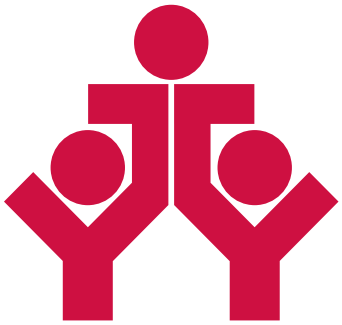
Vol. 21, No. 1



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

Spring/Summer 2012 - Printemps/Été 2012 A publication of the ADR Institute of Canada, Inc./Publié par l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

INSIDE this issue

DANS ce numéro

Message from the President 3
Message du président 3
Message from the Editorial Board 5
Mot du comité de rédaction 6
The 2012 ICC Arbitration Rules – Enhanced Practices and New Features 7
Règlement d'arbitrage de la CCI de 2012 – Pratiques améliorées et nouvelles dispositions 10
On Being a Commercial Arbitrator: Lessons Learned 13
Être un arbitre en matière commerciale : les leçons tirées de mon expérience 17
Interim Measures: Do Arbitrators have full authority to rule on such issues? 22
Mesures provisoires : les arbitres ont-ils le pouvoir d'ordonner de telles mesures? 25
Transformative Mediation: Putting Party Self-determination into Practice 30
La médiation transformative au soutien de l'autodétermination des parties 37
The influence of power in workplace mediation 45
L'influence du pouvoir sur la médiation en milieu de travail 50
Integral Mediation 56
La médiation intégrale 63
Sponsorship Opportunities for ADRIC 2012: 71

Register today! / Inscrivez-vous aujourd'hui !

ADRIC 2012: Guiding Beacon to Best Practices in ADR

ADR Institute of Canada
AGM and National Conference
October 25-26, 2012, Halifax, NS
See Page 9 for details

IAMC 2012 : Guide des meilleures pratiques de PRD

Assemblée générale annuelle
et conférence nationale
25 et 26 octobre 2012, Halifax, N.-E.
Voir page 9 pour plus de détails

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 the benefits of corporate memberships, please call Janet:

416-487-4733 or
1-877-475-4353, ext 105

- Alberta Environmental Appeals Board
- Apache Canada Ltd.
- Appraisal Institute of Canada
- Borden Ladner Gervais LLP
- Burnet Duckworth & Palmer LLP
- Canadian Institute for Conflict Resolution
- Canada Safeway Limited
- Cox and Palmer LLP
- Davis LLP
- ENMAX Corporation
- Fraser Milner Casgrain LLP
- Gowling Lafleur Henderson LLP
- Imperial Oil
- Insurance Bureau of Canada
- Norton Rose Canada LLP
- Osler, Hoskin & Harcourt LLP
- Penn West
- Stewart McKelvey LLP
- The City of Calgary
- Torys LLP
- TransCanada Pipelines Limited

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

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

Vol. 21, No. 1
Spring/Summer 2012 - Printemps/Été 2012

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

Executive Director / Directrice générale
Mary Anne Harnick

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

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

Bookkeeper/Administrator / Aide-comptable / Administrateur
Rob Linkiewicz

Administrative Assistant / Adjointe administrative
Brenda Lesperance

Layout / Mise en page
Whizard Graphics

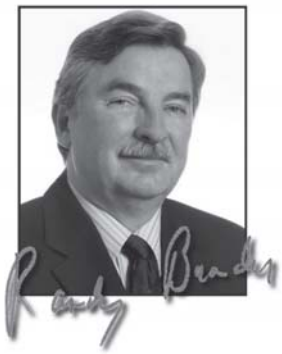
Canadian Arbitration and Mediation Journal (ISSN 1192-537X) is published twice a year by the ADR Institute of Canada, Inc. © 2012, All rights reserved. Reproduction or transmittal, in whole or in part, in any form or by any means, or its storage in a retrieval system, without prior permission of the 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. c2012. Tous droits réservés. Sa reproduction ou sa transmission, en tout ou en partie, sous quelque forme ou par quelque moyen, ou son stockage dans un système d'extraction, sans l'autorisation préalable du propriétaire des droits d'auteur, sont interdits.

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

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

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



Message from the President

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

Spring and summer are not slow seasons at the ADR Institute of Canada.

A few years ago, we raised C.Med standards and introduced the Q.Med as a new intermediate designation that would assist mediators with marketing their practices and making their way toward the C.Med. We introduced mandatory insurance for all chartered members and the Continuing Education and Engagement Program for those holding the C.Med designation.

These activities demonstrate the coming of age of ADR. We are showing the world that our members, as practitioners, and we, as an organization, are deeply committed to maintaining the Gold Standard of practice and continually enhancing the professionalism of ADR practitioners.

