Rousseau-Houle, *Les contrats de construction en droit public et privé,* Wilson & Lafleur, 1982
- Seppala, *FIDIC's Four New Standard Forms of Contract, Claims, Resolution of Disputes and the DAB,* 1999 FIDIC (www.fidic.org)
- Silver, Furlong, *Construction Dispute Resolution Handbook*, Lexis Nexis Butterworths, October 2004
- *Systèmes de gestion de conflits*, Jean Poitras, André Ladouceur, Éditions Yvon Blais, 2004
- *The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution*, American Arbitration Association, 2004
- *The integrated project team*, Achieving Excellence in Construction Procurement Guide, UK Office of Government Commerce, 2003
- *Une solution aux conflits relies aux travaux de construction*, Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) submission, January 26, 2004

1 Rules of mediation and arbitration on disputes relating to construction contracts, CCDC 40 - 2005

2 The CCDC is a joint committee composed of representatives of the Canadian Construction Association, the Association of Consulting Engineers of Canada, the Committee of Canadian Architectural Councils, the Canadian Council of Professional Engineers and Construction Specifications Canada,

3 *The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution*, American Arbitration Association, 2004

4 *Dispute Resolution and Conflict Management in Construction - an International Review*, Peter Fenn, Michael O'Shea and Edwards Davies, E&FN Spon, 1998

5 *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics et modifiant d'autres dispositions règlementaires* (*Regulations governing construction contracts of government agencies and amending other regulatory provisions*), Gazette officielle du Québec, December 12, 2007, 139th year, no. 50, 5641

6 Draft Bill No. 17 (2006, chapter 29) approved on 15 June 2006

7 Draft Bill 32, 2007

8 Source: Commission de la construction du Québec, *L'industrie de la construction en 2006*

9 *Bâtir et Innover, Tendances et Défis dans le secteur du bâtiment*, Conseil de la science et de la technologie, Government of Quebec, 2003

10 See note 7

11 See note 8

12 See note 8

13 Discussion report – National Steering Committee for Innovation in Construction, June 28, 2002

14 *L'innovation dans l'industrie du bâtiment au Québec en 2004*, Research report presented to CÉRACQ, Guy Rodrigue, Origène Corriveau, Altitude Groupe conseil, September 8, 2004

15 See articles CG 2 and CG 8 of contract CCDC 2-1994

16 On this subject, see "Achieving Excellence in Construction Procurement Guide 05; *The integrated project team - teamworking and partnering*, Office of Government Commerce, UK, 2003

17 *The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution*, American Arbitration Association, 2004

18 *Vers l'avenir. Une nouvelle forme de résolution des conflits : la prévention par le "partnering"*, Nicole Guay, Médiation et Modes Alternatifs de Règlement des Conflits : Aspects nationaux et internationaux, Association Henri-Capitant, Éditions Yvon Blais, 1997

19 See note 32

20 Une solution aux conflits relies aux travaux de construction (A Solution to construction disputes), IMAQ submission, January 26, 2004

21 *A model for proactive mediation of construction disputes*, Francis T. Hartman, George F. Jergeas, Canadian Journal of Civil Engineering, 1995

22 *The Dispute Resolution Reference Guide*, Dispute Resolution Services (DRS), Department of Justice Canada, November 29, 2005

23 The Department's text mentions a lawyer

24 We will see below that some types of neutral evaluations result in a binding decision

25 The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution, American Arbitration Association, 2004

26 Transforming Relationships through Participatory Justice, Law Commission of Canada, 2003.

27 http://www.justice.gc.ca/en/ps/drs/drs_programs.html

28 See note 52

29 http://www.justice.gc.ca/en/ps/drs/dr/dm1892.html

30 *Practices and Procedures for Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards, Dispute Adjudication Boards*, Dispute Resolution Board Foundation, revised January 2007 ()

31 *Practices and Procedures for Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards, Dispute Adjudication Boards*, Dispute Resolution Board Foundation, revised January 2007 ()

32 *Introduction to Construction Dispute Resolution*, Feniosky Pena-Mora, Carlos E. Sousa, D. Sean McCone, Massachusetts Institute of Technology, Prentice Hall, 2003

33 Transforming Relationships through Participatory Justice, Law Commission of Canada, 2003.

34 Source: *L'industrie de la construction en 2006*, Commission de la construction du Québec

35 *Dynamisme, justice participative et droit québécois*, Louis Marquis, Revue de prévention et de règlement des différends, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, volume 5 numéro 2, Éditions Yvon Blais, Spring 2007

Claude Freeman, LL.M. (ADR), C.Med., C.Arb.

Mediator / Arbitrator

- Bilingual Dispute Resolution Services - Since 1996
- Mediation, Arbitration, Adjudication, Case Evaluations, Fact-Finding

Toronto: 416-432-9300

Montréal: 514-292-3755

Email: cfreeman@idirect.com

Expérience québécoise en matière d'implantation des modes de PRD reliés à l'exécution des travaux de construction

Serge Pisapia est avocat, membre du Barreau du Québec depuis 1978 ainsi que médiateur et arbitre agréé par l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada (ADR Institute of Canada) et accrédité par l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) et le Barreau du Québec.

Me Pisapia est le président de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ), président sortant de la section nationale de prévention et règlement des différends (PRD) de l'Association du Barreau canadien, membre du comité de justice participative du Barreau du Québec et membre de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc. serge@sergepisapia.ca

Introduction

Voici comment se lit l'Introduction des *Règles de médiation et d'arbitrage pour les différends relatifs aux contrats de construction*[1] émises par le Comité canadien des documents de construction (CCDC) et auxquelles réfèrent tous les contrats-type de construction du CCDC[2] :

« *Les différends, dans l'industrie de la construction, sont monnaie courante. La multiplicité des parties en cause et la complexité technique des grands projets rendent presque inévitable l'apparition de désaccords. Le coût de la résolution des différends importants est un lourd fardeau, même pour les grandes entreprises. Les retards apportés au règlement des différends causent de sérieux problèmes de trésorerie aux entreprises de moindre envergure et aux sous-traitants. L'acrimonie engendrée par un système basé sur la confrontation peut affecter sérieusement la qualité des relations d'affaires, parfois de façon permanente. Si on ajoute ces facteurs au problème d'encombrement des tribunaux, il est facile de comprendre l'insatisfaction des maîtres d'ouvrage, des entrepreneurs et des professionnels à l'égard des avocats, des juges et des tribunaux, et il est facile de comprendre pourquoi les divers acteurs de l'industrie de la construction recherchent activement des façons plus efficaces de gérer les conflits de construction.* »

Cette recherche a mené les différents acteurs du milieu de la construction à développer une panoplie de moyens pour résoudre leurs conflits lesquels constituent un véritable *continuum* entre d'une part la prévention et ultimement la décision par un tiers, en passant par la négociation, la médiation et l'évaluation neutre.

Ces moyens ont été développés aux États-Unis, depuis plus de vingt ans, où l'*American Arbitration Association* (AAA) en fait la promotion, en collaboration avec plus de 25 associations de la construction qui constituent le *National Construction Dispute Resolution Committee* (NCDRC).

Qu'il suffise de lire le guide publié par l'AAA et intitulé *The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution*[3] pour constater la variété et la richesse des différents modes de prévention, gestion et résolution des différends spécifiquement adaptés aux besoins de cette industrie. L'ouvrage de Fenn, O'Shea et Davies intitulé *Dispute Resolution and Conflict Management in Construction*[4], *An international review* illustre bien, quant à lui, l'application de ces moyens à l'échelle internationale.

Bien que ces modes soient en évolution depuis plus de vingt ans, chez nos voisins du sud et ailleurs dans le monde, et qu'ils résultent du consensus développé par tous les intervenants de l'industrie dans ces pays, le seul mode non judiciaire de règlement des différends relatifs aux travaux de construction, ayant connu une certaine popularité au Québec, est l'arbitrage.

Les quelques expériences de partenariat et de médiation vécues au Québec, dans ce domaine, en sont encore au stade expérimental et ne sont pas encore reconnues comme des processus établis.

Malgré le nombre impressionnant de lois, règlements, codes et normes régulant tous les aspects de la construction au Québec, seuls le Code de procédure civile et la *Loi sur l'administration publique* et plus particulièrement le *Règlement cadre sur les conditions des contrats des ministères et des organismes publics* prévoient, actuellement, un mode non judiciaire de règlement des différends contractuels de construction, soit l'arbitrage.

Il faut cependant souligner que le législateur québécois étudie présentement un projet de règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics qui prévoit le recours à la médiation pour certains types de contrats de construction[5]. Ce projet de règlement s'inscrit dans les délibérations résultant de l'adoption de la nouvelle *Loi sur les contrats des organismes publics*[6] et de la *Loi favorisant la gestion rigoureuse des infrastructures publiques et des grands projets*[7], lesquelles viendraient modifier la *Loi sur l'administration publique* susmentionnée.

Aucun donneur d'ouvrage public n'utilise les contrats-type de construction élaborés par le Comité canadien des documents de construction (CCDC) mentionnés plus haut.

Ce contrat prévoit que tout différend qui n'aura pas été réglé par la négociation directe avec le professionnel du projet sera d'abord soumis à un processus de médiation dirigé par un médiateur de projet et, qu'advenant l'échec de la médiation, les parties auront le choix de le soumettre à l'arbitrage ou au processus judiciaire.

Quant aux donneurs d'ouvrage privés qui utilisent cette formule de contrat, ils la modifieraient souvent pour exclure la référence au processus de médiation.

À l'instar du *National Construction Dispute Resolution Committee* (NCDRC) et du Comité canadien des documents de construction (CCDC) mentionnés plus haut, l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ), regroupant tous les acteurs de l'industrie au sein de son comité de construction, présenta, en janvier 2004, un Mémoire au Gouvernement du Québec lui recommandant d'inclure une

clause de recours à la médiation dans ses contrats de construction.

Voici comment s'adressait, en 2002, le ministre québécois de la Justice d'alors, monsieur Paul Bégin, dans une lettre adressée au président de l'IMAQ :

« *Mon appui à la médiation se veut entier et j'invite tous les partenaires sollicités à promouvoir et à utiliser la clause de médiation proposée ou toute autre clause au même effet* ».

De fait, le Ministère de la justice du Québec publie un dépliant qui s'intitule « *Une bonne façon de s'entendre – La médiation civile et commerciale* » et dans lequel, après avoir énuméré les avantages de la médiation, il préconise l'inclusion d'une clause de médiation dans les contrats.

Le Barreau du Québec, quant à lui, a adopté cinq importantes résolutions afin de donner suite à la mise en œuvre de son plan de développement sur la justice participative et dispense, à chaque année, une formation de cinq jours à l'issue de laquelle il accrédite des médiateurs en matières civiles et commerciales. Il publie, lui aussi, depuis mai 2004, un dépliant promouvant la médiation civile et commerciale intitulé « *Pour éviter les confrontations coûteuses* ».

Problématique

Il semble donc exister un écart entre, d'une part, la volonté déclarée par les différents acteurs québécois de l'opportunité de recourir à des modes non judiciaires de règlement des différends civils et commerciaux, et plus particulièrement ceux relatifs aux travaux de construction et, d'autre part, le caractère apparemment marginal de cette pratique au Québec, à l'exception toutefois de l'arbitrage.

La présente étude tente donc d'identifier les raisons pour lesquelles la volonté déclarée des différents acteurs impliqués du Québec ne semble pas se concrétiser dans l'action.

Nous avons tenté d'identifier, auprès de certains acteurs clés de l'industrie de la construction au Québec, quelles sont leurs connaissances et leurs perceptions relativement aux modes de règlement des différends autres que l'arbitrage et les tribunaux, et plus spécifiquement ceux spécialement adaptés à leur industrie et pratiqués couramment ailleurs, de même que leur appréciation quant au niveau d'implantation de ces modes au Québec.

Le cadre conceptuel de notre recherche s'articule autour du modèle de l'évaluation impartiale pouvant aussi être incorporée dans un processus de médiation ou de partenariat.

1. Déficiences systémiques de l'industrie de la construction du Québec.

L'industrie de la construction représente près de 9% du PIB québécois. Depuis 2004, les dépenses d'immobilisations en construction s'élèvent à près de 32 milliards de dollars par année[8].

Selon le Conseil de la science et de la technologie du Québec[9], le gouvernement du Québec est le principal demandeur des travaux, suivi des municipalités, le gouvernement fédéral jouant un rôle mineur, tout en notant que les gouvernements sont pratiquement les seuls clients récurrents en construction.

Le secteur québécois de la construction est formé d'une multitude de petites entreprises. En effet, selon la Commission de la construction du Québec, le bâtiment institutionnel et commercial comprend 13 294 employeurs tandis que le bâtiment résidentiel en compte 12 577 et 83 % des employeurs comptent moins de six salariés tout en effectuant le quart du volume du travail[10].

L'industrie est par conséquent fragmentée en une multitude de petites firmes aux ressources limitées, qui interagissent peu. En 2001, seules cinq firmes canadiennes se classaient parmi les 225 plus grandes entreprises en construction sur le plan des contrats internationaux.[11]

En 2003, le Conseil de la science et de la technologie du gouvernement québécois, s'intéressant aux grandes tendances de l'industrie de la construction du Québec, en vient à conclure que « *les facteurs communs de succès de ces nouvelles pratiques semblent être une coopération étroite entre les participants, un contrôle accru de l'ensemble du projet, un meilleur suivi de la qualité au moyen de cibles à atteindre et de système de mesure de la performance*» [12].

Quant à lui, le Comité directeur national pour l'innovation en construction (CDNIC) canadien[13] remarquait, dans son aperçu du secteur de la construction, que la croissance de la productivité dans le secteur de la construction accuse, depuis 1960, un retard de plus de 50% sur celle du secteur des affaires, ce retard étant en majeure partie apparu durant les deux dernières décennies. L'opinion générale est que le secteur de la construction afficherait une productivité beaucoup plus forte si on arrivait à mobiliser tout son potentiel d'innovation.

Le CDNIC maintenait que « le secteur de la construction ne pourra réaliser son plein potentiel que si des changements systémiques d'envergure sont apportés à sa culture et à sa structure; ces changements exigeant tout un éventail d'innovations dans les processus de travail, les technologies et les produits ».

Dans le sommaire de son rapport, le CDNIC établissait, sans équivoque, la nécessité de relations de partenariat étroites entre les organismes du secteur privé et les institutions du secteur public aux fins de mettre en œuvre les actions recommandées en matière d'innovation dans l'industrie.

Selon lui, les différents niveaux de gouvernement au Canada peuvent et doivent vraiment imprimer leur marque sur l'industrie, en qualité, par exemple de clients, d'autorités de réglementation, d'éducateurs et de courtiers en technologie. En coordonnant leurs efforts, en usant de leur influence et en modifiant parfois leurs pratiques, les pouvoirs publics peuvent, selon le CDNIC, avoir une influence vraiment bénéfique sur le secteur.

En 2004, le Centre d'études et de recherche pour l'avancement de la construction au Québec (CERACQ) publiait un rapport intitulé *L'innovation dans l'indus-*

trie du bâtiment au Québec en 2004[14], lequel faisait écho au rapport du CDNIC de 2002 avec une application particulière au Québec.

Le CERACQ note que, dans sa démarche d'analyse et de conscientisation à l'innovation, le Québec a près d'une décade à rattraper par rapport aux démarches semblables entreprises aux États-Unis et en Angleterre, lesquelles ont produit des résultats significatifs en gains de productivité et de performance de l'industrie dans ces pays.

2. Les causes à l'origine des différends reliés aux travaux de construction.

Dans un cours de formation, donné en février 2006, par deux avocats spécialisés en droit de la construction, pour le compte de la section droit de la construction de l'Association du Barreau canadien, division Québec, ceux-ci identifiaient les cinq principales sources de litige potentiel suivantes sur un chantier de construction;

1 les changements aux travaux ou aux conditions d'exécution;
2 les retards;
3 la qualité de l'exécution;
4 les difficultés financières;
5 les problèmes de main d'œuvre.

Ce sont sensiblement les mêmes problèmes qui ont été identifiés par les participants à nos entrevues comme étant les principales sources de différends sur les chantiers.

3. Les modes actuels de règlement des différends de construction au Québec.

La littérature sur le règlement des différends de construction utilise l'image d'un escalier pour illustrer le continuum des modes utilisés pour ce type de conflits. Ils sont souvent désignés comme des *Dispute Resolution «Ladder »* (DRL).

Le « DRL » utilisé de façon largement prédominante au Québec, actuellement, est un escalier comprenant deux marches, la première étant la décision du Professionnel du projet et la deuxième étant l'arbitrage ou le procès avec, entre les deux, seulement la possibilité de négociations informelles et non structurées entre les parties.

a) Le Professionnel du projet

Dans la grande majorité des projets de construction au Québec, la responsabilité du règlement des différends de construction appartient encore, en premier lieu, au Professionnel du projet, c'est-à-dire l'architecte ou l'ingénieur qui, dans la plupart des cas, a préparé les plans et devis du projet[15].

Or, avec le temps, les contrats de construction sont devenus plus importants, leurs complexités techniques ont augmenté, le nombre d'intervenants s'est considérablement accru. La valeur monétaire des mésententes contractuelles étant devenue plus grande et les retards à l'échéance de terminaison des travaux ayant amené leur lot de problèmes additionnels, la fréquence et l'ampleur des différends sur les projets ont connu une croissance exponentielle.

Dans un tel contexte, la capacité et l'autorité du professionnel responsable du design comme seul arbitre des différends pouvant survenir en cours d'exécution de projets, ont été remises en question par les entrepreneurs et par plusieurs donneurs d'ouvrage.

De plus, considérant que la plupart des changements résultent d'erreurs et omissions dans les plans et devis généralement préparés par les professionnels du projet, plusieurs entrepreneurs jugent ces professionnels en conflit d'intérêts dans ce rôle.

b) L'arbitrage

Tel que mentionné, l'arbitrage est le seul mode non judiciaire de règlement des différends actuellement autorisé pour les contrats de construction publics et celui qui, jusqu'à présent, a été le plus utilisé pour résoudre les différends de construction qui n'ont pas été réglés par la négociation ou la décision du Professionnel du projet.

Bien que l'arbitrage ait connu une assez grande popularité auprès de l'industrie de la construction, dans les années 1980 et 1990, il semble de moins en moins apprécié, par les parties, comme mode de règlement des différends, puisqu'il s'apparente de plus en plus au processus judiciaire.

En effet, alors que le processus offrait initialement l'avantage d'être plus souple, expéditif et moins dispendieux que le procès, les différents intervenants interrogés dans le cadre de la présente étude semblent d'accord pour considérer que, les seuls avantages se dégageant de la pratique qu'en ont fait les avocats, sont la possibilité de choisir les arbitres et le fait que leur décision soit sans appel.

c) Le procès

Toute la littérature consultée sur la gestion et le règlement des différends de construction, de même que les intervenants interviewés dans le cadre de la présente étude, sont unanimes pour affirmer, qu'à l'exception de quelques rares cas, le procès ne satisfait pas les besoins des parties pour régler leurs différends.

Cela explique aussi la rareté des procès et le fait que la grande majorité des litiges de construction se règlent avant que ne débute le procès.

4. Besoins des acteurs de la construction en matière de règlement des différends.

Il ressort de ce qui précède que, tout comme l'industrie de la construction l'a été ailleurs dans le monde, aux États-Unis et en Angleterre plus particulièrement, dans les années 1980 et 1990, les acteurs québécois de l'industrie sont eux aussi insatisfaits du *statu quo* en matière de règlement des différends.

Or, quels sont les besoins, à ce sujet, qui ressortent des entrevues que nous avons menées auprès des acteurs principaux de cette industrie, au Québec?

a) Collaboration accrue au sein de l'équipe de projet.

Tous s'entendent à l'effet qu'une plus grande collaboration entre les multiples intervenants d'un projet de construction est essentielle à sa réussite.

Le lien entre cette collaboration et la productivité et le respect des budgets et échéanciers d'un projet est largement documenté par toutes les études effectuées sur l'industrie de la construction.

Cette collaboration passe inévitablement par le renforcement et l'intégration de l'équipe de projet[16].

Ce besoin est aussi manifeste dans la tendance plutôt récente des donneurs d'ouvrage de s'éloigner des modes traditionnels de réalisation des projets par contrat à forfait et de favoriser plutôt la gestion de projet et gérance de construction, le « design build » et les partenariats publics privés (PPP).

Ces modes ont tous, comme caractéristique fondamentale, celle de former une équipe intégrée pour la réalisation du projet dont les intérêts et objectifs des différents membres convergent plutôt que de s'affronter, comme c'est trop souvent le cas du mode par contrat à forfait.

b) Investir suffisamment dans la prévention.

Ici aussi, toute la documentation et les acteurs s'entendent pour réclamer que la quantité et qualité de ressources (temps et argent) adéquates soient investies au stade de la planification du projet, bien avant que les travaux de construction ne débutent.

Cette préparation implique la détermination la plus définitive possible des besoins du client (le PFT), la préparation de plans et devis complets et coordonnés entre eux et l'élaboration d'un plan de gestion des risques le plus exhaustif possible, lequel devra être intégré dans les budget et échéancier du projet. Il est également critique que ce plan de gestion des risques soit constamment revu, en cours d'exécution du projet, et adapté en fonction de l'évolution des risques identifiés dans le plan de même que l'apparition de nouveaux risques imprévus.

Ce plan de gestion des risques devrait également servir à déterminer le mode de réalisation le plus adapté au projet de même qu'un encadrement contractuel où les risques sont répartis de façon équilibrée entre les parties.

En plus de viser un équilibre entre les parties, le contrat devrait prévoir un mécanisme clair et équitable de règlement des différends de façon à ce que les parties qui s'y engagent puissent évaluer de la façon la plus précise possible le risque qu'ils assument à ce sujet.

Ces mesures préventives ont pour objectif de réduire au minimum les demandes de changement en cours d'exécution du projet et par conséquent les réclamations qui en découlent.

c) Le traitement des différends « en temps réel ».

Un autre consensus dégagé auprès des intervenants dans un projet de construction est la nécessité de régler les différends à l'intérieur de délais raisonnables, pendant l'exécution des travaux.

La situation qui prévaut actuellement est celle où tous les différends qui n'ont pas été réglés par la négociation ou par une décision du professionnel du projet, en cours d'exécution des travaux, sont accumulés et reportés à la fin du projet où l'on tente de les régler globalement.

Entretemps, la plupart des contrats de construction prévoient que ces différends ne doivent en aucune façon retarder le bon déroulement des travaux et que les entrepreneurs doivent procéder à l'exécution des travaux contentieux, sous protêt et sans préjudice à leurs droits et recours futurs.

Considérant que la durée de la majorité des projets de construction moyennement d'envergure s'échelonne entre un et trois ans, il est facile de comprendre l'impact négatif que peuvent avoir les différends non réglés sur l'esprit de collaboration essentiel au projet de même que sur la trésorerie des entreprises de moindre envergure et sur les sous-traitants.

Par conséquent, l'entrepreneur et le donneur d'ouvrage ont tous deux intérêt à souscrire à cette approche proactive qui veut que les différends se règlent au fur et à mesure de l'avancement des travaux dans des délais raisonnables. De cette façon, le donneur d'ouvrage pourra mieux contrôler ses coûts et empêcher que l'entrepreneur « échafaude » une réclamation qu'il présentera à la fin des travaux. L'entrepreneur, quant à lui, n'aura pas à assumer le fardeau financier de travaux qu'il aura été obligé d'exécuter sans pouvoir se faire payer, réduisant ainsi sa motivation de charger un prime au risque dans le coût de ses réclamations.

d) L'intervention de tiers neutres.

Considérant que dans la majorité des contrats de construction, au Québec, il n'existe pas encore de recours intermédiaire entre la décision du professionnel du projet et l'arbitrage ou le procès d'un différend, la majorité des intervenants ayant participé à nos entrevues ont souhaité l'intervention d'une personne ou autorité autre qu'un membre de l'équipe de projet pour tenter de régler les différends.

Le principe étant, qu'en plus de l'apparent conflit d'intérêts du professionnel du projet, tel que décrit plus haut, même les autres protagonistes tels le chargé de projet de l'entrepreneur et celui du donneur d'ouvrage sont trop « collés » sur le détail et le quotidien du projet pour avoir le recul et l'objectivité nécessaires pour suggérer des solutions créatives et novatrices. Sans compter les autres sources principales des différends de construction que sont les conflits de personnalités et les manques ou problèmes de communication parmi les membres de l'équipe de projet.

e Le rôle souhaité des tiers.

Même chez les donneurs d'ouvrage qui sont ouverts à la possibilité de faire appel à de véritables tiers neutres et indépendants pour les aider à régler leurs différends, là où il semble se creuser un fossé de plus en plus profond entre leurs attentes et celles de certains

entrepreneurs est dans le rôle que seraient appelés à jouer de tels tiers.

En effet, certaines associations d'entrepreneurs souhaiteraient que soit incluse aux contrats de construction publics l'obligation pour les parties de soumettre, avant l'exécution des travaux contentieux, le règlement de leurs différends à des adjudicateurs indépendants dont la décision exécutoire ne pourrait être contestée qu'à la fin des travaux du projet, le tout selon le modèle d'arbitrage de griefs de la loi britannique *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996.*

Les donneurs d'ouvrage publics, eux, ont beaucoup de difficulté à accepter qu'un tiers, autre qu'un juge ou un arbitre encadré par un processus juridique, puisse décider, en cours de projet, de l'attribution de deniers publics pour se voir finalement possiblement renversé, en fin de projet, alors que les sommes auraient déjà été versées à l'entrepreneur.

f) Mécanismes de règlement souples et efficients

Désabusés des processus lourds, interminables et énergivores que représentent le procès et même dorénavant l'arbitrage, les acteurs de l'industrie sont unanimes dans leur recherche de mécanismes de règlement souples, expéditifs et économiques.

L'objectif recherché est de permettre un échange libre (sans être limité par les règles de preuve et la procédure) et direct (entre toutes les parties ayant une connaissance personnelle des éléments de l'affaire, accompagnées ou non de leurs avocats) de toute l'information utile au règlement du différend, de façon strictement confidentielle, sans préjudice aux droits des parties et à leurs recours ultérieurs éventuels.

Tout comme elles sont habituées à le faire dans la réalisation de leurs projets, les parties veulent pouvoir choisir le processus le mieux adapté à leurs besoins et en contrôler le déroulement, l'échéancier et les coûts.

5. Mécanismes de prévention et de règlement des différends (PRD) spécifiquement adaptés à l'industrie de la construction

C'est précisément en réponse aux besoins mentionnés dans le chapitre précédent que, dès le début des années 1980, les acteurs américains de l'industrie de la construction ont développé, sous l'impulsion de leurs différents niveaux de gouvernement, des modes de PRD spécifiquement adaptés à leur industrie.

Ces différents modes furent désignés par l'acronyme DART (*Dispute Avoidance and Resolution Techniques*). Ils ont été utilisés dans le cadre de projets internationaux et ainsi adoptés par d'autres pays.

Ces modes gravitent tous autour du concept de l'intervention de tiers neutres, experts en construction et en résolution de conflits, dans toutes les phases d'un projet de construction, de sa planification à sa clôture, et dont la fonction est de prévenir les conflits et, le cas échéant, de les régler en fonction du mandat que leur auront donné les parties, soit de les assister dans leur négociation et/ou d'émettre une opinion par laquelle elles accepteront d'être liées ou pas.

Ces différents modes se distinguent entre eux en fonction du degré de contrôle que souhaitent préserver les parties dans le règlement de leur propre différend. Plus elles accordent un pouvoir décisionnel au tiers, plus elles acceptent de lui céder le contrôle.

Selon ce critère, le partenariat et la médiation se distinguent des *dispute review boards* (DRB) qui eux-mêmes se différencient des *dispute adjudication boards* (DAB) et du modèle d'arbitrage de griefs britannique.

En principe, ni le partenariat ni la médiation ne produisent une opinion du tiers alors que le but des autres modes mentionnés est précisément celui d'en obtenir une qui, dans le cas des DRB seulement, ne sera pas exécutoire.

Essentiellement, par l'introduction des DART, les acteurs de l'industrie ont estimé que le « *dispute resolution ladder* » traditionnel à deux niveaux (décision du professionnel du projet suivie de l'arbitrage et/ou procès) ne convenait plus aux exigences de plus en plus complexes et sophistiquées des projets de construction modernes. Ils ont alors introduit des paliers d'intervention, en amont et en aval de la décision du professionnel de projet, selon un *continuum* par lequel l'arbitrage et/ou le procès représente véritablement une solution de dernière instance.

En amont, on retrouve le partenariat alors qu'en aval se situent la médiation, l'évaluation neutre non contraignante (*standing neutral, dispute review board*) puis l'évaluation neutre contraignante (arbitre de griefs britannique et *dispute adjudication board*).

Une particularité de ces modes est justement leur approche proactive au règlement des différends. Il ne s'agit plus d'attendre que les travaux du projet soient terminés pour intervenir. Le règlement se fait « en temps réel » dès que surviennent les différends. En fait, certains de ces modes prévoient que des tiers sont nommés dès le début du projet, qu'ils restent en « standby » durant toute la durée du projet, en étant régulièrement informés de son déroulement, de façon à pouvoir intervenir rapidement et efficacement dès qu'un différend leur est soumis. Il s'agit du médiateur de projet, le « standing neutral » ou les *dispute review / adjudication boards*.

Quant aux modes adjudicatifs susmentionnés, ceux-ci visent à se distinguer de l'arbitrage en favorisant des règles de procédure et de preuve beaucoup plus souples et en se concentrant davantage sur la recherche de faits et les arguments techniques que sur le droit.

a) Le partenariat (« *partnering* »)

Mise de l'avant à la fin des années 1980 par le « US Army Corps of Engineers », il s'agit d'une méthode de prévention des conflits faisant appel à une équipe multidisciplinaire lors de l'exécution d'un projet.

Il cherche à développer l'esprit d'équipe en mettant l'emphase sur le projet, auprès de firmes qui n'ont pas nécessairement d'expérience commune et dont l'association est imposée, dans le secteur public, par le système d'octroi du contrat au plus bas soumissionnaire. Ne modifiant en rien le contrat établi entre les parties, il vise à établir et faciliter la communication entre les intervenants du projet.

Le processus commence normalement avec l'introduction de clauses dans le cahier des charges, qui précisent l'intention du propriétaire de mettre en place une forme de partenariat impliquant une étroite collaboration entre le donneur d'ouvrage, l'entrepreneur, les sous-traitants, les fournisseurs et les professionnels. À cet effet, le propriétaire choisit et paie un ou des facilitateurs externes chargés de l'implantation et du suivi de ce processus. L'atelier de partenariat se déroule le plus tôt possible après la signature des contrats, mais avant le début des travaux de construction.

Pour identifier et examiner les problèmes potentiels qui pourraient survenir au cours du projet en question, un facilitateur rencontre, séparément, le donneur d'ouvrage et son représentant sur le chantier, les professionnels du design, l'entrepreneur et ses sous-traitants. Cette information est utilisée afin de planifier l'atelier de partenariat.

En se fondant sur les principes et les procédures établies à cet atelier, les participants rédigent un document exprimant leur volonté de maintenir une bonne collaboration et des relations cordiales tout au long du projet, d'agir de bonne foi et de favoriser un climat de travail harmonieux et un climat de confiance. Cette charte, un simple contrat moral, est signée par les participants, accompagnée d'une photo du groupe et distribuée à tous les bureaux de chantier.

Lorsque les problèmes surviennent, il peut être tentant de retomber dans ses vieilles habitudes de confrontation. C'est pourquoi le mandat accordé au facilitateur comprend normalement une ou deux rencontres pendant la réalisation du projet pour faire le point avec les participants et pour les aider à mettre en pratique ce qu'ils ont appris durant l'atelier.

Selon des études et sondages menés par le *Construction Industry Institute* (CII) américain, en 1994[17], il existe une corrélation directe entre l'augmentation de confiance sur un projet et la réduction des coûts et des délais d'exécution. Le sondage révèle que 90% des répondants ont affirmé que le partenariat avait amélioré la qualité du projet. Toujours selon cette étude, 5 projets en partenariat d'une valeur totale de 492 M$ avaient généré des épargnes moyennes de 7% et parmi 30 projets en partenariat d'une valeur totale de 684 M$, 83% ont été complétés avant ou à la date prévue.

Bien qu'une étude[18] réalisée par l'Université Concordia de Montréal, en 1996, sur l'utilisation du partenariat sur 10 projets de construction réalisés Québec, indiquait des résultats tout aussi positifs, et que 80% des répondants disaient souhaiter participer à d'autres projets utilisant le partenariat, rares sont les projets où ce processus a été utilisé depuis les dernières années.

Madame Guay[19] anticipait cette situation lorsqu'elle décrivait, en 1997, les principaux obstacles à l'implantation de ce processus pourtant prometteur Voici comment elle s'exprimait sur la résistance au changement;

« La résistance au changement en constitue l'obstacle majeur. L'approche « partnering »implique une transparence et un partage d'information auxquels plusieurs résistent encore à se soumettre. Les valeurs reliées au vieil adage qui dit que « l'information, c'est le pouvoir » sont difficiles à faire basculer. »

Nos entrevues ont, quant à elles, révélé une méconnaissance générale du processus par la grande majorité des participants et, lorsqu'informés des grandes lignes de son fonctionnement, un certain scepticisme quant à son potentiel réel.

b) La médiation

Tel que vu précédemment, la médiation est le processus qu'a choisi par le Comité canadien des documents de construction (CCDC), pour rajouter un palier entre la décision du professionnel de projet et l'arbitrage et le procès, dans le *dispute resolution ladder* prévu à ses contrats type.

En 2004, c'est aussi une clause de médiation que les mêmes acteurs québécois de la construction réunis au sein du comité construction de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) demandaient aux donneurs d'ouvrage publics d'inclure dans leurs contrats.[20]

Un étude[21] réalisée entre 1990 et 1992 auprès de 155 représentants canadiens de l'industrie de la construction par un spécialiste en gestion de projet du département de génie civil de l'Université de Calgary, F.T. Hartman, a conclu à l'opportunité du recours à un modèle de médiation « proactive » afin d'établir un meilleur processus de passation de contrats dans le domaine.

Selon ce modèle, le médiateur serait un tiers neutre choisi conjointement par l'entrepreneur et le donneur d'ouvrage, il serait un praticien de la construction expérimenté et formé en médiation et négociation raisonnée telle qu'enseignée par Ury et Fisher. Il participerait à toutes les réunions de chantier afin de déceler tout problème potentiel et à en encourager la discussion et le règlement, autant que possible. Si un problème subsiste à la fin des réunions de chantier, le médiateur conviendrait avec les parties d'une date ultérieure où il devra être traité et réglé. S'il ne l'est toujours pas à cette date, une médiation formelle tenterait de le résoudre à défaut de quoi le médiateur émettrait une décision qui lierait les parties jusqu'à ce que les travaux du

projet soient complétés. Ce n'est qu'à ce moment ultime que les parties pourraient se prévaloir des moyens juridiques pour contester cette décision, le cas échéant.

c) **L'évaluation neutre ou impartiale.** Reprenons ici la définition que l'on retrouve dans le Manuel relatif au règlement des conflits publié par le Ministère de la Justice du Canada[22] :

« L'évaluation impartiale est un mécanisme de règlement des conflits, se trouvant à mi-chemin entre la médiation et la décision exécutoire, qui peut être utilisé de façon indépendante ou être intégré à d'autres mécanismes de règlement des conflits comme la médiation. L'évaluation impartiale est un processus dans le cadre duquel les parties ou leur procureur présentent leur cause à un tiers impartial (qui est généralement un professionnel[23] *chevronné et respecté possédant une expertise dans le sujet en litige) qui donne une évaluation raisonnée et non exécutoire*[24] *sur le bien-fondé de l'affaire en question. Ce mécanisme combine des éléments d'un mécanisme de prise de décision et d'un mécanisme non-décisionnel. Au cours du processus, le tiers impartial peut être invité à faire office de médiateur ou d'animateur (dans le sens de «facilitator»).*

En matière de conflits de construction, cette évaluation impartiale prend généralement la forme de comités de règlement des différends, composés d'un ou plusieurs *standing neutrals,* que la littérature désigne comme des *dispute resolution boards*. Ces « boards » sont, à leur tour, divisés en ***dispute review boards*** (DRB) ou en ***dispute adjudication boards*** (DAB), selon que l'évaluation qui en résulte est une recommandation non-contraignante ou une décision exécutoire.

Ces « boards » sont généralement créés dès le début du projet, font partie de l'équipe de projet et ils restent en place pendant toute la durée de celui-ci. Composés d'un ou de trois experts indépendants que l'on garde régulièrement informés du déroulement du projet, les « boards » aident de manière informelle les parties à résoudre des désaccords pouvant survenir lors de l'exécution des travaux et émettent des recommandations (ou des décisions) concernant tout différend que leur soumet l'une ou l'autre des parties.

Le processus des « boards » se distingue de l'arbitrage en ce qu'il représente plutôt une procédure d'expertise qui a pour objet de fournir aux parties un rapport d'expert sur une question particulière de faits, technique ou d'interprétation de contrat. Ses règles sont plus souples que l'arbitrage et même dans le cas des *dispute adjudication boards*, leurs décisions ne sont pas finales et peuvent faire l'objet d'une contestation, en fin de projet.

Le modèle des DAB est celui adopté par la Fédération internationale des ingénieurs conseils (FIDIC) dont les contrats-type sont ceux régissant la plupart des grands ouvrages internationaux. Il l'est aussi par la Banque Mondiale ainsi que pour la Chambre de commerce internationale qui préconise également le modèle des DRB.

C'est aussi, en quelque sorte, le modèle institutionnel d'arbitrage de griefs adopté par la *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996* britannique qui ne prévoit, cependant, l'intervention d'un arbitre de griefs qu'au moment où un différend lui est soumis et non pas pendant toute la durée du projet.

d) **Conclusion**
Les mécanismes décrits dans cette section sont les principaux développés, ailleurs, par les acteurs de l'industrie de la construction pour répondre à leurs besoins en matière de règlement de différends. Il existe plusieurs autres variations et même des combinaisons de ces modèles.

L'*American Association of Arbitration*[25] mentionne que son sondage révèle une compréhension croissante chez les desdits acteurs à l'effet que chaque projet a ses caractéristiques propres qui exigent, des parties qui y sont intéressées, qu'elles explorent des processus faits sur mesure pour gérer et résoudre les différends.

À l'exception de la médiation, nos entrevues ont confirmé que tous ces autres modes de PRD sont largement inconnus des la plupart des acteurs québécois de la construction.

6. Relevé des causes, perçues par les acteurs québécois de l'industrie de la construction, expliquant le retard et/ou la résistance à l'implantation des modes de PRD au Québec.

Ces causes se divisent en deux catégories; celles structurelles reliées à la nature de l'industrie de la construction et communes à tous les acteurs, et celles propres à chacun des acteurs.

a) **Causes structurelles reliées à l'industrie de la construction.**
Comme nous l'avons vu dans notre chapitre traitant des déficiences systémiques de l'industrie de la construction, plusieurs études ont été réalisées, au cours des dix dernières années, aux États–Unis, en Angleterre, au Canada et, dernièrement, au Québec sur l'innovation dans l'industrie de la construction.