In due course, we will be introducing new C.Arb criteria, the new Qualified Arbitrator, (Q.Arb) designation, and Continuing Education and Engagement requirements for those holding the C.Arb designation.

At the same time, the ADR Institute of Canada is working to develop training materials (a 40 hour basic mediation course and a 40 hour basic arbitration course) for any affiliate that wishes to make use of these materials. This important initiative will ensure that Gold Standard Training is available across the country.

Finally, staff and enthusiastic, talented members of ADR Atlantic Institute are busy developing our annual national conference, which is booked for October 25-26 in Halifax. The weather in Halifax is beautiful in the Fall, so you will want to hold this date on your calendar and plan to attend. Each year the conference grows, not only in terms of the number attending, but with respect to the number and value of presentations. With four streams to choose from, topics are timely and are developed to reflect current issues across Canada. This year's conference will address topics such as: Discovering New Practice Niches; Training and Credentialing of ADR Practitioners; Managing Intergenerational Issues Between Parties in Mediation; Collaborative Family Law and Advocacy; Marketing your ADR Practice; and much more.

The program will be excellent! In addition, many of our members tell us what we already know - that the contacts made and acquaintances renewed are sure to make this a not-to-be-missed experience.

On behalf of the Board of Directors of ADRIC, I look forward to seeing you all in Halifax this October.

Yours truly,
Randy Bundus

Message du président

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

Le printemps et l'été ne sont pas des saisons mortes à l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada.

Il y a quelques années, nous avons haussé les normes relatives au titre de médiateur agréé (Méd.A) et instauré celui de médiateur qualifié (Méd.Q) en tant que nouveau titre intermédiaire afin d'aider les médiateurs à promouvoir leurs pratiques et à leur permettre d'obtenir le titre de Méd.A. Nous avons rendu obligatoire la souscription

d'une assurance pour tous les membres agréées ainsi que le programme Formation continue et participation pour les détenteurs du titre de Méd.A.

Ces activités témoignent d'une ère nouvelle en matière de PRD. Nous démontrons au monde entier que nos membres, en tant que spécialistes, et nous-mêmes, en tant qu'organisme, sommes profondément engagés à maintenir des normes exemplaires en matière de pratique et à améliorer constamment le professionnalisme des spécialistes en PRD.

En temps voulu, nous allons instaurer de nouveaux critères à l'égard du titre Arb.A, le nouveau titre d'arbitre qualifié (Arb.Q) et les exigences du programme Formation continue et participation pour les détenteurs du titre Arb.A.

Parallèlement, l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada prépare des documents de formation (un cours de base en médiation et un cours de base en arbitrage d'une durée de 40 heures chacun) pour tout membre qui voudrait s'en prévaloir. Cette importante initiative permettra de s'assurer que de la formation de très haut niveau sera disponible à l'échelle du pays.

Finalement, des employés et des membres compétents et motivés de l'ADR Atlantic Institute s'affairent à organiser notre conférence nationale annuelle, qui est prévue les 25 et 26 octobre à Halifax. Comme le temps automnal est superbe à Halifax, n'oubliez pas d'inscrire cette date dans votre calendrier afin d'y participer. Chaque année, la conférence prend de l'ampleur, non seulement en ce qui concerne le nombre de personnes qui y assistent, mais aussi la quantité et la qualité des présentations. Les participants peuvent choisir parmi quatre volets portant sur des thèmes qui sont pertinents et élaborés de manière à refléter les questions actuelles qui se posent au Canada. Cette année, la conférence portera sur les sujets suivants : découverte de nouveaux créneaux de pratique; formation et reconnaissance des spécialistes en PRD; gestion de questions intergénérationnelles entre les parties en matière de médiation; droit familial collaboratif et défense des droits; promotion de votre pratique en PRD; pour ne nommer que ceux-là.

Le programme promet d'être excellent! En outre, bon nombre de nos membres nous mentionnent ce que nous savons déjà : que l'établissement de contacts et le fait de renouer des liens vont faire de cette conférence une expérience à ne pas manquer.

Au nom du conseil d'administration de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, je me réjouis de vous rencontrer à Halifax au mois d'octobre prochain.

Veuillez agréer, Madame, Monsieur, l'expression de mes sentiments distingués.