La plupart des facteurs qui y ont été relevés comme constituant des obstacles à l'innovation pourraient également expliquer la difficulté d'implantation de ces modes « innovants » de règlement de conflits que sont les PRD.

Ces freins à l'innovation, relevés dans l'industrie de la construction, se résument ainsi;

- Manque de leadership du gouvernement
- Manque de politique cohérente des différents paliers de gouvernement
- Résistance au changement
- Culture de l'affrontement typique

de l'industrie
- Vision à court terme des intervenants
- Divergence des intérêts et objectifs des intervenants
- Équipes de projet faibles
- Processus d'approvisionnement de gestion inadéquats
- Répartition inéquitable des risques
- Industrie fragmentée, investissements insuffisants et faibles marges de rentabilité
- Manque de connaissances et de formation, qualifications des intervenants insuffisantes
- Mauvaise image de l'industrie
- Caractère cyclique de l'industrie

b) Manque de leadership du gouvernement québécois

L'historique du développement des modes de PRD dans l'industrie de la construction révèle le rôle crucial joué par l'État comme agent de changement. C'est suite aux initiatives de certains donneurs d'ouvrage publics que le *partnering* et les *dispute review boards* ont vu le jour aux États-Unis.

En Ontario, la médiation civile et commerciale n'est plus considérée comme une méthode « alternative » de règlement des différends depuis que le gouvernement ontarien a décidé de la rendre obligatoire, en 1999.

Tel que mentionné plus haut, le Comité directeur national pour l'innovation en construction (CDNIC) reconnaissait le rôle que devaient jouer les différents niveaux de gouvernement au Canada en matière d'innovation.

Une des recommandations principales de la Commission du droit du Canada formulée dans son rapport de 2003 sur la justice participative[26] visait précisément le rôle proactif des gouvernements afin de faciliter l'élaboration de programmes participatifs de règlement de conflits.

C'est ainsi que le gouvernement canadien, par le biais de son Ministère de la Justice, a établi en avril 1992, les Services de règlement des différends (SRD)[27] travaillant à la prévention et à la gestion des différends.

Le gouvernement du Québec, quant à lui, semble avoir joué, jusqu'à présent, un rôle plutôt réactif que proactif en matière de prévention, gestion et règlement des différends contractuels. C'est suite aux fortes pressions exercées sur lui par les différentes associations des entrepreneurs (Corporation des entrepreneurs généraux du Québec, Association de la construction du Québec, Association de constructeurs de routes et grands travaux du Québec), dans un contexte où le gouvernement s'apprête a faire des investissements majeurs dans ses infrastructures (projets hydroélectriques, ponts et chaussées, hôpitaux universitaires etc..) que le Secrétariat du Conseil du trésor envisage finalement le recours à la médiation dans les contrats de construction publics.

c) Manque de formation en PRD

Nos entrevues ont révélé qu'à l'exception de l'arbitrage et de la médiation, les acteurs québécois de l'industrie de la construction n'ont presqu'aucune connaissance des autres modes de PRD développés par leur industrie ailleurs. Et même que très souvent, ils confondent médiation et arbitrage.

Les professionnels qui œuvrent dans l'industrie de la construction sont principalement des ingénieurs, des architectes, des gestionnaires de projets professionnels et des avocats.

Les facultés de génie, d'architecture et même de droit des universités québécoises n'offrent aucune ou alors une formation très limitée en prévention et règlement des différends au niveau du premier cycle. Seule la faculté de droit de l'Université de Sherbrooke offre une formation de deuxième cycle en PRD. Même ces écoles, telles l'École de technologie supérieure de l'Université du Québec et le *Department of Building, Civil & Environmental Engineering* de l'Université Concordia, qui ont des programmes spécifiquement destinés à l'industrie de la construction, et l'UQAM qui a un programme de second cycle en gestion de projet, n'offrent aucun cours en PRD.

Dans son rapport précité[28] , la Commission du droit du Canada préconisait la consolidation d'une culture participative en recommandant que les « collèges et universités canadiennes, en particulier les facultés de droit, continuent d'élargir et d'encourager l'enseignement des processus participatifs aux étudiants en droit ». Elle recommandait aussi que « les barreaux provinciaux continuent de veiller à ce que les programmes de formation continue offrent aux avocats une formation en justice participative et qu'ils encouragent tous leurs membres à suivre une telle formation.

Dans sa *Politique sur le règlement des conflits*[29] le Ministère de la Justice du Canada identifiait la formation comme le deuxième engagement prioritaire (après le leadership) auquel il souscrivait afin de rencontrer ses objectifs.

Le règlement extrajudiciaire des différends est généralement un sujet abordé de façon relativement marginale, lors des conférences annuelles (Insight, Canadian Institute) traitant des réclamations de construction et destinées à tous les intervenants de l'industrie. La grande majorité des conférenciers sont des avocats et des consultants en réclamations qui entretiennent, à grands frais, leur auditoire sur la prévention, la préparation et l'analyse des réclamations de construction. Certains acteurs prétendent même que ces conférences ne font qu'alimenter une industrie lucrative des litiges de construction qui ne profite qu'aux avocats et aux consultants en réclamations de construction.

Toutefois, il est intéressant de noter le contraste entre ces conférences traditionnelles et le sujet d'un forum d'une journée ayant eu lieu récemment, à Montréal, et qui s'intitule *Innover par la collaboration dans le secteur de*

l'industrie de la construction axé autour du thème *« La Collaboration = Clé du succès des pratiques innovantes »*. Ce forum est organisé par un groupe de formation en bâtiment, Contech, et le groupe de pratique en construction du *Project Management Institute* (PMI). Les conférenciers sont tous des gestionnaires de projets, des professionnels de la construction et des constructeurs.

d) L'imputabilité des frais de litige

Un autre facteur qui pèse lourd dans la décision d'avoir recours à des modes de PRD est la détermination de celui qui assume les frais de litige.

En effet, un des incitatifs à l'utilisation des PRD que le gouvernement fédéral a utilisé est précisément celui d'imputer au budget des différents ministères et organismes clients tous les frais reliés à la défense des réclamations résultant de leurs opérations.

Avant la mise en place de cette politique, les gestionnaires publics ne se souciaient pas de tels coûts puisqu'ils étaient assumés par le Ministère de la Justice à même un budget différent du leur. Ainsi les coûts de litiges ne venaient pas nuire à l'évaluation de leur capacité de réaliser des projets à l'intérieur de leurs budgets.

Dans le même esprit, certains assureurs en responsabilité professionnelle offrent une réduction du déductible de leurs polices d'assurance à tous les clients qui auront accepté de soumettre leur différend à un processus de médiation.

e) Manque de confiance

Pour que les parties à un conflit se sentent à l'aise de participer à un mode consensuel de règlement des différends, il faut qu'il existe une certaine confiance en l'autre. Or, il existe certains préjugés coriaces parmi plusieurs acteurs de la construction qui rendent illusoire le recours à ces modes de PRD.

Par exemple, il existe encore beaucoup de représentants de donneurs d'ouvrage et de leurs professionnels, architectes et ingénieurs, qui sont convaincus que les entrepreneurs en construction sont foncièrement malhonnêtes et qu'ils s'ingénient à trouver tous les moyens possibles et inimaginables pour tenter de se soustraire à leurs obligations contractuelles, à attribuer à d'autres la responsabilité de leurs propres manquements et à se faire payer des montants auxquels ils n'ont aucun droit.

De même, bien des entrepreneurs sont convaincus que la plupart des gros donneurs d'ouvrage, surtout ceux publics, abusent de leur pouvoir pour masquer leur incompétence et/ou négligence et cherchent à financer leurs déficits budgétaires sur le dos des entrepreneurs. Ils n'ont pas plus confiance aux professionnels du projet qu'ils considèrent très souvent comme de faibles incompétents asservis aux impératifs financiers de leurs clients.

f) Facteurs culturels

Les facteurs culturels propres au Québec expliquent aussi la réticence à recourir à des modes de PRD de certains acteurs de l'industrie.

Par exemple, certains sont d'avis que la majorité des entrepreneurs québécois (petites entreprises avec moins de 6 employés) souffrent encore du complexe du subalterne, surtout face à l'autorité que représente le donneur d'ouvrage public. Non seulement ils auraient le réflexe naturel d'évitement face au conflit mais, en plus, ils n'auraient pas l'assurance suffisante pour s'engager dans un processus dont ils devraient conserver le contrôle plutôt que de le céder à un tiers, surtout un juge, qui déciderait du litige pour eux.

De la même façon, plusieurs donneurs d'ouvrage publics, fidèles à une conception désormais dépassée de l'autorité, auraient beaucoup de mal à considérer ces mêmes entrepreneurs comme leurs partenaires dans la réalisation des projets et résisteraient farouchement à tout processus de règlement des différends qu'ils percevraient comme un effritement inutile de leur autorité.

Le faible niveau général de professionnalisme des acteurs, déploré par les études sur le manque de capacité d'innovation de l'industrie québécoise, pourrait également expliquer leur réaction davantage émotive aux conflits, laquelle est souvent caractérisée par l'escalade irrationnelle des engagements qui trouve son apogée dans la judiciarisation du litige.

Cette émotivité, souvent associée au caractère latin des québécois, pourrait aussi expliquer le fait que les modes de PRD ont davantage pris racine dans des juridictions anglo-saxonnes où il existerait une culture d'affaires établie depuis plus longtemps.

Finalement, il est difficile d'imaginer contraste plus grand que celui existant entre l'esprit d'*entrepreneurship* inhérent aux constructeurs et le caractère bureaucratique d'un gestionnaire public de contrat de construction. Alors que le premier vise principalement la productivité nécessaire à la réalisation de ses objectifs financiers, le deuxième cherche d'abord et avant tout à préserver son statut en tentant de satisfaire à toutes les exigences bureaucratiques imposées par son organisme.

g) Manque de collaboration

Tel que mentionné précédemment, toutes les études de la dernière décennie sur l'industrie de la construction, ici comme ailleurs, sont unanimes à conclure que la collaboration est un facteur essentiel à la réussite de tout projet de construction.

Elles constatent que le manque d'une équipe de projet forte et intégrée explique la majeure partie des problèmes systémiques qui affligent cette industrie et qui la rendent si peu productive et hautement conflictuelle.

Tous les modes de PRD, que la Com-

mission du droit du Canada regroupe d'ailleurs sous le vocable de « justice consensuelle », reposent sur le principe fondamental de la collaboration.

À partir du concept de *partnering* dont l'objet est précisément celui de former une équipe de projet forte, en passant par le choix du mode de PRD approprié, du tiers neutre et l'esprit nécessaire pour la réussite du mode choisi, la collaboration est l'ingrédient essentiel des modes de PRD.

Il est donc évident que l'évolution des PRD dans l'industrie de la construction du Québec sera intimement liée à cette prise de conscience des acteurs locaux et aux efforts qu'ils déploieront pour augmenter la collaboration dans la réalisation de leurs projets.

h) Cadre contractuel

Nous avons vu que le cadre contractuel prédominant au Québec, actuellement, ne prévoit que l'arbitrage comme mode de PRD. Le fait que le contrat CCDC 2-1994, prévoyant le recours à la médiation, n'est pratiquement pas utilisé au Québec, est en soi révélateur.

Plusieurs acteurs interrogés voient l'insertion de clauses de PRD dans les contrats de construction publics comme une étape essentielle au rétablissement d'une certaine forme d'équilibre contractuel pour faire contrepoids à ce pouvoir extraordinaire qu'ont les donneurs d'ouvrage d'imposer unilatéralement des changements à leurs contrats sans qu'ils aient négocié une entente quant à leurs conditions.

Le gouvernement du Québec a annoncé son intention d'entreprendre de plus en plus de projets importants d'infrastructures publiques selon la méthode de partenariat public privé (PPP). Au moins cinq projets majeurs, deux autoroutes, deux hôpitaux universitaires et une salle des concerts, ont été lancés, à ce jour, au Québec. Ce concept même de partenariat est une réponse aux besoins de consolidation et de collaboration de l'équipe de projet, et il s'harmonise tout à fait bien avec l'introduction de modes de PRD dans ces projets.

i) Les conférences de règlement à l'amiable (CRA)

Bien qu'il n'existe pas de statistiques sur l'utilisation et le taux de succès de ce processus en matière de litiges de construction, le taux de succès général, tout type d'affaires civiles et commerciales confondues, annoncé par la magistrature, est de l'ordre de 80%. Tout récemment, d'ailleurs, un litige de construction majeur relatif au toit du stade olympique, qui impliquait un nombre important de parties et qui perdurait depuis de nombreuses années, a été réglé à l'amiable, suite à une CRA présidée par un juge de la Cour supérieure pendant quelques jours.

Il n'existe pas de consensus sur l'opportunité d'un tel processus auprès des avocats qui pratiquent en droit de la construction et plusieurs autres acteurs de l'industrie qui y ont participé.

Il est certain que si la CRA est le seul mode de règlement des différends que les parties auront tenté avant le procès, il est facile de comprendre leur frustration. À ce moment, elles auront déjà dépensé beaucoup de temps et d'argent en frais légaux et d'expertises. En fait, les CRA ne peuvent pas répondre aux besoins largement documentés des acteurs de la construction qui sont le traitement « en temps réel » et efficient de leurs différends par des tiers experts dans le domaine.

Or même si les CRA interviennent beaucoup trop tard, il n'en demeure pas moins qu'elles restent une alternative intéressante au procès de longue durée qui est généralement le propre des litiges de construction.

Les médiateurs en matières civiles et commerciales s'accordent généralement pour dire que l'introduction des CRA a eu pour effet de détourner les parties de la médiation privée en partie parce qu'elles n'ont pas à assumer les frais du juge médiateur. Considérant que dans un litige classique de construction, les frais du médiateur ne représentent qu'une partie très mineure des frais, ce seul avantage ne suffirait pas, selon nous, à justifier qu'une partie ignore les autres modes de PRD au profit des CRA.

Cependant, il est possible qu'une partie qui n'aurait connu que la CRA comme modèle de médiation soit peu enclin, pour des raisons de « tordage de bras »invoquées par plusieurs, à tenter l'expérience d'une médiation privée conduite selon le modèle développé par les acteurs mêmes de l'industrie de la construction et qu'un tel phénomène pourrait expliquer, chez certains, la réticence à s'engager dans un véritable mode de PRD.

j) Causes propres aux donneurs d'ouvrage.

Ces causes peuvent varier selon les différents types de donneurs d'ouvrage.

De façon générale, les donneurs d'ouvrage privés favorisent davantage

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, 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.

les PRD que ceux publics puisqu'ils répondent mieux à leurs impératifs en termes de budget et d'échéancier et qu'ils n'ont pas à se plier aux exigences de transparence et de reddition de comptes publics.

Considérant que les travaux publics représentent la plus grande part de travaux de construction réalisés au Québec et que ce secteur est reconnu comme étant le plus contentieux, notre étude s'est concentrée principalement sur les donneurs d'ouvrage publics.

i. Préférence pour les processus internes de gestion de conflits.

Les donneurs d'ouvrage publics hésitent à confier à des tiers indépendants, autres que des juges, le mandat de les assister dans le règlement de leurs différends, et encore moins celui de les trancher.

Ils se sentent plus confortables de garder le contrôle du processus en confiant à leurs fonctionnaires, quitte à les regrouper au sein de services internes « indépendants », la responsabilité d'analyser les réclamations des entrepreneurs et de tenter de négocier une entente à l'amiable, voire même d'intervenir comme « médiateurs » entre leurs gestionnaires de projet et les entrepreneurs puis, finalement, comme « arbitres », lorsque nécessaire.

Si ce processus interne devait échouer, ces donneurs d'ouvrage ne semblent pas voir l'opportunité d'avoir recours à un autre mode de résolution de conflits impliquant de véritables tiers neutres. Il est possible qu'après avoir épuisé leurs moyens de vérification internes, ces gestionnaires se sentent suffisamment couverts pour justifier de laisser qu'un tribunal leur impose, éventuellement, sa solution.

ii. Résistance au changement

Dans tous les domaines et dans toutes les organisations, les PRD impliquent un changement de culture. À plus forte raison dans le domaine litigieux de la construction et dans de grandes organisations bureaucratiques, telles les donneurs d'ouvrage publics.

Même lorsque la haute direction de ces institutions publiques reconnaît la nécessité des PRD, elle admet qu'un des obstacles principaux à son implantation est la résistance interne de leurs gestionnaires aux changements d'attitude et de façons de faire qu'ils impliquent.

iii. Transparence dans la gestion des fonds publics

Un argument qui est souvent invoqué par les gestionnaires publics pour expliquer leur refus de recourir aux PRD est l'impératif de la transparence de leur gestion des fonds publics. Cet impératif ne pourrait, selon eux, s'accommoder du principe fondamental de confidentialité inhérent aux processus de PRD.

Comme les PRD en construction ont presque toujours comme résultat que le donneur d'ouvrage soit appelé à débourser un montant d'argent, ce donneur d'ouvrage doit pouvoir expliquer à une autorité supérieure, ou même au vérificateur général, selon le cas, les raisons ayant motivé telle conclusion.

Rappelons, toutefois, que ces modes de PRD ont été institués, en premier, par des donneurs d'ouvrage publics aux États-Unis, lesquels avaient sûrement les mêmes contraintes de gouvernance en matière de fonds publics.

Voici d'ailleurs comment s'exprime le *Dispute Resolution Board Foundation*[30] à ce sujet :

"A DRB recommendation is especially helpful for public owners because frequently the decision to accept settlement of a dispute must be approved by a governing board such as a school board, city council, county board of supervisors, or other similar public governing board. A well-reasoned analysis of the dispute by a panel of neutral professionals with construction backgrounds provides credibility to support the public owner's decision to accept the DRB recommendation".

iv. Préoccupation pour l'impact social des conflits

Une contrainte propre aux donneurs d'ouvrage publics et qui devrait militer en faveur de l'adoption des PRD, est l'impact que peut avoir sur la société une gestion inefficace des conflits.

De la même façon que l'annonce de projets publics procure un capital politique important au gouvernement, leur réalisation et conclusion dans un climat litigieux peut être une source majeure d'embarras pour l'autorité responsable. Le cas de la construction de la papetière Gaspesia en est un exemple récent.

v. Budget de contingences inadéquat

Nous avons déjà identifié ce facteur comme étant une source majeure de conflits dans la réalisation de travaux de construction. Si, comme mentionné, les budgets alloués pour un projet sont souvent insuffisants pour compenser les changements survenant en cours d'exécution, il ne faut pas se surprendre du refus des donneurs d'ouvrage d'avoir recours à des modes qui en faciliteraient le règlement de façon expéditive.

Plutôt que de demander, à la pièce, des allocations budgétaires additionnelles, à chaque fois que se présentent des réclamations, certains donneurs d'ouvrage choisissent de les accumuler jusqu'à la fin des travaux et de les négocier, alors, de façon globale, afin de ne soumettre qu'une seule demande de budget additionnel. Ils n'auraient, par conséquent, rien à faire de modes de PRD appliqués « en temps réel », dans des délais raisonnables, pendant les travaux. D'autant plus qu'entretemps, ils peuvent faire appliquer les clauses de leurs contrats qui

obligent les entrepreneurs à exécuter les travaux sous protêt.

Certains avocats interrogés lors de nos entrevues ont exprimé l'opinion que l'introduction de modes de PRD applicables en cours d'exécution des travaux, qu'ils soient adjudicatifs ou non, pourrait avoir pour effet souhaitable de forcer les donneurs d'ouvrage et leurs professionnels, à investir davantage dans leur planification d'avant-projet ainsi que dans l'élaboration d'un plan réaliste de gestion des risques, le tout afin d'éviter d'avoir à justifier constamment des demandes de budgets additionnels pour donner suite aux recommandations ou décisions issues des processus de PRD.

k) Causes reliées aux professionnels du projet (architectes/ingénieurs).
De façon générale, les professionnels du projet sont d'accord avec la mise en œuvre de modes de PRD sur leurs projets.