Randy Bundus

ENMAX

Editorial Board / Comité de rédaction

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

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

2011-2012 Board of Directors/ Conseil d'administration

R.J. (Randy) Bundus, LL.B.
President and Corporate Director /
Président et directeur corporatif - ON

Mary Comeau, LL.B. ACIArb
Vice-President and Corporate Director /
Vice-présidente et directrice corporative - AB

Bernard F. McMullan, AACI (Fellow) P.App. SR/WA, C.I.M., A.A.M., C.Arb. (Fellow)
Vice-President and Regional Director /
Vice-président et directeur régional - MB

James Musgrave, Q.C., Q.Med
Vice-President and Corporate Director /
Vice-président et directeur corporatif - NS

Jeffrey C. Smith, CA•IFA, CIP
Director and Treasurer /
Directeur et trésorier - ON

Stephen Antle, LL.B., C.Arb
Corporate Director /
Directeur corporatif - BC

Glen W. Bell, LL.B., C.Arb
Director / Directeur - BC

Colin Feasby, LL.M., J.S.D.
Corporate Director /
Directeur corporatif - AB

William J. Hartnett, LL.B.
Corporate Director / Directeur corporatif - AB

Pamela Large-Moran, LL.B., LL.M. (ADR), C.Med
Regional Director / Directrice régionale - AP

H. Derek Lloyd Q.C., LL.B.
Corporate Director /
Directeur corporatif - AB

P. David McCutcheon, LL.B., C.Arb. (Fellow)
Past President and Corporate Director /
Ancien président et directeur corporatif - ON

Pascal Kewa Mutombo, LL.M.
Director / Directeur - QC

Louise Novinger Grant
Corporate Director /
Directrice corporative - AB

L. J. (Les) O'Connor, B.A., LL.B., C.Med
Director / Directeur - ON

Alex Paterson, Q.Med.
Director / Directeur - AB

Master Donald E. Short, FCIArb, C.Arb., LL.B., LL.M. (ADR)
Past President / Ancien président - ON

Anne M. Wallace, Q.C., LL.B., C.Arb., C.Med. CTAJ, IMI Cert.
Director / Directrice - SK

Other Officers / Autres administrateurs

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

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

Message from the Editorial Board

Mandy Moore

The practice of alternative dispute resolution is multi-faceted, incorporating the processes of mediation, arbitration, negotiation and collaborative law. With this in mind, the Spring/Summer 2012 edition of the *Canadian Arbitration and Mediation JOURNAL* includes articles covering a variety of alternative dispute resolution practices and provides critical insights from the perspectives of counsel, mediators and arbitrators.

The article by Josiane Brault and Daniel Grodinsky analyzes the debate surrounding the jurisdiction of an arbitral tribunal to order interim measures of protection both before and after the formation of the arbitral tribunal but prior to the issuance of the final award, and what limits are placed on an arbitral tribunal to do so, with a particular emphasis on the legislation and jurisprudence from the Province of Quebec. The article addresses the difficult balance between Court intervention in arbitral proceedings and Court interference and when parties may be best suited to actively seek the Court's protection notwithstanding their decision to have their disputes determined outside of the Court system.

Earl Cherniak provides insight into his extensive experience as a commercial arbitrator and arbitration counsel in both domestic and internal arbitrations to convey his lessons learned on such issues as the importance of arbitrator selection, getting arbitrator appointments, arbitrator disclosure obligations, the importance of the preliminary meeting, interim orders and reasons. This is a must read article for those new to the practice of arbitration, for those looking to refocus their practice from arbitration counsel to arbitrator or for those in need of a "refresher".

This issue includes an article by Brian Jarrett addressing the benefits of an integral approach to mediation, integrating both the theory and practice of mediation as well as reconciling various mediation approaches where appropriate. The author provides an overview of the various contemporaneous approaches to mediation, explores a protocol for the integration of these various approaches and then discusses the ethical difficulties encountered in mediation and how these difficulties may most effectively be addressed through an integral approach.

The article by Tamar Meshel on the 2012 ICC Arbitration Rules is a must read for those who practice in the field of international commercial arbitration, as it provides a succinct review of the recently adopted changes to the ICC Rules that came into effect this past January.

Penny van den Berg's article on power dynamics in the workplace as it relates to mediation provides an insightful analysis of the essential role of the mediation to balance the power dynamic of the parties involved in the mediation process in order to achieve an equitable resolution of a dispute. The author provides insight from mediators of their experience in dealing with power dynamics issues in their practices.

This issue also includes an article by John Peter Weldon on transformative mediation, a mediation approach by which parties are allowed to engage in frank, open conversation and by which the parties determine their own agenda and goals, transforming mediation from a mediator-controlled procedure to an open conversation geared towards reaching a resolution based on party self-determination. The author provides a history of the evolution of transformative mediation and a description of the techniques employed.

We hope you enjoy this issue.

Corporate Membership
Adhésion corporative

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

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

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

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

Mot du comité de rédaction

Mandy Moore

La pratique des modes de prévention et règlement des différends présente de multiples facettes, incluant les processus de médiation, d'arbitrage, de négociation et de droit collaboratif. Dans cette perspective, l'édition Printemps/Eté 2012 du *JOURNAL d'Arbitrage et de Médiation Canadien* contient des articles couvrant un large spectre de pratiques en matière de prévention et règlement des différends et livre une analyse critique selon la perspective des avocats, médiateurs et arbitres.