Tel que mentionné précédemment, ils faisaient partie du Comité canadien des documents de construction (CCDC) lorsque celui-ci a développé ses modèles de contrat incluant une clause de médiation de même que les règles la régissant.

En fait, les deux causes qui ont été invoquées par certains professionnels, lors de nos entrevues, comme pouvant faire obstacle à l'implantation de modes de PRD, sont la redondance avec leur rôle de premier arbitre des différends sur les projets et la crainte que de tels modes de PRD incitent les entrepreneurs à présenter des réclamations qu'ils n'auraient autrement pas présentées.

Selon eux, l'introduction de tiers ne ferait qu'alourdir le processus et, par conséquent, les coûts. Pire encore, elle viendrait perturber l'équilibre des relations entre les membres de l'équipe de projet en minant leur autorité autrement indispensable pour le contrôle du projet.

Enfin, certains d'entre eux croient sincèrement que l'établissement, dès le début du projet, d'un comité permanent de règlement des différends qui demeurerait en place jusqu'à la fin des travaux (les *dispute resolution boards*), représenterait une invitation explicite aux entrepreneurs de tenter leur chance en soumettant des réclamations frivoles.

Voici comme s'exprime la *Dispute Resolution Board Foundation* au sujet de cette préoccupation[31] ;

« Since the effort and expense of submitting a dispute to a DRB are relatively small, it has been argued that a contractor might abuse the DRB process and utilize it to test the viability of seemingly marginal claims. Experience has shown that this has not been a significant factor, probably because most contractors do not want to face the loss of credibility with board members which would likely result from asking them to consider non-meritorious claims."

Selon les statistiques de cette *Foundation*, 58% des projets qui comportaient de tels comités ont été complétés sans qu'aucun différend ne leur soit soumis.

Finalement, les professionnels du projet ne sont pas motivés à participer à des modes de PRD pour lesquels ils ne reçoivent aucune compensation additionnelle.

l) Causes attribuables aux entrepreneurs.
De façon générale, les entrepreneurs sont, de tous les acteurs de l'industrie, ceux qui favorisent le plus les modes de PRD et qui en sont les promoteurs les plus ardents. Ceci s'explique aisément par le fait que, dans le contexte des contrats où aucun différend ne peut justifier l'arrêt des travaux, y compris ceux faisant l'objet des différends, ce sont les entrepreneurs qui doivent en assumer le fardeau financier, jusqu'à ce que le différend soit réglé.

Or, il existe une tendance de plus en plus marquée de la part de certaines associations d'entrepreneurs à ne plus considérer la médiation comme mode de PRD le plus approprié pour les conflits de construction. C'est l'absence d'autorité décisionnelle du médiateur qui leur pose problème. Selon ces entrepreneurs, il existe un rapport de force trop inégal entre eux et les donneurs d'ouvrage publics et leur méfiance des ces donneurs d'ouvrage est telle qu'ils ne croient pas en leur volonté réelle de régler. Ils craignent que la médiation ne soit utilisée que pour gagner du temps ou obtenir, des entrepreneurs eux-mêmes, les informations nécessaires pour mieux contester leurs réclamations. À moins qu'elle ne soit exécutoire, ces entrepreneurs doutent que l'opinion du médiateur, lorsqu'elle est demandée, puisse influencer de quelque façon les décisions du donneur d'ouvrage qui ne veut pas ou ne peut pas payer.

Cette tendance est en opposition directe avec l'aménagement que les donneurs d'ouvrage publics s'apprêtent lentement à créer à la médiation comme mode de règlement dans leurs contrats. Alors que les donneurs d'ouvrage commencent à peine à envisager la médiation, certains entrepreneurs l'auraient déjà écartée au profit de processus adjudicatifs selon le modèle prévue par la *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996* britannique.

Il est donc possible que cette divergence sur le mode de PRD approprié puisse avoir comme conséquence involontaire de perpétuer le *statu quo* en matière de règlement des différends. Puisque les parties principales au contrat de construction ne s'entendraient pas sur le processus de règlement de leurs différends, ceux-ci perdureraient jusqu'à leur arbitrage, en fin de projet.

m) Causes relevant des avocats et conseillers juridiques.
Comme mentionné plus haut et tel qu'en témoignent les nombreuses conférences sur le sujet, les litiges de

construction alimentent une industrie très lucrative d'avocats et conseillers en réclamations. Les auteurs Pena-Mora, Sosa et McCone[32] l'évaluent à 5 milliards de dollars par année aux États-Unis (là même où les PRD sont bien implantés).

Les litiges de construction impliquent généralement des sommes d'argent considérables, un grand nombre de parties et d'experts, des procédures complexes, la nécessité de multiples interrogatoires au préalable et requêtes préliminaires, une preuve documentaire volumineuse et finalement des procès de longue durée. Il existe présentement un litige de construction devant les tribunaux, opposant la firme Foster Wheeler à la Ville de Montréal, lequel a occupé près de 300 jours d'audition.

En somme, toutes ces raisons qui ont amené les autres acteurs de l'industrie à rechercher des moyens plus efficients de régler leurs différends, sont celles là même qui représentent une source de revenus importante pour les avocats qui en ont fait leur pratique.

D'emblée, il est donc facile de comprendre la raison pour laquelle certains d'entre eux n'auraient pas nécessairement le réflexe naturel de conseiller à leurs clients de s'investir dans un mode de PRD développé spécifiquement pour éviter les coûts de litige.

Voilà pourquoi une autre recommandation importante de la Commission du droit du Canada, dans son rapport sur la justice participative,[33] était que « les barreaux provinciaux passent en revue leur code de déontologie afin de s'assurer que les avocats comprennent bien le rôle de conseiller qui leur incombe dans le cadre des processus de justice réparatrice ou de justice consensuelle. Qu'ils veillent à ce que soit conférée aux avocats la tâche de discuter avec leurs clients des mesures de rechange à la justice accusatoire; à ce que les avocats prennent conscience de la vulnérabilité de certains clients dans ce genre de processus et agissent en conséquence; et à ce que les avocats comprennent que les fondements d'une participation efficace à ce genre de processus, notamment le respect de confidentialité ».

Les avocats pour qui ces PRD semblent s'inscrire plus naturellement dans leurs offres de services sont ceux qui œuvrent au sein de grands cabinets dont les services visent à répondre aux différents besoins juridiques de leurs clients d'affaires. Ils estiment que les honoraires qu'ils ne gagneront pas en réglant le différend de leur client en dehors des tribunaux seront largement compensés par la fidélisation d'un client satisfait.

Les avocats œuvrant au sein de « boutiques de litige » ne peuvent pas se permettre d'en faire autant, indépendamment des intérêts de leurs clients.

Les conseillers juridiques internes, vu leur mode de rémunération ainsi que leur proximité et leur rôle auprès de leurs clients, devraient, en principe, favoriser l'utilisation des PRD, dans la mesure toutefois qu'ils en connaissent suffisamment le fonctionnement.

Certains donneurs d'ouvrage publics nous ont indiqué que leurs conseillers juridiques se sentaient inconfortables avec les PRD en raison de leur méconnaissance de ces processus et parce que ces processus ne leur apparaissaient pas suffisamment encadrés sur le plan juridique.

n) Rôle des assureurs et cautions.

Ce groupe d'acteurs, et plus particulièrement les assureurs en responsabilité professionnelle des architectes et ingénieurs, ont joué un rôle prédominant dans le développement des PRD pour l'industrie de la construction aux États-Unis.

Nous avons déjà mentionné que ces assureurs offrent même des incitatifs financiers à ceux de leurs clients qui acceptent d'utiliser la médiation pour régler leurs différends.

Dans ses représentations au sein du comité de construction de l'IMAQ, l'Association canadienne de la caution (ACC), regroupant toutes les compagnies de cautionnement de la construction, a exprimé son opposition aux clauses d'arbitrage conventionnel obligatoire dans les contrats de construction, vu son caractère exécutoire et sans appel. Elle appuie cependant toutes les autres formes de PRD non contraignantes.

Or ces assureurs ne sont généralement pas impliqués dans la plupart des différends pouvant survenir dans la réalisation d'un projet. Ils ne le sont que lorsque la responsabilité professionnelle des architectes et ingénieurs est mise en cause ou lorsque survient un sinistre sur un chantier.

Même si les professionnels sont impliqués en tant que premiers arbitres désignés au contrat pour le règlement de ces différends, leur responsabilité professionnelle est rarement mise en cause, et ce même si le différend résulte d'une erreur ou omission dans leurs plans. Cela se justifie par le fait que, dans presque tous ces cas, le donneur d'ouvrage dépend de la collaboration du professionnel dans sa défense contre la réclamation des entrepreneurs.

Les compagnies de cautionnement de construction sont tout aussi intéressées au règlement extrajudiciaire des différends par des moyens rapides et efficients. Cependant, elles aussi n'interviennent que dans les cas exceptionnels où les entrepreneurs qu'elles cautionnent font défaut d'exécuter leurs contrats ou de payer leurs comptes.

Finalement, les représentants de ces deux groupes (assureurs et cautions), que nous avons interrogés, nous ont affirmé qu'ils n'avaient aucune influence auprès des donneurs d'ouvrage pour les convaincre d'inclure des clauses de PRD dans leurs contrats.

CONCLUSION

Les causes principales du retard accumulé

au Québec dans l'implantation de modes de PRD pour la résolution des différends reliés aux travaux de construction relèvent d'une part des déficiences systémiques propres à l'industrie de la construction et, d'autre part, du manque de leadership de la part de l'acteur principal de cette industrie au Québec, soit le gouvernement, qui agit à la fois comme autorité régulatrice et comme donneur d'ouvrage le plus important.

Les mêmes facteurs qui ont amené les gouvernements à investiguer, depuis les vingt dernières années, les déficiences systémiques à l'origine de l'absence d'innovation et du manque de productivité dans l'industrie de la construction sont ceux qui, à mon avis, expliquent, en grande partie, le retard de cette même industrie à se prévaloir des modes de PRD autres que l'arbitrage dans la résolution de ses différends, au Québec.

Alors que ces études ont débuté au début des années 1980 aux États-Unis et dans les années 1990 en Angleterre, elles n'ont débuté que dans les années 2000 au Canada et au Québec. Elles établissent toutes un lien direct entre l'absence de collaboration sous jacente au caractère conflictuel prédominant de cette industrie et son manque de productivité et d'innovation.

C'est d'ailleurs sensiblement le même retard que l'on observe dans l'implantation de modes de PRD dans l'industrie de la construction. Ce n'est que maintenant que le gouvernement du Québec étudie l'opportunité de les inclure dans ses contrats de construction alors qu'ils sont implantés avec succès aux États-Unis depuis vingt ans.

Bien que ce retard dans l'évolution des PRD en matières civiles et commerciales au Québec ne soit pas propre au seul domaine de la construction, il peut s'expliquer par le fait que depuis les années 1980, l'industrie de la construction a connu des cycles économiques irréguliers et qu'elle n'a véritablement commencé à se relever que depuis les dix dernières années. En effet, les dépenses annuelles d'immobilisations en construction ont doublé de 16 à 23 milliards de dollars, depuis 1997.[34]

Alors qu'en période économique difficile les conflits de construction augmentent et la nécessité des PRD est encore plus évidente, les acteurs sont souvent trop préoccupés par leur propre survie pour initier les changements structurels et de culture qu'impliquent les PRD. Lorsqu'au contraire les conditions du marché sont telles qu'il y plus de travaux à réaliser que d'entrepreneurs pour satisfaire la demande, ceux-ci sont en meilleure position pour négocier et imposer des conditions de règlement des différends plus efficients dans leurs contrats. La recherche actuelle du gouvernement québécois de moyens plus efficients de règlement des différends n'est sûrement pas étrangère aux annonces d'investissements obligatoires massifs (65 milliards) dans ses infrastructures, pour les prochaines années.

À ces facteurs conjoncturels propres à l'industrie de la construction, s'est rajouté le manque de leadership du gouvernement qui, comme acheteur principal de services de construction, a négligé de prévoir des systèmes efficients de règlement de différends dans sa réglementation relative aux contrats de construction publics. L'histoire du développement de ces PRD, ailleurs, révèle à quel point ce sont les différents paliers de gouvernement qui en ont été les principaux instigateurs, d'abord en tant que donneurs d'ouvrages mais aussi comme autorités de régulation.

Il aura fallu, durant les dernières années, plusieurs scandales médiatisés d'importants dépassements de coûts sur des projets d'infrastructures suivis par des rapports accablants du Vérificateur général du Québec pour amener le gouvernement à revoir en profondeur son cadre de gouvernance dans la gestion des projets publics. D'où la nouvelle *Loi sur les contrats des organismes publics* de 2006 et le projet de *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics* ainsi que le projet de *Loi favorisant la gestion rigoureuse des infrastructures publiques et des grands projets* de 2007. Voici d'ailleurs comment se lisent les notes explicatives du projet de loi no. 32 ;

« Ce projet de loi a pour objectif de s'assurer que les investissements de l'État dans les infrastructures publiques soient faits conformément aux meilleures pratiques de gestion et de manière transparente……Le projet de loi a aussi pour objectif de favoriser une planification et un suivi rigoureux de grands projets d'infrastructures afin de diminuer les risques de dépassement de coût et de retard dans leur réalisation. Pour ce faire, il met en place un cadre de gouvernance qui instaure des mécanismes de contrôle et exige un examen de la qualité du projet fait de façon indépendante ».

En « favorisant une planification et un suivi rigoureux » de ses projets, le gouvernement cherche à régler, à leur source, les causes principales des conflits sur les chantiers de construction que sont les changements émis en cours d'exécution des travaux. C'est une approche proactive par opposition à celle traditionnelle de réaction.

C'est précisément à cause de ce manque fréquent de planification et de suivi des projets que les gestionnaires des donneurs d'ouvrage publics n'ont pas la capacité d'obtenir les autorisations budgétaires requises pour s'engager dans des processus de règlement des différends « en temps réel » durant les travaux et qu'ils repoussent leur résolution à la fin du projet.

En visant un meilleur contrôle des coûts du projet, les donneurs d'ouvrage peuvent maintenant envisager la possibilité d'introduire des processus de PRD pendant l'exécution des travaux, d'où le projet de règlement que considère le Secrétariat du conseil du trésor québécois, à cet effet.

En d'autres termes, le succès de l'implantation des PRD sur un projet de construction est intimement lié à la capacité du donneur d'ouvrage de bien le planifier et le gérer.

Finalement, même si en matière de règlement extrajudiciaire des différends reliés aux travaux de construction, nous en sommes encore aux premiers balbutiements, je suis d'accord avec l'optimisme de mon directeur d'essai, le professeur Louis Marquis, lorsqu'il écrivait ces lignes, tout récemment, à propos de la justice participative au Québec[35] :

« Toute cette effervescence ne connaît pas de frontières. Certes, des pays sont plus avancés que d'autres. Mais dans la mesure où deux conditions gagnantes sont satisfaites, le mouvement paraît irrésistible sur le plan mondial.....

Globalement, on se retrouve donc en face d'une justice participative dont le rayonnement est vraiment international, ce qui augmente à la fois sa capacité d'influence et ses possibilités de développement.....

Personnellement, j'aurais préféré que les choses avancent plus rapidement, que nous connaissions présentement une situation qui place la justice participative en meilleure posture. Pa là, je ne veux pas dire que son bilan est mitigé; il aurait simplement pu être plus positif. Car c'est cela qu'il faut retenir. Il y a eu progrès, des acquis importants existent, et les conditions ambiantes convergent toutes vers des perspectives tout à fait intéressantes pour l'évolution de la justice participative. ».

- *A New Look at DRBs, AAA Offers New DRB Roster and Protocol* , Smith, Rubin, 2004 American Arbitration Association
- *American Arbitration Association Dispute Resolution Board Guide Specifications, Effective December 1, 2000*, 2004 American Arbitration Association
- *A model for proactive mediation of construction disputes*, Francis T. Hartman, George F. Jergeas, Canadian Journal of Civil Engineering, 1995
- Banfai, *Procédure judiciaire : l'option de retrait*, le Bulletin Revay, volume 23, numéro 2, Revay et Associés limitée, septembre 2004
- *Bâtir et Innover, Tendances et Défis dans le secteur du bâtiment*, Conseil de la science et de la technologie, Gouvernement du Québec, mars 2003
- *Building Success for the 21st Century, A Guide to Partnering in the Construction Industry*, Report of the Dispute Avoidance and Resolution Task Force (DART) of the American Arbitration Association 1996
- Chebil, Castonguay, Miller, *La gouvernance des grands projets d'infrastructure publique, Analyse des grands projets réalisés au Québec*, Document présenté au Secrétariat du Conseil du trésor par CIRANO, mai 2006
- Clay, Mac Naughton, Farnan, *Creating Long-Term Success Through Expanded « Partnering »*, Dispute Resolution Journal, February/April 2004
- *Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works designed by the Employer*, Multilateral Development Bank Harmonised Edition, May 2005 FIDIC
- de Kovachich, Clavier, Esposito, Renaud, *Guide pratique de la médiation,* Carswell, 1997
- *Dynamisme, justice participative et droit québécois*, Louis Marquis, Revue de prévention et de règlement des différends, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, volume 5 numéro 2, Éditions Yvon Blais, printemps 2007
- England, *L'Alliance : une nouvelle conception de la stratégie contractuelle*, Le Bulletin Revay, volume 26, numéro 2, octobre 2007
- *Étude prospective de l'industrie de la construction*, Rapport présenté à l'Association de la construction du Québec, Secor, août 2000
- Fenn, O'Shea, Davies, *Dispute Resolution and Conflict Management in Construction- an International Review*, E&FN Spon,1998
- Gillan, *Faciliter le processus de résolution des conflits de construction,* Le Bulletin Revay, Volume 23, Numéro 1, Mars 2004
- Guay, *Vers l'avenir. Une nouvelle forme de résolution des conflits: la prévention par le "partnering"*, Médiation et Modes Alternatifs de Règlement des Conflits : Aspects nationaux et internationaux, Association Henri-Capitant, Éditions Yvon Blais 1997
- *Guide de l'utilisateur pour l'arbitrage de griefs*, Construction Umbrella Bodies Adjudication Task Group, Londres, avril 2003
- *Guide de l'ADR de la CCI*, Chambre de commerce internationale 2001, N° CCI : publication 809
- Jutras, *Gestion préventive des risques et conflits dans le secteur de la construction : point de vue d'un avocat spécialisé*, Le Bulletin Revay, volume 21, numéro 1, Revay et Associés limitée, février 2002
- Kott, Roy, *La construction au Québec : perspectives juridiques,* Wison & Lafleur, 1998
- *La transformation des rapports humains par la justice participative*, Commission du droit du Canada, 2003
- *L'industrie de la construction en 2006*, Commission de la construction du Québec
- *Manuel relatif au règlement des conflits*, Service de règlement des différends (SRD), Ministère de la Justice du Canada, 29 novembre 2005 ()
- *Mediation in the construction industry – A Companion Study Guide to Finding Common ground: A Field Guide to Mediation*, DPIC Companies
- Pena-Mora, Sousa, McCone, *Introduction to Construction Dispute Resolution*, Massachusetts Institute of Technology, Prentice Hall, 2003
- Poitras, Ladouceur *Systèmes de gestion de conflits*, , Éditions Yvon Blais, 2004
- *Politique sur les marchés*, Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, modifiée au 7 septembre 2006
- *Practices and Procedures for Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards, Dispute Adjudication Boards*, Dispute Resolution Board Foundation, revised January 2007 ()
- *Règles de médiation et d'arbitrage pour les différends relatifs aux contrats de construction*, Comité canadien des documents de construction, 2005*Règlement relatif aux Dispute Boards*, Chambre de commerce internationale 2004, N° CCI : publication 829
- *Règlement d'expertise*, Centre international d'expertise, Chambre de commerce internationale 2002, N° CCI : publication 649
- Rodrigue, Corriveau *L'innovation dans l'industrie du bâtiment au Québec en 2004*, Rapport de recherche présenté au CÉRACQ,, Altitude Groupe conseil, 8 septembre 2004
- Rousseau-Houle, *Les contrats de construction en droit public et privé,* Wilson & Lafleur, 1982
- Seppala, *FIDIC's Four new Standard Forms of Contract, Claims, Resolution of Disputes and the DAB,* 1999 FIDIC (www.fidic.org)
- Silver, Furlong, *Construction Dispute Resolution Handbook*, Lexis Nexis Butterworths, October 2004
- *Systèmes de gestion de conflits*, Jean Poitras, André Ladouceur, Éditions Yvon Blais, 2004
- *The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution*, American Arbitration Association, 2004
- *The integrated project team*, Achieving Excellence in Construction Procurement Guide, UK Office of Government Commerce,2003
- *Une solution aux conflits relies aux travaux de construction*, Mémoire de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ), 26 janvier 2004