L'article de Josiane Brault et Daniel Grodinsky présente une analyse du débat sur la compétence revenant au tribunal arbitral d'ordonner des mesures conservatoires de protection avant et après la constitution dudit tribunal arbitral, mais avant la délivrance de la décision sans appel, et quelles sont les limites posées à un tribunal arbitral à cet égard; l'accent est mis particulièrement sur la législation et les compétences dans la province de Québec. L'article traite de l'équilibre complexe entre l'intervention et l'ingérence des tribunaux dans les procédures arbitrales et des cas où, pour les parties, il est plus approprié de rechercher la protection des tribunaux malgré la décision qu'elles ont prise de régler leurs différends en dehors du système judiciaire.

Earl Cherniak nous fait part de sa grande expérience en tant qu'arbitre commercial et avocat spécialisé en arbitrage, dans des cas d'arbitrage national et interne, ainsi que des enseignements qu'il a tirés de questions comme l'importance de la sélection de l'arbitre, les processus de nomination à titre d'arbitre, les obligations de divulgation incombant à l'arbitre, l'importance de la réunion préliminaire, les ordonnances et les moyens provisoires. Un article à lire absolument pour les nouveaux venus dans la pratique de l'arbitrage, pour ceux qui cherchent à recentrer leur pratique en tant qu'arbitre et non plus comme avocat spécialisé en arbitrage ou ceux qui ont besoin de rafraîchir leurs connaissances.

Ce numéro comprend un article de Brian Jarrett dans lequel il traite des avantages que présente une approche intégrale à l'égard de la médiation, intégrant à la fois la théorie et la pratique et comment concilier différentes approches en matière de médiation, le cas échéant. L'auteur présente un aperçu des différentes approches actuelles en matière de médiation, étudie un protocole portant sur l'intégration de ces différentes approches et, pour finir, débat des difficultés de nature déontologique auxquelles l'on se trouve confronté dans les cas de médiation et comment on peut les surmonter le plus efficacement par une approche intégrale.

L'article de Tamar Meshel sur le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international 2012 est une lecture incontournable pour ceux qui exercent dans le domaine de l'arbitrage commercial international; il livre une analyse succincte des modifications récemment adoptées au Règlement de la CCI qui sont entrées en vigueur en janvier dernier.

L'article de Penny van den Berg sur la dynamique du pouvoir en milieu travail dans son rapport à la médiation livre une analyse perspicace du rôle essentiel que joue la médiation pour équilibrer les forces de pouvoir exercées par les différentes parties participant au processus de médiation afin d'arriver à une résolution équitable d'un différend. L'auteur part de la perspective des médiateurs et de leur expérience, comment ils abordent les questions de la dynamique du pouvoir dans leur pratique.

Ce numéro comprend également un article de John Peter Weldon sur la médiation transformative, une approche selon laquelle les parties sont autorisées à engager une conversation ouverte et franche et qui leur permet de déterminer leurs propres programme et objectifs, transformant une procédure dirigée par le médiateur en une conversation ouverte visant à atteindre une résolution fondée sur l'auto-détermination des parties. L'auteur présente un historique de l'évolution de la médiation transformative et une description des techniques employées.

Nous espérons que ce numéro vous plaira.

Externalisation des services de l'IAMC

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

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

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

The 2012 ICC Arbitration Rules – Enhanced Practices and New Features

Tamar Meshel[1]

On 1 January 2012, the much anticipated new ICC Arbitration and ADR Rules ("Rules") came into force. Considered a leader among international arbitration institutions, the International Chamber of Commerce ("ICC") conducted extensive consultations with businesses, lawyers, arbitrators and experts in the field in preparing the Rules. As a result, several new features have been added to accommodate recent developments in the practice of international arbitration and the evolving needs of the international business community. In addition, some of the practices of the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce ("Court") that were not included in the 1998 Rules have now been codified in order to enhance the transparency and clarity of ICC arbitration proceedings.

The changes introduced in the Rules have three main goals: modernizing the arbitration process, clarifying existing practice, and improving efficiency. This article reviews the scope and significance of the most important changes to the Rules.

1. Modernization

Several new provisions in the Rules were designed to accommodate the modern needs of the international business community, including the growing need for urgent interim measures in the early stages of an international arbitration and the rise in the number of cases involving multiple parties. In addition, the reference to telex and telegram communication has been replaced with email communication, and the language used in the Rules is now gender neutral.

a. Emergency arbitrator (Article 29 and Appendix V)

The new emergency arbitrator provisions are intended to enable parties to obtain urgent interim or conservatory measures that cannot await the constitution of the arbitral tribunal, and replace the opt-in Pre-Arbitral Referee procedure under the 1998 Rules.

Scope: the emergency arbitrator provisions will apply to parties who are signatories or successors of signatories to an ICC arbitration agreement entered into after 1 January 2012, unless the parties explicitly opt-out of their application or agree to a different pre-arbitral procedure that provides for interim measures.

Procedure: an Application for Emergency Measures must be submitted to the Secretariat of the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce ("Secretariat"), together with a fee of US$ 40,000. Such Application may be submitted before a request for arbitration is filed, so long as such request is filed within 10 days; together with a request for arbitration; or after a request for arbitration has been filed, so long as the file has not yet been transmitted to the arbitral tribunal.

In the event that the President of the Court decides to accept the Application, he or she shall appoint the emergency arbitrator, normally within two days. The emergency arbitrator shall then establish a procedural timetable normally within two days and shall render an order within 15 days.

Result: an order that does not bind the arbitral tribunal and that the arbitral tribunal may modify, terminate, or annul. The order is not reviewed by the Court, and will be notified to the parties directly by the emergency arbitrator. The emergency arbitrator cannot act as an arbitrator later on in the same proceedings.

b. Costs in multi-party arbitrations (Article 36(4))

As further discussed below, where a party has been joined to an arbitration pursuant to Article 7 or where there are claims between multiple parties pursuant to Article 8, "*the Court shall fix one or more advances on costs that shall be payable by the parties as decided by the Court*". While the default rule remains that claimant(s) and respondent(s) will be responsible for paying the advance on costs fixed by the Court on a 50/50 basis, this provision allows the Court to allocate such payment differently should it consider this to be appropriate in the circumstances.

2. Clarification of existing practice

Many of the new provisions featured in the Rules do not introduce novel concepts, but are rather designed to clarify and build upon certain well-established practices of the Court which have evolved over the years.

a. Joinder (Article 7)

Scope: both claimant(s) and respondent(s)

may join additional parties to an existing arbitration.

Procedure: while joinder was possible under the 1998 Rules, now there is no need to obtain a decision of the Court in order to join a party. The party requesting the joinder will need to submit a Request for Joinder in which it raises claims against the party to be joined, and pay a filing fee of US$ 3,000. There can be no joinder after an arbitrator has been confirmed or appointed in the proceedings, unless all the parties agree including the party to be joined.

Result: the party joined has the same rights and obligations as the other parties, including to submit an Answer, to raise jurisdictional objections, to nominate an arbitrator, to file claims, to request the joinder of additional parties, and its consent is required for any change to the arbitration agreement.

b. Multi-party arbitrations (Article 8)

Scope: while multi-party arbitrations existed under the 1998 Rules, the Rules now explicitly provide that any party to an arbitration is allowed to bring claims against any other party to the arbitration. These include claims, counterclaims, cross-claims and claims filed by a joined party.

Procedure: as in the past, new claims must be made before the signing of the Terms of Reference or their approval by the Court, unless the arbitral tribunal authorizes otherwise.

Result: claims against multiple parties will be allowed subject to any jurisdictional objections raised by the party against whom the claims are made under Article 6(4)(i). Introducing claims against multiple parties may also result in a different allocation of the advance(s) on costs, as decided by the Court.

c. Multi-contract arbitrations

Scope: the Rules explicitly allow claims to be brought on the basis of more than one contract in a single arbitration proceeding (Article 9).

Procedure: where claims are made under more than one contract, such claims are subject to Articles 6(3) and 6(4). The guiding principle is whether all the parties agreed to have such claims heard in a single arbitration.

Result: should this question be referred to the Court pursuant to Article 6(3), "*the arbitration shall proceed as to those claims with respect to which the Court is* prima facie *satisfied (a) that the arbitration agreements under which those claims are made may be compatible, and (b) that all parties to the arbitration may have agreed that those claims can be determined together in a single arbitration*" (Article 6(4)(ii)).

d. Consolidation (Article 10)

Scope: as in the past, the Court may consolidate two or more ICC arbitrations pending into a single proceeding where one or more parties to one of the arbitrations requests it to do so.

Procedure: the Court may consolidate two or more pending arbitrations where: (1) the parties have agreed to consolidation; or (2) all claims are made under the same arbitration agreement; or (3) the claims in the arbitrations are made under more than one arbitration agreement but the arbitrations are between the same parties, the disputes arise in connection with the same legal relationship, and the Court finds the arbitration agreements to be compatible.

As in the past, in deciding whether to consolidate, the Court may take into account such circumstances as whether one or more arbitrators have been confirmed or appointed in more than one of the arbitrations and, if so, whether the same or different persons have been confirmed or appointed, the procedural stage of the proceedings, and whether the Terms of Reference have been established.