1 *Règles de médiation et d'arbitrage pour les différends relatifs aux contrats de construction*, CCDC 40 - 2005

2 Le CCDC est un comité mixte composé de représentants de l'Association canadienne de la construction, l'Association des ingénieurs-conseils du Canada, du Comité des conseils d'architecture du Canada, du Conseil canadien des ingénieurs et de Devis de Construction Canada

3 *The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution*, American Arbitration Association, 2004

4 *Dispute Resolution and Conflict Management in Construction- an International Review*, Peter Fenn, Michael O'Shea and Edwards Davies, E&FN Spon,1998

5 *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics et modifiant d'autres dispositions règlementaires*, Gazette officielle du Québec, 12 décembre 2007, 139e année, no.50, 5641

6 Projet de loi no. 17 (2006, chapitre 29) sanctionné le 15 juin 2006

7 projet de loi no.32, 2007

8 Source : Commission de la construction du Québec, *L'industrie de la construction en 2006*

9 *Bâtir et Innover, Tendances et défis dans le secteur du bâtiment*, Conseil de la science et de la technologie, Gouvernement du Québec 2003

10 voir note 7

11 voir note 8

12 voir note 8

13 Rapport de discussion – Comité directeur national pour l'innovation en construction, 28 juin 2002

14 *L'innovation dans l'industrie du bâtiment au Québec en 2004*, Rapport de recherche présenté au CÉRACQ, Guy Rodrigue, Origène Corriveau, Altitude Groupe conseil, 8 septembre 2004

15 voir les articles CG 2 et CG 8 du contrat CCDC 2-1994

16 À ce sujet voir le « Achieving Excellence in Construction Procurement Guide 05; *The integrated project team- teamworking and partnering*, Office of Government Commerce, UK, 2003

17 *The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution*, American Arbitration Association, 2004

18 *Vers l'avenir. Une nouvelle forme de résolution des conflits: la prévention par le "partnering"*, Nicole Guay, Médiation et Modes Alternatifs de Règlement des Conflits : Aspects nationaux et internationaux, Association Henri-Capitant, Éditions Yvon Blais 1997

19 voir note 32

20 *Une solution aux conflits relies aux travaux de construction*, Mémoire de l'IMAQ, 26 janvier 2004

21 *A model for proactive mediation of construction disputes*, Francis T. Hartman, George F. Jergeas, Canadian Journal of Civil Engineering, 1995

22 *Manuel relatif au règlement des conflits*, Service de règlement des différends (SRD), Ministère de la Justice du Canada, 29 novembre 2005

23 le texte du Ministère mentionnait un avocat

24 nous verrons plus bas que certaines formes d'évaluation impartiale mènent à une décision exécutoire

25 *The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution*, American Arbitration Association, 2004

26 *La transformation des rapports humains par la justice participative*, Commission du droit du Canada, 2003

27 http://www.justice.gc.ca/fr/ps/drs/drs_programs.html

28 voir note 52

29 http://www.justice.gc.ca/fr/ps/drs/dr/dm1892.html

30 *Practices and Procedures for Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards, Dispute Adjudication Boards*, Dispute Resolution Board Foundation, revised January 2007 ()

31 *Practices and Procedures for Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards, Dispute Adjudication Boards*, Dispute Resolution Board Foundation, revised January 2007 ()

32 *Introduction to Construction Dispute Resolution*, Feniosky Pena-Mora, Carlos E.Sousa, D.Sean McCone, Massachusetts Institute of Technology, Prentice Hall, 2003

33 *La transformation des rapports humains par la justice participative*, Commission du droit du Canada, 2003

34 Source : *L'industrie de la construction en 2006*, Commission de la construction du Québec

35 *Dynamisme, justice participative et droit québécois*, Louis Marquis, Revue de prévention et de règlement des différends, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, volume 5 numéro 2, Éditions Yvon Blais, printemps 2007

Joel Cohen, C.A.

Business Mediation in a Recovering Economy

Joel Cohen, C.A., is a senior partner in the audit group at RSM Richter and leader of the firm's dispute resolution and mediation practice. jcohen@rsmrichter.com

Canada's leading economists continue to debate whether the recession that has gripped the country — and the world — has finally ended. There is less debate about the timing of the turnaround — the consensus is that it will be slow.

Before the recession, when revenues were strong, company owners could afford to postpone tough decisions. Good times often cover mistakes and inefficiencies. As the economy slowly recovers, owners need to get their companies back on course as soon as possible if they hope to emerge intact, and ideally, well positioned to profit when the upturn comes. However, differences among stakeholders can result in delays in making crucial strategic decisions. As tensions rise, people may be further distracted from the task at hand, increasing the risk of business failure. Early intervention with a financial mediator can be the answer.

Critical issues which companies can't postpone until the "good times" return include:

- Defining the business's value proposition and establishing a compelling product position in the market place.
- Analysing expenses and reducing or eliminating costs that don't benefit the company.
- Evaluating the management team and making hard decisions to eliminate or upgrade personnel.
- Reducing uneconomic shareholder or management burden on the business.
- Determining whether or not the business has sufficient capital to achieve its objectives. If not, attracting additional capital to strengthen the balance sheet.

The "Right" Business Mediator

As professional mediators, we know that successfully applying our skills and experience can prevent lengthy legal battles that can take a damaging emotional and financial toll on any business even in robust economic times. In the current economy, it is more important than ever to begin resolving conflicts among stakeholders as soon as possible. In disputes that are financial in nature, a mediator with a strong business background can improve the speed and efficiency of the mediation process. A financial mediator with the right combination of business and financial expertise, interpersonal skills and mediation experience can make the difference in a business surviving.

What is the right combination of skills and experience for a financial mediator in these situations?

Most important, the financial mediator has to have the overall business skills to understand what drives a company and how to measure the business. Also necessary is the financial expertise to be able to look at financial statements and other documents and quickly identify the issues that are impacting the financial metrics of the business.

An effective financial mediator has soft skills, too. He or she knows what motivates people and what de-motivates them; understands how to manage differences of opinion before they degenerate into conflict; recognizes what causes conflict and knows how to manage conflict when it arises.

Begin with a High-Level Session

Often, the efficiency of mediation can be improved by starting the process with an informal interview between principals and the financial mediator. The mediator's initial tasks are to facilitate dialogue and to tease out the real concerns as personal agendas may cloud judgment and cause stakeholders to express firm positions that have nothing to do with the strategic business issues.

Picture a manufacturing company with two shareholders who presented two diametrically opposing views. The company had grown to need more capital, more modern technology and access to more markets. The older shareholder, a man in his early 60's, wanted to sell the business; the younger shareholder, a man in his 40's, wanted to develop the business by buying new technology and hiring more staff. However, he couldn't afford to buy out his partner.

During mediation sessions, the mediator explored each person's objectives through the use of structured questions. The older stakeholder was asked to identify his goals: When do you want to retire? How much money do you need? When do you need it? Can we develop a five-year plan to achieve your goals?

When the answers to these questions were quantified, the senior stakeholder realized that he didn't need to sell right now. Meanwhile, the mediator helped the younger stakeholder quantify how much capital it would take to get the business to where it needed to be and how much time and risk would be involved.

Through mediation, the shareholders explored ways to acquire skills and technology to keep the company competitive. Both sides came to see that a strategic alliance with a multi-national firm in the same industry through the sale of a significant minority interest would resolve their issue.

Helping parties see that the best solution for the business is the best resolution for them is the crux of financial mediation. In good economies, the faster a resolution is achieved the better. In today's slow economy, a timely resolution is more important than ever.

La médiation en entreprise dans une économie en redressement

Joel Cohen, CA, est un associé du groupe de vérification de RSM Richter et chef de ses services de règlement des différends et de médiation. jcohen@rsmrichter.com

Les économistes canadiens les plus réputés continuent à se demander si la récession qui accable le pays — et le monde entier — est enfin terminée. Le débat qui entourait le moment du redressement s'estompe peu à peu : tous s'entendent pour dire qu'il sera lent à s'installer.

Avant la récession, du temps où les revenus étaient stables, les propriétaires d'entreprise pouvaient se permettre de reporter certaines décisions épineuses. Quand la situation va bon train, les erreurs et les inefficacités passent souvent inaperçues. S'ils veulent sortir intacts de cette récession et, idéalement, bien positionnés pour profiter de la reprise le moment venu, les propriétaires doivent profiter de cette période de lent redressement économique pour restabiliser leur entreprise le plus tôt possible. Toutefois, les divergences de vues entre actionnaires peuvent retarder la prise de décisions stratégiques cruciales. Alors que la tension monte, les parties intéressées peuvent devenir de moins en moins concentrées sur la tâche à accomplir et augmenter ainsi le risque d'échec de l'entreprise. L'intervention précoce d'un médiateur financier pourrait bien être la solution.

Des questions déterminantes que les entreprises ne peuvent se permettre de reporter au retour des « jours meilleurs »

- Définir la proposition de valeur de l'entreprise et positionner leur produit de manière impérieuse sur le marché.

- Analyser les dépenses et réduire, ou éliminer, les coûts inutiles qui n'apportent rien à l'entreprise.
- Évaluer l'équipe de gestion et se résoudre à prendre la difficile décision de licencier du personnel ou mettre les postes à niveau.
- Réduire le fardeau que représente pour l'entreprise un actionnaire ou un gestionnaire non rentable.
- Déterminer si l'entreprise dispose du capital suffisant pour atteindre ses objectifs. Dans le cas contraire, attirer des capitaux pour renforcer le bilan de l'entreprise.

S'adresser au « bon » médiateur

En tant que médiateurs professionnels, nous savons que l'application de nos compétences et de notre expérience peut empêcher la multiplication de batailles juridiques sans fin, dont les conséquences émotives et financières, même en des temps économiquement dynamiques, peuvent être très néfastes pour l'entreprise. Dans le contexte économique actuel, il importe plus que jamais de commencer à régler le plus tôt possible les conflits entre actionnaires. En présence de différends de nature financière, la rapidité et l'efficacité du processus de médiation est grandement améliorée par l'intervention d'un médiateur qui possède une robuste expérience du monde des affaires. Le recours à un médiateur financier qui combine et exploite adroitement expertise commerciale et financière, entregent et expérience en médiation peut faire toute la différence entre l'échec et la survie d'une entreprise.

Dans de telles conditions, quelle est la combinaison de compétences et d'expérience que doit posséder un médiateur financier?

Il importe surtout que ce médiateur financier possède les capacités commerciales globales qui lui permettent de comprendre ce qui motive une entreprise et selon quels paramètres il convient de l'évaluer. Il doit aussi posséder l'expertise financière nécessaire pour lire les états financiers et autres documents comptables et identifier rapidement les éléments qui influent sur les paramètres financiers de l'entreprise.

Ce qui fait un bon médiateur financier, c'est aussi son savoir-être. Il connaît ce qui motive ou démotive les gens; il sait gérer les divergences de points de vue avant qu'elles ne dégénèrent en conflit; il sait reconnaître les causes du conflit et il est en mesure de le gérer lorsqu'il surgit.

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

Affichez votre publicité dans le Journal canadien d'arbitrage et de médiation

Informez-vous sur les tarifs : janet@adrcanada.ca

Commencer par la tenue d'une séance de haut niveau

Souvent, le fait d'entamer le processus de médiation par une entrevue informelle entre les directeurs et le médiateur financier en accroît l'efficacité. La première tâche du médiateur consiste à favoriser le dialogue et à clarifier les vrais problèmes, car les préoccupations personnelles peuvent brouiller les points de vue et susciter chez les actionnaires des prises de position fermes qui n'ont rien à voir avec les questions opérationnelles stratégiques.

Imaginez une entreprise manufacturière dont les deux actionnaires présentent des points de vue diamétralement opposés. L'entreprise en est maintenant au point où ses besoins en capitaux prennent de l'ampleur; elle doit moderniser sa technologie et accéder à un plus grand nombre de marchés. L'actionnaire le plus âgé, un homme au début de la soixantaine, veut vendre l'entreprise; le plus jeune, dans la quarantaine, souhaite au contraire accroître les activités de l'entreprise par l'acquisition de nouvelle technologie et l'embauche de nouveaux employés. Il n'a cependant pas les moyens d'acheter la part de son partenaire.

Durant les séances de médiation, le médiateur a examiné les objectifs de chacun au moyen de questions structurées. Il a demandé au plus âgé des actionnaires de définir ses objectifs : Quand voulez-vous prendre votre retraite? Combien d'argent vous faut-il? À quel moment aurez-vous besoin de cet argent? Pouvons-nous élaborer un plan quinquennal axé sur l'atteinte de vos objectifs?

Une fois quantifiées les réponses à ces questions, le plus âgé des actionnaires s'est rendu compte qu'il ne lui était pas nécessaire de vendre dès maintenant. D'autre part, le médiateur a aidé le plus jeune à quantifier le montant du capital nécessaire pour mener l'entreprise là où elle doit aller, et ils ont réfléchi ensemble à l'aspect temporel et à l'aspect risque du processus de croissance.

La médiation a fourni aux actionnaires l'occasion d'étudier des moyens d'acquérir les compétences et la technologie nécessaires au maintien de la position concurrentielle de l'entreprise. Les deux parties en sont venues à la conclusion qu'une alliance stratégique avec une multinationale du même secteur d'activité, notamment par la vente d'une participation minoritaire importante, résoudrait le problème.

Amener les parties à comprendre que la meilleure solution pour l'entreprise est aussi la meilleure option qui leur est offerte constitue la raison d'être de la médiation financière. En période d'économie favorable, il est toujours préférable de résoudre les impasses le plus rapidement possible. Dans le contexte de ralentissement économique actuel, trouver une solution aux différends dans les meilleurs délais possibles n'a jamais été aussi crucial.

Research Solutions

Butterworths®

New Edition!

Bypass Court – A Dispute Resolution Handbook, 4th Edition

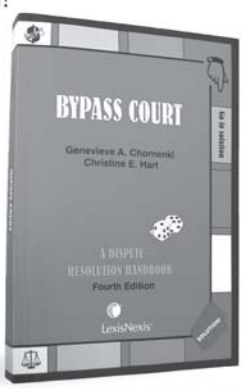
Genevieve A. Chornenki & Christine E. Hart

This authoritative work guides the reader through consensual, non-adjudicative techniques of dispute resolution, such as mediation and arbitration, negotiation and mini-trials, and provides invaluable tools such as analytical work sheets, mediation and negotiation agreements and checklists. It outlines the options available in the dispute resolution process, and contains an analysis of technique selection which will assist readers in formulating realistic expectations about dispute resolution choices.

What's New in this Edition

New and revised chapters on:

- Arbitration
- Complaint handling
- Why dispute resolution still matters to us
- Legal issues and mini-trials



$100 + GST
Approx. 450 Pages • Softcover
September 2010 • ISBN: 9780433462996

Order Today! Take advantage of the **30-Day Risk-Free**† Examination!

www.lexisnexis.ca/bookstore 1-800-668-6481

(Price & other details are subject to change without notice. We pay shipping & handling if payment accompanies order.)
† Pre-payment required for first-time purchasers.
Please quote Reservation Code 3306 when ordering.

TOTAL PRACTICE SOLUTIONS
Client Development | Research Solutions | Practice Management | Litigation Services

LexisNexis®

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. © 2010 LexisNexis Canada Inc. All rights reserved.

Michael E. Dickstein

The 10 Fastest Ways to Insure a Bad Result in Class Action Mediations:

The Most Common Mistakes Lawyers Make.

Michael E. Dickstein is a full-time mediator, who has mediated more than 80 class actions, and the full spectrum of non-family disputes. He teaches negotiation and mediation at Stanford Law School and worldwide. See DicksteinDisputeResolution.com.

I SUMMARY: THE 10 FASTEST WAYS TO INSURE A BAD RESULT IN CLASS ACTION MEDIATIONS

1) Failing to be adequately prepared before the mediation.
2) Failing to insure that there is someone on your team who can work easily with numbers.
3) Starting the monetary part of a negotiation too high, or too low.
4) Refusing to disclose important information before the mediation.
5) Failing to consider that there probably is no "they" in the other room.
6) Failing to make arguments that will be most persuasive to the opposing parties, and, instead, making arguments that would be most persuasive to a neutral party.
7) Insulting the other side, either purposely, inadvertently, or because you simply think they need to be told the "truth" about themselves.
8) Rushing to caucus, rather than taking full advantage of joint sessions with the other side.
9) Fighting over disagreements on value, rather than taking advantage of them.
10) Failing to keep any claims process as simple as possible.

II ANALYSIS: THE 10 FASTEST WAYS TO INSURE A BAD RESULT IN CLASS ACTION MEDIATIONS

1 Failing to be adequately prepared before the mediation.

A The problem: Before the mediation, lawyers often fail to adequately analyse factual issues, damage scenarios, and the evidence that will be presented to support damage scenarios. Instead they focus on legal arguments about liability and class certification. This leaves their cases sounding generic. In some cases, counsel also do not present adequate mediation statements or prepare sufficiently for opening statements.

B Risks: By not being sufficiently prepared, you damage yourself in four important ways. First, you do not give the mediator sufficient ammunition to present your position forcefully. Second, you do not give the other side the impression that they will face a formidable adversary, and that it is risky not to make a deal. Third, you may miss ideas that would have allowed you to structure a better deal for yourself. Fourth, you leave yourself in a worse position to assess whether any deal on the table is worth taking.

C Best approach:

i. With respect to mediation statements: Spend the time to prepare a strong, well thought out, persuasive, non-bombastic, and non-conclusory statement. Remember that mediation statements are your opportunity to educate all members of the other side, and to speak to them in depth. Opposing parties should be left with a feeling of deep concern about pursuing litigation, and some hope about pursuing a mediated agreement. They should not be left angry, unless necessary to the previous goals.

ii. With respect to opening statements: Do not simply deliver a poorly thought out, but aggressive, version of your opening statement in court. Consider carefully: 1) your goals; 2) who you are trying to persuade, and of what; 3) what will appeal to your various audiences (e.g. members of the opposing party, their counsel, your own client, the mediator...); 4) whether you want to focus on the deal itself, or what will happen if the other side doesn't make a deal (which usually focuses on litigation, but can include alluding to negative publicity, possible collection problems/bankruptcy, disruption in the workplace, expense, and a variety of other issues); and 5) your use of language.

iii. With respect to damages: Make sure: 1) that you have obtained all information necessary to do an adequate and convincing damages analysis; 2) that you have analyzed the information sufficiently; 3) that you have reached an understanding with the other side of how any damages analysis that will be presented was constructed (you don't need to agree with the other side, you just need to know why you disagree, and be able to argue as to why your ap-

proach is better); and 4) to have someone at the mediation who can quickly work with alternative damage scenarios.