Result: when arbitrations are consolidated, they shall be consolidated into the arbitration that commenced first, unless otherwise agreed by all parties. As a result, the advance(s) on costs fixed by the Court may be adjusted. Consolidation is a final administrative decision that cannot be reversed by the arbitral tribunal.

e. Impartiality

Under the new Rules, prospective arbitrators are required to disclose "*any circumstances that could give rise to reasonable doubts as to the arbitrator's impartiality*" in their Statement of Acceptance, Availability, **Impartiality** and Independence required to be completed by every arbitrator before he or she may be confirmed or appointed, as well as continuously throughout the arbitration (Article 11). Lack of impartiality has also been explicitly added as a ground for challenging an arbitrator (Article 14).

f. Scope and exclusivity (Article 1(2))

The new Rules no longer refer to "*business*" disputes, thereby expanding the scope of their application to disputes arising under investment treaties and free trade agreements. Also, the Rules now explicitly refer to arbitrations involving states or state entities in the new direct appointment provision (Article 13(4)), further discussed below.

In addition, the Rules now provide that "*the Court is the only body authorized to administer arbitrations under the Rules, including the scrutiny and approval of*

ADR Outsourcing

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

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

awards rendered in accordance with the Rules", so as to prevent the use of the Rules by other arbitration institutions or by parties in ad-hoc arbitrations.

3. Efficiency

Several provisions in the Rules were amended or added in order to improve the time and cost efficiency of arbitration proceedings in response to growing users' concerns regarding these aspects of arbitration.

a. Time and cost management

The new Rules introduce several new features designed to enhance efficient time and cost management by both arbitrators and parties:

- the arbitral tribunal and the parties are required to "*make every effort to conduct the arbitration in an expeditious and cost-effective manner, having regard to the complexity and value of the dispute*" (Article 22(1));
- there is a new requirement to conduct a case management conference in order to ensure that the arbitral tribunal and the parties focus the case at an early stage (Article 24);
- "*As soon as possible after the last hearing concerning matters to be decided in an award or the filing of the last authorized submissions concerning such matters*", the arbitral tribunal is required to declare the proceedings in relation to such matters closed and provide the Secretariat and the parties with a date by which it expects to submit its draft award to the Court for approval (Article 27);
- In making decisions as to costs, the arbitral tribunal may take into account the extent to which each party has conducted the arbitration in an expeditious and cost-effective manner (Article 37(5));
- In setting the arbitrator's fees, the Court shall take into consideration the diligence and efficiency of the arbitrator, the time spent, the rapidity of the proceedings, the complexity of the dispute and the timeliness of the submission of the draft award (Appendix III Article 2(2));
- the Rules introduce an entirely new appendix of recommended case management techniques (Appendix IV).

b. Jurisdictional objections (Article 6(3))

Scope: it has become evident that only in a small minority of cases the Court takes a "negative" jurisdictional decision rejecting the case brought before it (in 2010, for instance, out of 228 cases in which jurisdictional objections were raised, the Court took a "negative" decision only in 20 cases, and a "partially negative" decision with respect to some but not all of the parties or claims in 12 cases).

Such "negative" decisions can be the result of there being no arbitration agreement between the parties, no reference to the ICC in the arbitration agreement, or, more often, multiple contracts that are incom-

ADRIC 2012: Guiding Beacon to Best Practices in ADR

October 25-26, 2012
Halifax

Join us for ADR Institute of Canada's AGM and National Conference October 25-26, 2012 in Halifax for interesting plenary sessions; the networking Cocktail Reception; the McGowan Luncheon and a presentation by keynote speaker: **The Honourable Mr. Justice Thomas Albert Cromwell, Supreme Court of Canada; *plus* over 20 sessions in four specialty streams: *Building an Effective ADR Business, ADR in the Workplace, Challenge and Innovation in ADR, and Family and Community ADR!***

Location: **Atlantica Hotel Halifax.** Toll-free reservations: 888-810-7288, reservations@atlanticahalifax.com
Ask for the ADR Conference rate. Details and registration form coming soon. www.adrcanada.ca

IAMC 2012 : Guide des meilleures pratiques de PRD

les 25 et 26 octobre 2012
Halifax

Venez assister à l'Assemblée générale annuelle (AGA) et à la conférence nationale de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada qui se tiendra les 25 et 26 octobre 2012, à Halifax; vous aurez l'occasion d'assister à d'intéressantes séances plénières, de tisser des réseaux au cocktail de réception, de participer au déjeuner-causerie McGowan ainsi qu'à une présentation animée par l'orateur principal : **L'honorable Thomas Albert Cromwell, Cour suprême du Canada, *en plus de* 20 séances dans quatre volets de spécialités : *Développer des activités en PRD efficaces; Pratiques PRD en milieu de travail; Défi et innovation dans les pratiques PRD; et Famille et communauté PRD!***

Lieu : **Hôtel Atlantica, Halifax.** Réservations sans frais : 888-810-7288, reservations@atlanticahalifax.com
Demandez le tarif congrès de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation. De plus amples renseignements et le formulaire d'inscription seront disponibles sous peu. www.adrcanada.ca

patible or cannot clearly be brought in one arbitration, or non-signatories to the arbitration agreement who were not involved in the negotiation or performance of the contract.

Procedure: jurisdictional objections under the new Rules will be decided by the arbitral tribunal "*unless the Secretary General refers the matter to the Court*", in limited circumstances such as those mentioned above.

Result: with the new "gate keeping" function of the Secretary General, fewer cases will be referred to the Court for a jurisdictional decision, and decisions will be taken directly by the arbitral tribunal itself, thereby increasing the efficiency of the procedure and accelerating the constitution of the arbitral tribunal.

c. Direct appointment of arbitrators by the Court (Article 13(4))
In order to improve the efficiency and rapidity of the constitution of the arbitral tribunal, the Rules give the Court the power to appoint directly any person to act as arbitrator in cases involving states or state parties, parties from a country or territory with no National Committee or Group, and where circumstances exist that make such an appointment necessary and appropriate.

It should be emphasized that while the Rules certainly introduce some innovations and refinements intended to modernize the arbitration process, clarify existing practices and improve efficiency, arbitration users can rest assured that the ICC's basic and well-known features have been preserved to ensure the same high quality arbitration proceedings and awards.

[1] Tamar Meshel, LL.M. (2013), is a Canadian lawyer and a former Deputy Counsel at the Secretariat of the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce in Paris, France. She is currently a legal advisor to the Jerusalem Arbitration Center.

Règlement d'arbitrage de la CCI de 2012 – Pratiques améliorées et nouvelles dispositions

Tamar Meshel[1]

Les nouveaux et fort attendus Règlements d'arbitrage et d'ADR de la CCI (les « Règlements ») sont entrés en vigueur le 1er janvier 2012. Considérée comme un chef de file parmi les institutions d'arbitrage international, la Chambre de commerce internationale (la « CCI ») a procédé à de nombreuses consultations auprès d'entreprises, d'avocats, d'arbitres et d'experts en la matière lors de la préparation des Règlements. En conséquence, plusieurs nouvelles dispositions ont été ajoutées afin de respecter les récents développements dans la pratique de l'arbitrage international et les besoins toujours croissants du monde des affaires. De plus, certaines pratiques de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (la « Cour »), lesquelles ne faisaient pas partie du Règlement de 1998, ont été codifiées afin d'accroître la transparence et la clarté des procédures d'arbitrage de la CCI.

Les modifications apportées aux Règlements concernent trois objectifs principaux : moderniser le processus d'arbitrage, clarifier les pratiques existantes et en améliorer l'efficacité. Le présent article examine la portée et le sens des modifications les plus importantes apportées au Règlement d'arbitrage (le « Règlement »).

1.Modernisation

Bon nombre de nouvelles dispositions du Règlement ont été élaborées pour répondre aux besoins modernes du monde économique, y compris le besoin grandissant en matière de mesures conservatoires et provisoires urgentes au début d'un arbitrage international et l'augmentation du nombre de cas mettant en cause une pluralité de parties. En outre, il n'est plus fait référence aux moyens de communication par télex et télégramme; ils ont été remplacés par le courrier électronique. Le langage utilisé dans le Règlement est désormais non discriminatoire.

a. Arbitre d'urgence (Article 29 et Appendice V)
Les dispositions relatives au nouvel arbitre d'urgence ont pour but de permettre aux parties d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires urgentes, qui ne peuvent pas attendre la constitution d'un tribunal arbitral, et de remplacer le référé pré-arbitral sur la base d'un accord écrit des parties en vertu du Règlement de 1998.

Portée : Les dispositions relatives à l'arbitre d'urgence s'appliquent aux parties qui sont signataires ou successeurs de signataires d'une convention d'arbitrage de la CCI conclue après le 1er janvier 2012, à moins que les parties conviennent de les exclure expressément de leur demande ou conviennent d'une autre procédure pré-arbitrale prévoyant l'octroi de mesures conservatoires ou provisoires.

Procédure : Une requête aux fins de mesures conservatoires ou provisoires doit être présentée au Secrétariat de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce international (le « Secrétariat »), accompagnée d'un montant de 40 000 $ US à titre de frais. Cette requête peut être présentée avant qu'une demande d'arbitrage ne soit soumise, à la condition que cette dernière soit soumise dans les dix jours; accompagnée d'une demande d'arbitrage; ou après qu'une demande d'arbitrage ait été soumise, du moment que le dossier n'a pas encore été remis au tribunal arbitral.