2 Failing to insure that there is someone on your team who can work easily with numbers.

A The problem: Numerical analysis can be very important in the liability, damages, and deal negotiation aspects of a class action. To effectively assess numerical arguments, it is crucial not only to understand your analysis, but also the other side's (and to have someone who can translate easily between the two). Understanding only your own numerical analysis, is like knowing enough of a foreign language to ask a question, but not enough to understand the answer.

B Risks: Because of the large numbers of class members involved in class actions, small errors in calculations can be significantly magnified. Thus, small handicaps in dealing with numbers, that are barely noticeable in individual cases, can become significant impairments.

C Best approach: Insure that there is a lawyer on your team who can manipulate numbers with an easy facility. Many lawyers work very badly with numbers. Having a lawyer on your team who works well with numbers allows you to perceive available options/arguments that the other side misses. It also allows you to avoid options and arguments that would be a problem for you, before the other side is aware of them. If no lawyer on your team is facile with numbers, you should make sure to bring someone who is.

3 Starting the monetary part of a negotiation too high, or too low.

A The problem: With respect to any monetary or other numerical negotiation, parties are often concerned that their first offer be the right amount to allow them to end up where they would like to settle.

B The risk: Class counsel usually considers that if they start too low they will leave money on the table, and defense counsel usually considers that if they start too high, they will end too high. These are possible risks. What fewer lawyers consider, is that the opposite is also true. For example, if class counsel begins a monetary negotiation at a number that is far too high, they can end up with a worse deal than if they had started at a lower number. They can also end up with no deal at all. It is essential to consider that beginning a numerical negotiation too far away from where you hope to end will usually lead the other side to begin with an equally extreme position, or to refuse to negotiate. This can mean that you will be forced to make a series of very large concessions (which will be viewed as caving in), or face the prospect of never knowing what deal would have been possible. Thus, there are risks to starting either far too low or far too high.

C Best approach: Although there is no ideal number at which to begin a monetary negotiation, and many opening numbers can lead to roughly the same result, there are extremes that raise risks that are not usually worth taking. There is no doubt that it can be effective to make an aggressive first offer in a monetary negotiation, but not if that offer is perceived as unconnected to any reality. Thus, always consider that if you start farther from where you hope to end up, you will have to move in larger jumps to get where you wanted to end. In addition, you will risk never finding out if the other side would have reached where you hope to end up, because they walk away. If you are class counsel, it is essential to remember that because of client dynamics, defense counsel never wants to be in the position of having turned down a demand and then done worse at trial. Conversely, a defense counsel's easiest day is one in which class counsel's final demand is higher than the maximum amount which defense counsel is concerned could possibly be lost at trial. Such a final demand is a guilt free green light to litigate to the bitter end.

4 Refusing to disclose important information before the mediation.

A The problem: Many lawyers perceive information to be power, and believe that keeping information from the other side, and sometimes even from the mediator, gives them power. As a result, they shy from exchanging mediation statements, prefer to avoid joint sessions, prefer to avoid making opening statements, and avoid sharing as much as possible with the other side.

B The risk: Although information may be power, in mediations if you do not share information, it will not help you.

C Best approach:

i. Surprise is rarely a benefit at mediation, particularly class action mediation: Unlike surprise at trial, surprise at mediation generally leaves the other side feeling suspicious, betrayed, concerned about what other information is being withheld, and concerned about making a decision at the mediation. Because fewer than 5% of cases go to trial in most jurisdictions, and because the majority of cases settle at mediation, it makes no sense to organize all strategy around the fewer than 5% of cases. And, most information that parties are trying to keep confidential eventually ends up forcibly shared through the discovery process.
ii. Advance notice is particularly valuable in class actions, where there is an enormous amount of information to assimilate, and when facing an opponent with diffuse decision making authority: Making your arguments and information known to the other side in advance of class action mediation, saves significant time at the mediation, and makes closing a deal at mediation more likely. Entities that often will not make a decision without sufficient lead time include: insurance companies, government entities, large corporations with absent decision-makers, or coalitions of plaintiffs' counsels.

5 Failing to consider that there probably is no "they" in the other room.

A The problem: In private, lawyers often refer to the other side, collectively, as "they". Common examples include: "they are here in bad faith to get free discovery", "they obviously don't want to make a

deal", and "they only want claim forms notarized because it will deter claims". This assumes that everyone on the other side has the same motivations.

B Risks: The worst danger in thinking of the other side as monolithic, is that you often take positions that simply align everyone on the other side against you, give power to the most intransigent members of the opposing party, and make it impossible to achieve the deal you are seeking.

C Best approach: Use joint sessions, casual contacts, and the mediator to try to uncover the positions and motivations of the various lawyers, parties, and party representatives. Next, find arguments that will appeal to, and give power to, those most likely to agree with you. Remember that any offer made by the other side is usually the result of internal negotiations.

6 Failing to make arguments that will be most persuasive to the opposing party, and, instead, making arguments that would be most persuasive to a neutral party.

A The problem: Counsel often make ineffective mediation arguments, either because they are only focused on convincing the mediator, or because they do not appreciate the difference between the best arguments in court, and the best arguments in mediation.

i. Arguing to a biased opponent, as opposed to a neutral: Some of the strongest arguments to a judge or other neutral party, will not be as persuasive to an opposing party who sees the world in a fundamentally different way than you do. It can be much easier to make progress with "weaker" arguments, that are more palatable to the other side.
ii. Arguing without presenting evidence: Similarly, arguments that might persuade a neutral, but are backed by insufficient evidence, can actually convince opposing parties that the opposite is true (e.g. "Tell them I have a document that kills their case"). This occurs because opposing parties will usually assume that if evidence is not presented, it does not exist.

B Risks: The risks include failing to convince the other side, hardening the other side in its position, and even convincing the other side that the opposite of what you say is true. If you feel frustrated that your strongest arguments are being ignored, you have a strong feeling that you are right, and you are concluding that the other side is crazy, you should be alerted to the possibility that you are making arguments that would be more persuasive to a neutral.

C Best approach: Always remember that your goals should be: 1) to present what will be most likely to convince the other side to give you what you are seeking, and 2) to give the mediator the ammunition to help you.

7 Insulting the other side, either purposely, inadvertently, or because you simply think they need to be told the "truth" about themselves.

A The problem: With a surprising frequency, counsel make statements that insult the other side. Such insults appear to be made because: i) counsel incorrectly believe that attacking others will lead those others to be more compromising, ii) counsel insult the other side inadvertently, or iii) counsel believe it is important to "speak the truth".

i. Purposeful attacks: Because attacking witnesses can work in litigation, litigators often believe the strategy will work in mediation. I have seen defense counsel attack named plaintiffs as incompetent and liars (or even as consumers of pornography). I have seen class counsel attack defendants as liars and extreme racists/sexists (and even lecture them on subliminal sexual images in their abstract art).
ii. Inadvertent attacks: Even more common than purposeful attacks, are inadvertent insults. These insults are typically unexamined truisms for one counsel, that are extremely antithetical to the other side's beliefs (e.g. dismissing someone as a "corporate tool", or dismissing lawsuits as "legalized extortion").
iii. "Speaking the truth"/ Allocating blame: Participants in mediation sometimes feel that the other side has not had to examine his/her/its behaviour, and that a mediated solution forecloses "the truth" being spoken in a public forum. As a result, they feel compelled to speak "the truth" in mediation. Parties even choose the most inflammatory way of expressing themselves, because they believe it to be truer. These parties tend to see the purpose of the mediation as one of allocating blame for the past.

B The risk: When a party feels attacked the party almost always either attacks back, or withdraws. Either reaction makes it much harder to make a deal. Parties that feel unjustly attacked tend to conclude that the speaker is unreasonable, incorrectly perceives reality, and cannot be dealt with, thus seriously impeding reaching an agreement.

C Best approach:

i. Purposeful and inadvertent insults: Carefully monitor your language and statements, and make sure that the message you are conveying is the message you intend. Try to make sure that you are aware of the assumptions built into what you are saying. Do not make statements that are likely to leave the other side feeling insulted without fully considering the costs and benefits.
ii. "Speaking the truth"/Allocating blame: While there can be a role for blame in mediation, counsel must realize that choosing blame usually comes at the cost of an otherwise better deal. In general, mediation is a process that looks forward, while blame looks backwards.

8 Fighting over disagreements on value, rather than taking advantage of them.

A The problem: The parties disagree about an issue such as what percent of class members will make claims in the future, the future interest rate, or the future value of stock. Each side tries to convince the other side that they are right. The closer the parties come to an agreement on the

issue, the farther they move from an overall deal.

i. e.g. In a class action to be settled by a claims-made process, in which defense counsel has insisted that there are few dissatisfied class members, and class counsel has asserted that there are many, it can be counter-productive to try to convince the opposing side that they are wrong.

B The risk: Becoming so focused on winning the battle that you lose the war.

C Best approach: Before arguing over perceived differences with opposing counsel, make sure that the difference in perception cannot be used to facilitate a deal.

9 Rushing to caucus, rather than taking full advantage of joint sessions with the other side.

A The problem: Many lawyers attempt to avoid joint sessions, including opening statements, because they are afraid that the sides will alienate each other, and because they want to move as quickly as possible to seeing whether a deal is possible.

B The risks:

i. Joint sessions: Skipping joint sessions skips many of the major benefits of mediation. Joint sessions are a unique opportunity to size up the various players on the other side (and the differences between them), to speak directly to represented parties and key decision-makers (even if appearing not to), to assess how the other side feels about their arguments, to better understand the other side's true interests and motivations, to look for unexpected common ground, to clear up misunderstandings and to clarify numbers-related issues (such as damages calculations and claims fund distribution formulas).

ii. Opening statements: Skipping opening statements, particularly where mediation statements have not been exchanged, generally adds time to the mediation and undermines the mediator.

(1) Skipping opening statements adds time: By definition, it takes twice as long to convey information through the mediator, than to everyone at once. Thus, skipping opening statements can lengthen the time spent in mediation, or reduce the information conveyed. In addition, moving directly to opening offers tends to lodge parties in their most extreme positions, which can lengthen the mediation or yield the appearance that no deal is possible.

(2) Skipping opening statements makes the mediator the "bad guy", and loses a neutral second opinion

(a) In general, parties should not skip opening statements to avoid alienating the other side. There are two ways parties alienate the other side in opening statements. One is by saying things that do not need to be said. The other is by saying things that need to be said, but will be unwelcome (usually these involve risks a party faces, or statements that need to be said for someone to move forward). Having the mediator, rather than counsel, deliver alienating information, leads to the perception of the mediator as the "bad guy", and undermines the mediator's ability to be a neutral second voice underlining the risks associated with the information.

C Best approach: In general, constantly assess whether the current segment of a mediation would be best conducted in joint session or caucus. With respect to avoiding alienating the other side, counsel need to take more responsibility for not saying alienating things, and, where they must be said, saying them in the least alienating way possible. Counsel should also consider that avoiding saying unwelcome things, by having the mediator say them, merely transfers the other party's resentment from counsel to the mediator.

10 Failing to keep the claims process as simple as possible.

A The problem: Both class counsel and defense counsel often have the urge to replicate the litigation process in creating a claims process. The tendency of lawyers to be comfortable with the litigation process, and to see each of its requirements as necessary procedural safeguards, leads to claims procedures that look like the litigation they sought to settle. In addition, defendants tend to take very seriously the possibility of fraudulent claims, and tend to be so eager to weed them out, that they can create claims processes that increase total expenses without significantly diminishing the claim amounts they end up paying.

B Risks: Nothing wastes time and money after settlement, with little gain to the class or defendant, like a too complicated claims process. A complex process can significantly delay payments to class members. In addition, counsel can become embroiled in complex tax, class membership, parity, and other disputes that can lead to difficult ethical issues. Finally, depending on how counsel are compensated, counsel can end up doing significant amounts of uncompensated work.

C Best approach: A streamlined process can be far better than a theoretically perfect process. Approximations can be far better than precise calculations, when it comes to dividing a fixed pot of money. And, overall, justice, efficiency and equity are often better served by a simple process that avoids pointless battles.

« 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
admin@adrcanada.ca www.adrcanada.ca

Les dix façons les plus rapides de faire échouer la médiation dans un recours collectif : les erreurs les plus fréquemment commises par les avocats.

Michael E. Dickstein est médiateur à temps plein, ayant à son actif plus de 80 médiations en recours collectifs, ainsi que tout type de différends, à l'exception des conflits familiaux. Il enseigne la négociation et la médiation à la Stanford Law School et dans le monde entier. Voir DicksteinDisputeResolution.com

I SOMMAIRE : LES 10 FAÇONS LES PLUS RAPIDES DE FAIRE ÉCHOUER LA MÉDIATION DANS UN RECOURS COLLECTIF

1) Absence de préparation adéquate préalable à la médiation.
2) Omission de s'assurer que son équipe compte une personne habile avec les chiffres.
3) Placer d'emblée l'aspect monétaire d'une négociation trop haut ou trop bas
4) Refus de révéler certains renseignements importants avant la médiation.
5) Omission de considérer qu'il n'existe sûrement pas de « ils » unanimes dans la salle d'à côté.
6) Omission d'apporter des arguments irréfutables pour la partie adverse, en faveur d'arguments susceptibles de l'être pour une partie neutre.
7) Profération d'insultes à l'égard de la partie adverse, délibérément ou par inadvertance, ou simplement par désir de lui faire connaître « ses quatre vérités ».
8) Précipitation de la tenue du caucus, plutôt que mise à profit de séances conjointes avec la partie adverse.
9) Querelles pour des questions de pourcentage et de valeur, plutôt que leur mise à profit.
10) Omission de maintenir le processus de règlement le plus simple possible.

II ANALYSE : LES 10 FAÇONS LES PLUS RAPIDES DE FAIRE ÉCHOUER LA MÉDIATION DANS UN RECOURS COLLECTIF

1 Absence de préparation adéquate préalable à la médiation.

A Le problème : Préalablement à la médiation, les avocats omettent souvent d'étudier à fond les éléments de fait, les scénarios des préjudices et les éléments de preuve qui seront présentés à l'appui de ces scénarios. À la place, ils se concentrent sur des arguments juridiques liés aux engagements et à la certification du recours collectif. Cela a pour effet de conférer un caractère générique à leur cas. Dans certains cas, les déclarations de médiation présentées par l'avocat ne sont pas pertinentes ou encore, ses déclarations préliminaires manquent de préparation.

B Les risques : En n'étant pas suffisamment préparé, vous vous faites du tort à vous-même et ce, de quatre principales façons : Premièrement, vous ne fournissez pas au médiateur les armes dont il a besoin pour présenter votre position de façon convaincante. Deuxièmement, vous ne donnez pas à l'autre partie le sentiment de se trouver face à un adversaire redoutable et auquel il serait risqué de ne pas présenter d'offre. Troisièmement, vous pourriez passer à côté d'idées qui vous auraient permis de structurer une meilleure affaire pour vous. Enfin, quatrièmement, vous vous placez dans la pire des positions pour évaluer si une offre mise sur la table vaut la peine d'être acceptée.

C Démarche recommandée :

i. Par rapport aux déclarations faites à la médiation : Prenez le temps de préparer une déclaration percutante, réfléchie et persuasive sans pour autant être choquante ou catégorique. Rappelez-vous que les déclarations faites à la médiation sont pour vous l'occasion d'instruire les membres de la partie adverse et de leur fournir des explications détaillées. Le but est que les parties adverses se sentent foncièrement préoccupées par la poursuite intentée, en même temps qu'encouragées à chercher une entente qui résulte d'une médiation. Aucune des parties ne devrait ressentir de colère à la suite des déclarations de la médiation, à moins que cela ne soit nécessaire à l'atteinte des objectifs antérieurs.

ii. Par rapport aux déclarations préliminaires : Ne vous contentez pas de prononcer une version insuffisamment réfléchie, mais dynamique, de votre déclaration préliminaire au tribunal. Réfléchissez attentivement aux points suivants : 1) vos objectifs; 2) la cible et l'objet de vos efforts de persuasion; 3) les idées qui risquent d'être accueillies favorablement par votre auditoire (p. ex. les membres de la partie adverse, son avocat, votre client, le médiateur, etc.); 4) souhaitez-vous vous concentrer sur l'offre ou sur ce qui passera si l'autre partie ne présente pas d'offre (habituellement, l'offre porte sur un litige, mais il peut aussi s'agir d'allégations de publicité négative, de problèmes de recouvrement/faillite potentiels, d'interruption de travail, de dépenses et d'une foule d'autres enjeux); et 5) le langage à utiliser.

iii Par rapport aux préjudices : Assurez-vous : 1) de détenir toute l'information nécessaire pour effectuer une analyse des préjudices pertinente et convaincante; 2) d'avoir suffisamment analysé l'information; 3) de comprendre en quoi consistent les analyses des préjudices que l'autre partie a l'intention de présenter (vous n'avez pas à être d'accord avec l'autre partie; l'essentiel est de savoir pourquoi vous êtes en désaccord et d'être en mesure de présenter les arguments à

l'appui de votre position); et 4) de la présence d'un médiateur capable d'élaborer rapidement d'autres scénarios de préjudices.

2 Omission de s'assurer que son équipe compte une personne habile avec les chiffres.

A Le problème : L'analyse des chiffres peut avoir beaucoup de poids dans la négociation des engagements, des préjudices et de l'offre faisant partie des enjeux d'un recours collectif. Pour évaluer efficacement des arguments quantitatifs, il ne suffit pas de comprendre votre propre analyse; il est essentiel de comprendre celle de la partie adverse (et de pouvoir compter sur quelqu'un qui peut facilement passer d'une analyse à l'autre). Se borner à ne comprendre que sa propre analyse chiffrée est comparable à connaître une langue étrangère suffisamment bien pour poser une question, mais pas assez pour comprendre la réponse.

B Les risques : Compte tenu du grand nombre de membres visés par un recours collectif, de légères erreurs de calcul peuvent prendre des dimensions titanesques. C'est dire que quelques faiblesses côté mathématique, qui dans un cas individuel passeraient presque inaperçues, peuvent se transformer en handicap de taille.

C Démarche recommandée : Assurez-vous que votre équipe comporte un avocat habile avec les chiffres. Beaucoup d'avocats n'ont pas vraiment la bosse des maths. La présence, au sein de votre équipe, d'un avocat qui sache jongler avec les chiffres vous permet de comprendre des options/arguments qui échappent à la partie adverse. Cela vous permet également d'éviter de présenter des options ou des arguments qui vous poseraient problème, avant que l'autre partie n'en prenne connaissance. Si votre équipe ne compte aucun avocat possédant ces aptitudes, veillez à prévoir la présence d'une telle personne.

3 Placer d'emblée l'aspect monétaire d'une négociation trop haut ou trop bas.

A Le problème : En ce qui a trait à l'aspect monétaire ou numérique d'une négociation, les parties s'attendent souvent à ce que le montant de leur première offre soit celui qui leur permettra d'aboutir au montant de règlement souhaité.

B Le risque : L'avocat du recours collectif considère habituellement qu'une première offre trop basse restera sur la table; celui de la défense croit qu'en commençant trop haut, il finira trop haut. Ce sont des risques possibles. Mais ce à quoi très peu d'avocats songent, c'est que l'inverse est également vrai. Par exemple, si l'avocat du recours collectif commence la négociation monétaire à un montant beaucoup trop élevé, il pourrait aboutir à une offre moindre que s'il avait d'abord proposé une offre inférieure. La négociation pourrait aussi se solder par l'absence d'offre. Il est primordial de comprendre qu'en négociant d'emblée une offre trop éloignée de celle à laquelle on veut aboutir, on incite l'autre partie à présenter elle aussi une offre extrême ou à refuser de négocier. Cela peut vous entraîner de force dans une série d'importants compromis (qui seront perçus comme des désistements), ou peut-être devrez-vous faire face à l'idée de ne jamais savoir quelle offre il aurait été possible de faire. Bref, il est tout aussi risqué de commencer trop bas que trop haut.

C Démarche recommandée : Il n'existe certes pas de montant idéal auquel il convient d'entamer la négociation. Quel que soit le montant de l'offre initiale, le résultat peut, grosso modo, être le même. Cependant, les extrêmes accroissent le risque qu'elles ne soient pas prises en considération. Il ne fait aucun doute, lors d'une négociation monétaire, qu'il peut s'avérer efficace de présenter une première offre agressive, mais cet avantage s'estompe vite si l'offre est perçue comme irréaliste. Par conséquent, gardez toujours présent à l'esprit que plus vous partez loin de votre objectif, plus grandes seront les enjambées à faire pour y arriver. En plus, vous risqueriez de ne jamais savoir si la partie adverse aurait accepté votre objectif, puisque celle-ci aura quitté la table. Si vous êtes avocat en recours collectif, n'oubliez jamais qu'en raison de la notion de dynamique du client, l'avocat de la défense ne veut jamais se trouver dans la position de celui qui a rejeté une demande et fait pire par la suite, lors du procès. Inversement, l'heure de gloire de l'avocat de la défense survient le jour où la demande finale de l'avocat du recours collectif est supérieure au montant maximal que la défense craignait perdre lors du procès. Une telle demande finale donne à l'avocat de la défense le feu vert pour faire perdurer le débat jusqu'à sa pénible conclusion.

4 Refus de révéler certains renseignements importants avant la médiation.

A Le problème : De nombreux avocats perçoivent l'information qu'ils détiennent comme un gage de pouvoir; ils croient que le fait de dissimuler de l'information à la partie adverse, et parfois même au médiateur, leur confère du pouvoir. Résultat : ils ont peur de communiquer les déclarations de médiation, préfèrent éviter la tenue de séances conjointes et la présentation de déclarations préliminaires, bref, ils préfèrent éviter tout type d'échange avec la partie adverse.

Externalisation des services de l'IAMC

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

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, au 416 487-4733 ou au 1 877 475-4353, ou visitez notre site Web à l'adresse *www.adrcanada.ca/services/outsourcing*

B Le risque : Même si détenir de l'information peut représenter une forme de pouvoir, la garder pour soi n'est d'aucune utilité en contexte de médiation.

C Démarche recommandée :

i. L'effet de surprise est rarement un avantage en médiation, en particulier s'il s'agit de recours collectif : Contrairement à l'impact que peut avoir l'effet de surprise pendant un procès, la surprise en contexte de médiation fait naître chez la partie adverse un sentiment de méfiance et de trahison. Celle-ci se demande alors quelle autre information est gardée secrète et elle craint toute prise de décision pendant la session de médiation. Puisque dans la plupart des administrations, moins de 5 % des cas sont portés devant les tribunaux et que la majorité des cas se règle à la médiation, il serait insensé d'élaborer toute sa stratégie en fonction d'à peine 5 % des cas. Sans compter qu'une large part de l'information que les parties tentent de garder confidentielle finit forcément par être dévoilée dans le cadre du processus de divulgation.

ii. Les avis préalables sont particulièrement utiles en contexte de recours collectifs, où le volume d'information à assimiler est particulièrement grand, et dans les cas où l'on se trouve face à un adversaire au pouvoir décisionnel diffus : Faire connaître à l'avance vos arguments et vos renseignements à la partie adverse représente un gain de temps considérable lors de la médiation et augmente les chances d'arriver à une entente. Parmi les entités qui ne prennent habituellement aucune décision sans préavis suffisant, mentionnons les compagnies d'assurance, les entités gouvernementales, les grandes sociétés dont les décideurs sont absents ou les coalitions d'avocats des demandeurs.

5 Omission de considérer qu'il n'existe sûrement pas de « ils » unanimes dans la salle d'à côté.

A Le problème : En privé, les avocats désignent habituellement la partie adverse par le terme collectif « ils ». Quelques exemples courants : « Ils sont de mauvaise foi et ne sont ici que pour obtenir de l'information gratuite », « Il est clair qu'ils n'ont pas l'intention de présenter une offre » et « La seule raison pour laquelle ils veulent des formules de demande notariées est pour dissuader l'autre partie de faire des réclamations ». Ce terme présuppose que tous les membres de la partie adverse partagent les mêmes motivations.

B Les risques : Le grand danger de considérer l'autre partie comme un bloc homogène est qu'il vous porte à adopter des positions qui amènent les membres de l'autre partie à se ranger contre vous. De plus, cela confère du pouvoir aux plus intransigeants d'entre eux et rend presque impossible la concrétisation de l'offre recherchée.

C Démarche recommandée : Tenter de découvrir, par l'intermédiaire de séances conjointes, de contacts informels et du médiateur, quelles sont les positions et les motivations des différents avocats, des différentes parties et de leurs représentants. Ensuite, trouver des arguments qui plairont et donneront quelque pouvoir aux personnes les plus susceptibles de se ranger de votre côté. Rappelez-vous que toute offre de la partie adverse est généralement le fruit de négociations internes.

6 Omission d'apporter des arguments irréfutables pour la partie adverse, en faveur d'arguments qui le seraient pour une partie neutre.

A Le problème : Les arguments présentés par les avocats à la médiation sont souvent inefficaces, soit parce que ces derniers concentrent tous leurs efforts à convaincre le médiateur, ou parce qu'ils ne se rendent pas compte de la différence entre de bons arguments en cour et de bons arguments en médiation.

i. Argumenter devant un adversaire partial ou devant une partie neutre : Certains des arguments massue invoqués devant un juge ou une autre partie impartiale n'auront pas le même poids lorsque présentés à une partie adverse qui voit les choses de façon diamétralement opposée à la vôtre. Il est souvent beaucoup plus facile de gagner du terrain en utilisant des arguments moins « percutants », mais qui ont meilleur goût pour la partie adverse.

ii. Fournir des arguments sans preuve à l'appui : Parallèlement, des arguments susceptibles de convaincre une partie neutre mais qui ne sont pas appuyés par des éléments de preuve suffisants peuvent, en fait, convaincre les parties adverses que la vérité réside dans leur contraire (p. ex., « Dites-leur que je possède un document capable d'anéantir leur dossier »). Dans un cas semblable, les parties adverses présument qui si l'élément de preuve n'est pas fourni, c'est qu'il n'existe tout simplement pas.

B Les risques : Une telle attitude risque de compromettre toute chance de convaincre l'autre partie qui, en conséquence, durcira sa position et pourrait même se persuader que la vérité est tout à l'opposé de ce que vous dites. Si vous ressentez une certaine frustration parce que vos meilleurs arguments ne sont pas pris en compte, si vous êtes convaincu d'avoir raison et en concluez que l'autre partie est insensée, dites-vous que vous êtes en train d'invoquer des arguments davantage destinés à convaincre une partie neutre.

C Démarche recommandée : Ne perdez jamais de vue vos objectifs : 1) présenter des arguments susceptibles de convaincre l'autre partie de vous accorder ce que vous demandez, et 2) fournir au médiateur les armes qui lui permettront de vous appuyer.

7 Profération d'insultes à l'égard de la partie adverse, délibérément ou par inadvertance, ou simplement par désir de lui faire connaître « ses quatre vérités ».

A Le problème : Il est étonnant de voir la fréquence à laquelle les avocats tiennent des propos offensants envers l'autre partie. Une telle profération d'insultes sem-

ble être motivée par les faits suivants : i) l'avocat croit à tort que l'attaque rendra l'autre plus enclin aux compromis, ii) il insulte l'autre partie par inadvertance, ou iii) il croit qu'il est important de « dire ses quatre vérités » à la partie adverse.

i. Attaques délibérées : Parce qu'attaquer les témoins est souvent efficace devant les tribunaux, les avocats plaidants croient souvent que la même stratégie fonctionne en médiation. J'ai vu un avocat de la défense accuser des demandeurs désignés d'incompétents et de menteurs (et même, de consommateurs de pornographie). J'ai vu un avocat en recours collectif traiter des défendeurs de menteurs et de racistes/sexistes (et même les sermonner pour les images sexuelles subliminales contenues dans leurs tableaux d'art abstrait).
ii. Attaques par inadvertance : Les insultes proférées par inadvertance sont encore plus courantes que les attaques délibérées. Ces insultes sont, typiquement, des présomptions non fondées qu'a un avocat à l'égard de la partie adverse (p. ex., révoquer quelqu'un sous prétexte qu'il « mange dans la main des patrons », ou rejeter des poursuites soi-disant qu'elles représentent des « extorsions autorisées par la loi ».
iii. « Dire ses quatre vérités »/ Attribuer le blâme : Les participants à la médiation ont souvent le sentiment que l'autre partie n'a pas été contrainte d'examiner son comportement, et qu'une solution obtenue par médiation exclut la possibilité d'exposer « la vérité » au grand jour. Par conséquent, ils se sentent obligés d'exposer « la vérité » à la médiation. Les parties choisissent même de s'exprimer de la façon la plus incendiaire qui soit, car elles croient que leurs propos sont des plus sincères. Ces parties ont tendance à voir dans la médiation un moyen d'imputer le blâme pour le passé.

B Le risque : Lorsqu'une partie se sent attaquée, elle use de représailles ou se retire. L'une comme l'autre de ces réactions nuisent fortement aux négociations. Les parties qui se sentent injustement attaquées ont tendance à conclure que l'orateur n'est pas raisonnable, qu'il n'a aucun sens de la réalité et que par conséquent, il n'est pas possible de négocier avec lui. Il va sans dire que cela pose de sérieux obstacles à la conclusion d'une entente.

C Démarche recommandée :

i. Insultes délibérées et par inadvertance : Contrôlez attentivement votre langage et vos déclarations; assurez-vous que le message que vous transmettez est bien celui que vous voulez transmettre. Essayez d'être toujours à l'affût de ce que laissent supposer vos propos. Ne faites pas de déclarations susceptibles de donner à la partie adverse le sentiment que vous l'insultez, sans en avoir longuement pesé les coûts et avantages.

ii. « Dire ses quatre vérités »/Attribuer le blâme : Bien que le blâme puisse avoir sa place dans la médiation, l'avocat doit être conscient que le choix de cette option se fait habituellement au détriment d'une meilleure solution. En règle générale, la médiation est un processus tourné vers l'avenir, alors que le blâme en est un qui regarde en arrière.

8 Querelles pour des questions de pourcentage et de valeur, plutôt que leur mise à profit.

A Le problème : Les parties ne s'entendent pas sur des questions comme le pourcentage des membres du recours collectif à faire une demande dans le futur, le taux d'intérêt futur, ou la valeur future des actions. Chaque partie essaie de convaincre l'autre qu'elle a raison. Plus les parties s'approchent d'une entente sur la question, plus elles s'éloignent d'une entente globale.

i. P. ex., Il a été établi qu'un recours collectif devra être réglé selon le processus de demandes. L'avocat de la défense souligne que la grande majorité des membres est satisfaite, mais l'avocat du recours collectif, pour sa part, soutient qu'un grand nombre est insatisfait. Dans un cas semblable, il peut s'avérer contre-productif d'essayer de convaincre la partie adverse qu'elle a tort.

B Le risque : Être tellement aveuglé par le désir de gagner une bataille que l'on perd la guerre.

C Démarche recommandée : Avant d'argumenter avec l'avocat de la partie adverse sur une différence de perception, demandez-vous si celle-ci ne pourrait pas être mise à profit en vue de faciliter une entente.

9 Précipitation de la tenue du caucus, plutôt que mise à profit de séances conjointes avec la partie adverse.

A Le problème : Nombreux sont les avocats qui cherchent à éviter les séances conjointes, y compris les déclarations préliminaires, de peur de voir les parties se replier sur elles-mêmes et parce qu'ils sont très pressés de voir si une entente est possible.

B Les risques :

i. Séances conjointes : Sauter les séances conjointes, c'est se priver des plus grands avantages de la médiation. Les séances conjointes sont une occasion unique de mesurer chacun de ses adversaires (et leurs différences), de parler directement aux parties représentées et aux décideurs clés (même sans en avoir l'air), d'évaluer la position de l'autre partie par rapport à ses arguments, de mieux comprendre les vrais intérêts et les vraies motivations de l'autre, de rechercher un terrain d'entente commun et imprévisible, de clarifier les malentendus et les problèmes liés aux chiffres (par exemple, les formules servant au calcul des préjudices et à la répartition des fonds issus des revendications).
ii. Déclarations préliminaires : Sauter les déclarations préliminaires, surtout lorsque les déclarations de la médiation n'ont pas été entendues, ne fait que prolonger la durée de la médiation et saper le travail du médiateur.

(1) Sauter les déclarations préliminaires étire le processus : Par définition, il est deux fois plus long de transmettre de l'information par l'intermédiaire du médiateur que de la communiquer à l'ensemble des participants. Ainsi,

sauter les déclarations préliminaires contribue à étirer le temps passé à la médiation ou encore, à réduire la quantité d'information transmise. En outre, passer directement aux offres initiales place généralement les parties dans des positions extrêmes, ce qui peut également allonger le processus de médiation ou donner l'impression qu'une entente n'est pas possible.

(2) Sauter les déclarations préliminaires c'est attribuer au médiateur le « rôle du méchant » et perdre l'occasion d'obtenir une deuxième opinion impartiale.

(a) En général, les parties ne devraient jamais sauter les déclarations préliminaires dans le seul but d'éviter de s'aliéner l'autre partie. Il y a deux façons de s'aliéner l'autre partie lors des déclarations préliminaires. L'une consiste à dire des choses qui n'ont pas à être dites. L'autre consiste à dire des choses qui doivent être dites, mais qui sont mal accueillies (p. ex., évoquer les risques encourus par l'une des parties ou faire des déclarations qui sont nécessaires pour inciter une personne à aller de l'avant). Charger le médiateur, plutôt que l'avocat, de communiquer l'information déplaisante lui confère le « rôle du méchant » et mine sa capacité à faire entendre une deuxième voix impartiale qui vienne souligner les risques associés à l'information transmise.

C Démarche recommandée : En général, il convient de constamment déterminer si la partie du litige visée par la médiation aurait avantage à être menée en séances conjointes ou en caucus. Afin d'éviter de s'aliéner la partie adverse, l'avocat doit prendre la responsabilité de ne tenir aucun propos offensant et, si certaines choses doivent être dites, les dire de la façon la moins offensante possible. L'avocat doit aussi comprendre qu'en transférant au médiateur la responsabilité de dire certaines choses qui risquent d'être mal accueillies par la partie adverse ne fait que déplacer vers le médiateur le ressentiment que la partie adverse aurait eu à l'égard de l'avocat.

10 Omission de maintenir le processus de règlement le plus simple possible.

A Le problème : L'avocat du recours collectif et celui de la défense sont souvent tous deux très tentés de reproduire la procédure judiciaire en matière de litige en créant un processus de requête. Comme les avocats se sentent généralement à l'aise avec la procédure en matière de litige et qu'ils considèrent chacune de ses exigences comme une garantie procédurale nécessaire, cela mène à des processus de requêtes similaires au litige qu'ils cherchaient à régler. En outre, les défendeurs prennent généralement très au sérieux la possibilité de réclamations frauduleuses et, en raison de leur grand désir de les éliminer, ils peuvent créer des processus de requêtes qui font grimper le bilan des dépenses sans pour autant réduire de façon substantielle les montants de la réclamation, qu'ils finissent par payer quand même.

B Les risques : Après qu'un accord ait été négocié, il n'y a pas plus grande perte de temps et d'argent que celle qu'occasionne un processus de règlement trop complexe et cela, sans aucun apport de gain pour le recours collectif ou pour le défendant. Un processus de règlement complexe peut retarder considérablement le versement des paiements aux membres du recours collectif. De plus, l'avocat peut se laisser entraîner dans une série de disputes de nature fiscale ou relatives à l'adhésion des membres du recours collectif, à la parité entre ces membres et aux types de disputes susceptibles d'engendrer d'épineux problèmes éthiques. Finalement, en fonction des modalités de rémunération, il arrive qu'en bout de ligne l'avocat se retrouve à faire beaucoup de travail pour lequel il n'est pas rémunéré.

C Démarche recommandée : Un processus simplifié peut, de loin, être plus efficace qu'un processus parfait sur le plan théorique. De même que les approximations peuvent être, de loin, plus efficaces que les calculs précis lorsqu'il s'agit de répartir une cagnotte de montant fixe. Mais d'abord et avant tout, il importe de ne pas perdre de vue que l'efficacité et l'équité sont souvent mieux servies par un processus simple et exempt de batailles inutiles.

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

Leanne Shafir

Mediation Advocacy Competitions:

An oxymoron, or an opportunity for student growth and learning!

Leanne Shafir is the Director of the Mediation Intensive Clinical Program at Osgoode Hall Law School, and the newly established Osgoode Mediation Centre, a community service for the prevention and peaceful resolution of conflict and disputes. In addition, Leanne maintains her family mediation practice at the family law firm of Cooper, Kleinman.

In a time of many exciting Canadian achievements, one I was intimately involved with was that of coaching four Osgoode law students as mediation advocates in both the Canadian National Mediation Advocacy Competition (CNMAC) in November 2009, and the International Chamber of Commerce Commercial Mediation Competition (ICC) in Paris, France, in February 2010.

The team in Paris after winning third place. Left to Right is Lisa Feldstein, Darren Hall, the author, Sheldon Inkol, Jillian Chuchryk.

L'équipe à Paris après avoir remporté le troisième rang. De gauche à droite, on voit Lisa Feldstein, Darren Hall, l'auteur, Sheldon Inkol, Jillian Chuchryk.

I see experience and reflection as the cornerstones of clinical education. As our preparation progressed, the strengths of this type of competition from both an educational and experiential perspective became clear to all of us as we devoted countless hours to practice and preparation. Not only were the students learning the skills of mediation, negotiation, communication and advocacy, but also an understanding of the flexible role of the mediator. As mediation advocates, they developed skills to utilize the mediator as effectively as possible, ensure their client's interests were met, and create an atmosphere that was most conducive to problem solving.

Our students were successful in winning the CNMAC competition, and continued to the ICC Competition several months later. At CNMAC, a total of eight law schools from across Canada – Osgoode, Dalhousie, Windsor, Saskatchewan, McGill, Ottawa, Manitoba and Queen's – participated in the competition that took place Nov. 18 to 21, 2009. The University of Manitoba, Ottawa, and Saskatchewan, which respectively placed second, third, and fourth at CNMAC, also competed at the ICC Competition in Paris. At CNMAC, the University of Saskatchewan won the Louise Otis Award of Excellence in Mediation Education, as well as the award for the best individual performance, won by Hiyasmin Matias.

In Paris, students were met with 44 teams representing over 18 countries from around the world, all participating in a 6-day event from February 5 through to February 10, 2010. The students continued in their roles as advocate and client, in the context of complex commercial disputes, requiring the resolution of legal issues, along with the preservation of business relationships.

Osgoode competed in four preliminary rounds against Brazil, China, the United States, and India. Our students placed third overall, after advancing to the quarter and semi-final rounds of the competition. Most importantly, they had the experience of learning and mediating with a variety of countries and cultures, putting theory into practice in the form of the competition. They encountered opponents who negotiated in a very similar manner, participating in rounds that looked and felt like a ping-pong match. On another occasion, they mediated with a team whose first language was not English, bringing into play skills and communication strategies that allowed them to bridge their differences, and reach a resolution that was satisfactory to both sides. This round had the look and feel of a scratched CD, with starts and stops along the way, culminating in a few final bars that were clear and coherent. Finally, they learned patience, persistence and curiosity, as they worked as advocate and client in a mediation whose starting point was never anticipated by the team. The students left this round confused and frustrated…however with reflection, were able to unpack what had

occurred and further advance their skills as problem solvers, and their understanding of communicating across cultures.

The students encountered differences in language and culture, as well as unexpected similarities that surprised them. Most importantly, they remained curious at all times, using their skills to understand the interests of the other side, and clearly articulate what was important for them from both a legal and personal perspective. They were able to look at options and reach agreements that were far more creative than any a court could have imposed. In this way, students utilized their theoretical and clinical experiences from home, and applied them in an international competition, deepening and strengthening their skills while they worked with teams from around the world.

In the end, the hours spent learning and training were invaluable, and the ability to practice the skills learned in the form of a law student competition both through CNMAC and ICC will, I'm sure, change the approach that these students take in their future practice of law, and in this way, enhance the outcomes of the conflicts they resolve.

Thank you to all who generously supported the Osgoode Team, both financially and professionally, and thank you to the fabulous students who so skillfully learned and integrated theory and practice, listened to feedback, and implemented it into their work.

Compétitions de défense d'une cause de médiation : un oxymoron ou une occasion de croissance et d'apprentissage pour les étudiants

Leanne Shafir est directrice du Mediation Intensive Clinical Program *de la Osgoode Hall Law School et du nouveau* Osgoode Mediation Centre*, un service à la collectivité visant la prévention et la résolution pacifique des conflits et des différends. De plus, Mme Shafir poursuit sa pratique de médiation familiale à la firme de droit familial Cooper, Kleinman.*

En cette ère de nombreux accomplissements canadiens dignes d'intérêt, j'ai participé étroitement à l'un de ceux-ci, soit l'accompagnement de quatre étudiants en droit d'Osgoode à titre d'avocats en médiation au *Canadian National Mediation Advocacy Competition* (CNMAC) en novembre 2009 et à la Compétition de Médiation Commerciale Internationale de la Chambre de commerce internationale à Paris en février 2010.

Je considère l'expérience et la réflexion comme les pierres angulaires de la formation pratique. Alors que notre préparation progressait, les aspects positifs de ce type de compétition en matière de formation et d'expérience se sont définis clairement dans notre esprit alors que nous consacrions d'innombrables heures aux exercices et à la préparation. Non seulement les étudiants acquéraient les compétences relatives à la médiation, négociation, communication et défense d'une cause, mais également une compréhension de la souplesse du rôle de médiateur. En tant qu'avocats en médiation, ils ont acquis les compétences nécessaires à une utilisation efficace du médiateur, se sont assuré que les intérêts de leurs clients étaient satisfaits et ont créé une atmosphère très propice à la résolution des problèmes.

Nos étudiants ont remporté la CNMAC et participé à celle de la Chambre de commerce internationale plusieurs mois plus tard. À la CNMAC, un total de huit facultés de droit à l'échelle du Canada, soit Osgoode, Dalhousie, Windsor, Saskatchewan, McGill, Ottawa, Manitoba et Queen's, ont participé à la compétition qui s'est déroulée du 18 au 21 novembre 2009. Les Universités du Manitoba, d'Ottawa et de la Saskatchewan, qui se sont classées respectivement aux deuxième, troisième et quatrième rangs à la CNMAC, ont également participé à la compétition de la Chambre de commerce internationale à Paris. À la CNMAC, l'Université de la Saskatchewan a gagné le Prix d'excellence Louise Otis de la formation en médiation, ainsi que le prix pour le meilleur rendement individuel, remporté par Hiyasmin Matias.

À Paris, les étudiants se sont mesurés à 44 équipes provenant de 18 pays à l'échelle mondiale dans le cadre d'un événement d'une durée de six jours, soit du 5 au 10 février 2010. Les étudiants ont joué les rôles du médiateur et du client dans un contexte de différends commerciaux complexes exigeant la résolution de questions d'ordre juridique, tout en veillant à la préservation des relations d'affaires. Osgoode a participé à quatre tours préliminaires contre le Brésil, la Chine, les États-Unis et l'Inde. Nos étudiants se sont classés troisièmes après avoir accédé aux quarts de finale, puis aux demi-finales de la compétition. Ils ont surtout vécu une expérience d'apprentissage et de médiation auprès d'un éventail de pays et de cultures, mettant la théorie en pratique sous la forme d'une compétition. Ils ont fait face à des opposants qui ont négocié d'une manière très similaire lors de tours ressemblant à un match de ping-pong. À une autre occasion, ils ont participé à une médiation avec une équipe dont la langue maternelle n'était pas l'anglais, ils ont fait appel à des compétences et des stratégies de communication qui leur ont permis de réconcilier leurs différences et de parvenir à une résolution satisfaisante pour les deux parties. Ce tour donnait l'impression d'écouter un CD égratigné avec ses départs et arrêts fréquents, le tout couronné par quelques remarques finales qui étaient claires et cohérentes. Finalement, ils ont appris la patience, la persistance et la curiosité en travaillant en tant qu'avocat et client dans le cadre d'une médiation dont le point de départ n'était jamais prévu par l'équipe. Au terme de ce tour, les étudiants étaient déconcertés et frustrés… toutefois, une réflexion leur a permis d'analyser ce qui

s'était produit et d'améliorer leurs compétences au chapitre de la résolution de problèmes et leur compréhension de la communication interculturelle.

Les étudiants ont été confrontés à des différences de langue et de culture ainsi qu'à des similitudes imprévues qui les ont surpris. Ils ont surtout fait preuve de curiosité en tout temps, en utilisant leurs compétences pour comprendre les intérêts de la partie adverse, et ont clairement exprimé ce qui était important pour eux aux plans juridique et personnel. Ils furent en mesure d'examiner des options et de parvenir à des ententes beaucoup plus créatives qu'aucun tribunal n'aurait pu imposer. Ainsi, les étudiants ont fait appel à l'expérience théorique et pratique qu'ils ont acquise au Canada, et l'ont appliquée dans le cadre d'une compétition internationale, ce qui leur a permis de renforcer leurs compétences alors qu'ils travaillaient avec des équipes d'autres pays.

En fin de compte, les heures consacrées à l'apprentissage et la formation se sont avérées inestimables, et la capacité de mettre en pratique les compétences acquises dans le cadre des compétitions entre étudiants de la CNMAC et de la Chambre de commerce internationale modifiera, j'en suis sûre, l'approche adoptée par ces derniers dans leur future pratique du droit et ainsi améliorer l'issue des conflits qu'ils ont à résoudre.

Merci à toutes les personnes qui ont appuyé financièrement et professionnellement l'équipe d'Osgoode, et merci aux remarquables étudiants qui ont su apprendre et assimiler la théorie et la pratique, écouter les commentaires et les mettre en œuvre dans leur travail d'une manière aussi adroite.

Know Your Limits

Forum Selection Clauses do not Govern all Disputes (Ontario Court of Appeal)

Michael Schafler

*Michael Schafler is a partner in the Toronto office of Fraser Milner Casgrain LLP where he practices complex commercial dispute resolution. Michael joined FMC in 1994, graduated from Dalhousie Law School in 1995, was called to the Ontario Bar in 1997, and became a partner in 2003. An active member of FMC's National ADR Group, Michael has been counsel in many domestic and international (*ad hoc *and institutional) arbitrations, as well as mediations. michael.schafler@fmc-law.com*

Introduction

In *Matrix Integrated Solutions Ltd.* v. *Naccarato*[1], the Ontario Court of Appeal judicially considered a contractual forum selection clause by which the parties had agreed that the courts of Texas were to exercise exclusive jurisdiction over claims "arising out of or in connection with" their agreement. Despite the apparent breadth of this clause, the Court nonetheless imposed limits. Only claims that related specifically to the agreement were caught; claims based on breach of fiduciary duty and conspiracy were not.

Facts

Matrix Integrated Solutions Ltd. ("Matrix") and Radiant Hospitality Systems Limited ("Radiant") entered into a reseller agreement in 2007 (the "Reseller Agreement"). The Reseller Agreement appointed Matrix as an authorized, non-exclusive reseller of Radiant's products in Ontario. The Reseller Agreement contained the following clause:

This Agreement shall be governed by and construed in all respects in accordance with the laws of the State of Texas, U.S.A. In any civil action by either party relating to this Agreement, the prevailing party shall recover from and be reimbursed by the other party for all costs, reasonable attorneys' fees and related expenses. [Matrix] hereby consents and submits to the exclusive jurisdiction and venue over any action, suit or other legal proceeding that may arise out of, or in connection with this Agreement, by any state or federal court located in Tarrant County in the State of Texas, U.S.A. Reseller shall bring any action, suit or other legal proceeding to enforce, directly or indirectly, this Agreement or any right based upon it only in Tarrant County in the State of Texas, U.S.A. The parties agree that the United Nations Convention for the International Sale of Goods shall not apply to this Agreement.

Matrix later commenced an action in Ontario, alleging that two of its former employees in positions of trust and confidence had left Matrix to form Radeon Technologies Ltd. ("Radeon") and to compete against Matrix. Contemporaneously, Radiant had apparently terminated the Reseller Agreement and entered into a new agreement with Radeon. In its action, Matrix asserted claims against Radiant for conspiracy and for knowingly assisting Matrix's former employees in breaching their fiduciary duties. Matrix did not seek damages against Radiant for breach of the Reseller Agreement.

Radiant brought a motion to stay Matrix's court action on the basis that the forum selection clause required that the case be prosecuted in Texas.

Submit Your Proposals

Présenter une proposition

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 les membres à travers Canada pour presenter des propositions pour le Journal à l'adresse suivante pour la considération par le Comité de rédaction:

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

The Motion Judge's Decision

The motion judge granted the motion, finding that the claims advanced by Matrix, and some of the defences raised by Radiant, were sufficiently connected with the Reseller Agreement so as to engage the forum selection clause. The motion judge found that the forum selection clause applied unless Matrix could show "strong cause" why it should not.[2] Matrix appealed the motion judge's decision.

Court of Appeal Decision

Referring to *Precious Metal Capital Corp.* v. *Smith*[3], the Court of Appeal reiterated that in order to determine whether a claim for breach of fiduciary duty falls within the reach of a forum selection clause, an important first step is to characterize the "pith in substance" of the claim as set out in the Statement of Claim.

In this case, the Court found that the claims for breach of fiduciary duty and conspiracy could not fairly be described as contractual in substance. In this context, the Court noted that the Reseller Agreement was merely part of the factual background explaining the existence and nature of the relationship that existed between Matrix and Radiant prior to the alleged wrongs. In the Court's view, however, the claims advanced did not arise out of or in connection with the provisions of the Reseller Agreement. Nor did the constituent elements of the causes of action depend upon the Reseller Agreement and "the Reseller Agreement can be removed from the picture without undermining those claims".

In responding to the appeal, Radiant had relied on a line of authority construing arbitration clauses holding that words such as "relating to", "respecting", "in connection with" or "concerning" are expansive terms that reflect an intention of the parties to embrace claims beyond those that that may be brought "under" the contract or that are founded "upon" the contract.[4]

The Court held that the interpretative approach reflected in these authorities did not go so far as to justify the stay granted by the motion judge in this case. The Court found that clauses employing such broad language are only engaged if either the claimant or the defendant relies on the existence of the contractual obligation as a necessary element to create the claim or to defeat it; or so long as the matter in dispute is referable to the interpretation or implementation of some provision of the contract in question.

Comment

This case demonstrates the importance of drafting forum selection clauses with a view to giving full force and effect to the parties' intentions. Any ambiguity in the drafting of such clauses can result, as was the case here, in commercial uncertainty and increased costs (on the appeal alone, the unsuccessful respondents were ordered to pay $10,000 to Matrix, in addition to whatever costs were payable in respect of the underlying motion).

This case would appear to apply not only to the issue of forum selection but also to questions relating to arbitration procedures. It is therefore an important decision in the area of international commercial arbitration, as well as ADR in general.

1 [2009] O.J. No. 3187; 2009 ONCA 593.
2 *Z.I. Pompey Industrie* v. *ECU Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450, at paras. 20-21.
3 (2008), 92 O.R. (3d) 701 (C.A.).
4 see eg. *Mantini v. Smith Lyons LLP* (2003), 64 O.R. (3d) 505, at para. 19 (C.A.); *Woolcock v. Bushert* (2004), 246 D.L.R. (4th) 139 ("*Woolcock*"), at para. 22 (Ont. C.A.)

Connaître ses limites
Les clauses d'élection de for ne régissent pas tous les différends (Cour d'appel de l'Ontario)

*Michael Schafler est associé au bureau torontois de Fraser Milner Casgrain S.E.N.C.R.L., où il est spécialiste en règlement de différends commerciaux complexes. Michael s'est joint à l'équipe de FMC en 1994; il est devenu associé en 2003, après avoir obtenu son diplôme de la faculté de Droit de l'Université Dalhousie en 1995 et avoir été admis au Barreau de l'Ontario en 1997. Membre actif du groupe national au sein de FMC, Michael a agi à titre de conseiller dans le cadre de nombreux arbitrages et médiations (*ad hoc *et institutionnels) à l'échelle nationale et internationale. michael.schafler@fmc-law.com*

Introduction

Dans l'affaire *Matrix Integrated Solutions Ltd.* c. *Naccarato*[1], la Cour d'appel de l'Ontario a examiné une clause contractuelle d'élection de for dans laquelle les parties avaient convenu que les tribunaux du Texas disposeraient d'une compétence exclusive sur les demandes « découlant de cette entente, ou en rapport avec elle ». Malgré l'apparente étendue de cette clause, la Cour a néanmoins imposé des limites. Seules les demandes en relation directe avec l'entente ont été prises en considération; les demandes reposant sur un manquement à l'obligation fiduciaire et sur le complot ont été rejetées.

Faits

Matrix Integrated Solutions Ltd. (« Matrix ») et Radiant Hospitality Systems Limited (« Radiant ») ont conclu une entente de revente en 2007 (l'« entente de revente »). En vertu de cette entente, Matrix était désigné comme revendeur attitré non exclusif des produits de Radiant en Ontario. L'entente de revente contenait la clause suivante :

La présente entente sera, à tous égards, régie et interprétée en vertu des lois de l'état du Texas, États-Unis. La partie gagnante recouvrera auprès de la partie perdante les coûts, les honoraires des avocats et les dépenses connexes raisonnables occasionnés par toute poursuite civile intentée en rapport avec cette entente par l'une ou l'autre des parties. Par la présente, [Matrix] consent et se soumet à la compétence exclusive de tout tribunal d'état ou tribunal fédéral situé dans le comté de Tarrant, Texas, États-Unis. Le revendeur ne peut faire valoir aucune cause d'action

ni intenter aucune poursuite ou autre instance judiciaire visant à faire exécuter, directement ou indirectement, la présente entente ou tout droit y afférent, ailleurs que dans le comté de Tarrant, Texas, États-Unis. Les parties conviennent que la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale ne s'applique pas à la présente entente.

Matrix a plus tard fait valoir une cause d'action en Ontario, alléguant que deux de ses anciens employés en situation de confiance et de confidentialité avaient quitté Matrix pour créer Radeon Technologies Ltd. (« Radeon ») et faire concurrence à Matrix. Parallèlement, Radiant avait selon toute apparence dissous l'entente avec le revendeur et conclu une entente avec Radeon. Dans le cadre de cette action, Matrix a fait valoir ses droits contre Radiant pour avoir comploté et sciemment aidé les anciens employés à violer leurs obligations fiduciaires. Matrix n'a pas réclamé de dommages et intérêts contre Radiant pour manquement à l'entente de revente.

Radiant a présenté une requête de suspension des poursuites intentées par Matrix au motif qu'en vertu de la clause d'élection de for, les poursuites doivent être intentées au Texas.

Décision du juge des requêtes

Le juge saisi de la requête a fait droit à la requête, concluant que les demandes présentées par Matrix, et certaines des défenses soulevées par Radiant, étaient suffisamment liées à l'entente de revente pour que la clause d'élection de for soit prise en compte. En conséquence, il a conclu à l'application de la clause d'élection de for, à moins que Matrix ne puisse démontrer qu'il existe des « motifs sérieux » d'y contrevenir.[2] Matrix a interjeté appel de la décision du juge.

Décision de la Cour d'appel

Dans l'affaire *Precious Metal Capital Corp.* c. *Smith*[3], la Cour d'appel a réitéré qu'afin de déterminer si une demande fondée sur un manquement à une obligation fiduciaire tombait sous la portée d'une clause d'élection de for, il importe de commencer par définir la substance même de la demande, telle qu'établie dans la déclaration.

Dans cette affaire, le juge a conclu que les demandes fondées sur le manquement à une obligation fiduciaire et sur la conspiration ne pouvaient à juste titre être décrites comme contractuelles en substance. Dans ce contexte, le juge a fait remarquer que l'entente de revente faisait simplement partie des faits qui expliquent l'existence et la nature de la relation qui existait entre Matrix et Radiant avant les allégations de torts. Selon le raisonnement du juge, les demandes ne découlaient pas des provisions de l'entente de revente ni n'étaient en rapport avec elles. Pas plus que les composantes des causes d'action ne dépendaient de l'entente de revente, cette dernière pouvant, selon le juge, être retirée du contexte sans que ces demandes n'en soient ébranlées.

En répondant à l'appel interjeté, Radiant s'appuyait sur des clauses arbitrales prônant l'interprétation d'un courant jurisprudentiel selon lequel des termes comme « se rapportant à », « à l'égard de », « en lien avec » ou « concernant » sont des expressions à sens large qui reflètent une intention, de la part des parties, d'inclure des demandes qui soient au-delà de celles pouvant être intentées « en vertu » du contrat ou « s'appuyant sur » ce dernier.[4]

Le juge a statué que l'approche interprétative à laquelle se prêtent ces courants jurisprudentiels n'allait pas jusqu'à justifier la suspension accordée par le juge des requêtes dans cette affaire. Il conclut que les clauses comportant une formulation aussi générale ne sont prises en compte que si le demandeur, ou le défendeur, dépend de l'existence de l'obligation contractuelle pour produire ou rejeter une cause d'action ou encore, du moment que la question en litige est soumise à l'interprétation ou à l'application d'une disposition prévue au contrat en question.

Commentaire

Ce cas fait ressortir l'importance d'établir les clauses d'élection de for de sorte qu'elles confèrent plein effet aux intentions des parties. Toute ambiguïté dans l'élaboration de telles clauses est susceptible d'engendrer, comme dans le cas qui nous occupe, un climat d'incertitude commerciale et une augmentation des coûts (en appel seulement, les intimés perdants ont été condamnés à payer à Matrix la somme de 10 000 $, sans compter les frais relatifs à la soumission de la requête originale).

La pertinence de ce cas ne vise pas seulement les clauses d'élection de for; elle s'applique aussi aux questions relatives aux procédures d'arbitrage. Il s'agit, par conséquent, d'une décision importante en matière d'arbitrage commercial international et pour l'IAMC en général.

1 [2009] O.J. No. 3187; 2009 ONCA 593.
2 *Z.I. Pompey Industrie* c. *ECU Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450, aux paragr. 20-21.
3 (2008), 92 O.R. (3d) 701 (C.A.).
4 Voir, p. ex., *Mantini c. Smith Lyons LLP* (2003), 64 O.R. (3d) 505, au paragr. 19 (C.A.); *Woolcock c. Bushert* (2004), 246 D.L.R. (4th) 139 (« *Woolcock* »), au paragr. 22 (Ont. C.A.)

Claude Freeman, LL.M. (ADR), C.Med., C.Arb.
Médiateur / Arbitre
• Services bilingues de règlements des différends - depuis 1996
• Médiation, Arbitrage, Évaluations de dossiers, Recherches de faits
Montréal : 514-292-3755
Toronto : 416-432-9300
Courriel : cfreeman@idirect.com

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. Elloitt, 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
Robt. F. Legget
W.F. James, PhD, FRSC, PEng
William F. James
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
Suite 500, 1311 Howe Street
Vancouver, BC V6Z 2P3
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