Si et dans la mesure où le Président de la Cour décide d'accepter la requête, celui ou celle-ci doit nommer l'arbitre d'urgence, normalement dans un délai de deux jours. L'arbitre d'urgence doit alors établir le calendrier de la procédure normalement dans un délai de deux jours et doit rendre sa décision sous forme d'ordonnance dans un délai de quinze jours.

Résultat : Le tribunal arbitral n'est pas lié

par cette ordonnance; il peut la modifier, y mettre fin ou l'annuler. Cette ordonnance n'est pas examinée par la Cour; l'arbitre d'urgence envoie l'ordonnance directement aux parties. L'arbitre d'urgence ne peut agir en qualité d'arbitre sur les mêmes procédures ultérieurement.

b. Frais couvrant les arbitrages multipartites (Article 36(4))
Comme il est mentionné ci-dessous, lorsqu'une partie a été invitée à se joindre à un arbitrage, conformément à l'Article 7 ou, lorsqu'il existe des réclamations entre des parties multiples conformément à l'Article 8, « *la Cour fixe une ou plusieurs provisions et décide à quelle partie le paiement en incombe ou dans quelle proportion ce paiement est partagé entre elles* ». Bien que la règle de base indique qu'il incombe aux demandeurs et aux défendeurs de payer l'avance sur la provision pour frais fixée par la Cour sur une base de moitié-moitié, cette disposition permet à la Cour d'imputer un tel paiement différemment, selon ce qu'elle considère comme approprié dans les circonstances.

2. Précision des pratiques existantes

Bon nombre des nouvelles dispositions indiquées dans le Règlement ne présentent pas de concepts novateurs, mais visent plutôt à clarifier et à renforcer certaines pratiques bien établies de la Cour, qui ont évolué au fil des ans.

a. Intervention (Article 7)
Portée : Un demandeur et un défendeur peuvent chacun demander de faire intervenir des tiers à un arbitrage existant.

Procédure : Bien que l'intervention de tiers à un arbitrage était possible en vertu du Règlement de 1998, il n'est désormais plus nécessaire d'obtenir l'autorisation de la Cour pour demander de faire intervenir un tiers. La partie qui demande l'intervention doit soumettre une demande d'arbitrage contre le tiers, laquelle indique les éléments du litige avec le tiers, et verser un montant de 3 000 $ US, couvrant les frais d'enregistrement. Aucune intervention ne peut avoir lieu après la confirmation ou la nomination d'un arbitre, à moins que toutes les parties et la partie intervenante en aient convenues autrement.

Résultat : La partie intervenante a les mêmes droits et obligations que les autres parties, y compris de soumettre une réponse, de soulever des objections en matière de compétence, de nommer un arbitre, de déposer des réclamations, de demander de faire intervenir des tiers; de même, elle doit donner son consentement à toute modification à la convention d'arbitrage.

b. Arbitrages multipartites (Article 8)
Portée : Bien que l'arbitrage multipartite existait en vertu du Règlement de 1998, le nouveau Règlement prévoit explicitement que toute partie à un arbitrage puisse former des demandes contre toute autre partie à l'arbitrage. Celles-ci comprennent des réclamations, des demandes reconventionnelles, des demandes entre défendeurs et des demandes déposées par une partie intervenante.

Procédure : Comme antérieurement, les nouvelles demandes doivent être formées avant la signature de l'acte de mission ou de son approbation par la Cour, sauf autorisation du tribunal arbitral.

Résultat : Les demandes entre parties multiples sont permises, sous réserve de toute objection en matière de compétence soulevée par la partie contre qui les demandes sont formées en vertu de l'article 6(4)(i). L'introduction de demandes entre parties multiples peut entraîner une répartition différente de l'avance de la provision sur frais, tel que la Cour en décide.

c. Arbitrages multi-contrats
Portée : Le Règlement permet explicitement des demandes qui découlent de plus d'un contrat dans le cadre d'un arbitrage unique (Article 9).

Procédure : Lorsque des demandes sont formées en vertu de plus d'un contrat, celles-ci sont soumises aux articles 6(3) et 6(4). Le principe à appliquer consiste à savoir si toutes les parties conviennent que ces demandes soient soumises à un arbitrage unique.

Résultat : Si cette question est présentée à la Cour, conformément à l'article 6(3), « *l'arbitrage aura lieu relativement aux demandes pour lesquelles*, prima facie, *la Cour estime possible (a) que les conventions d'arbitrage en application desquelles elles sont formées sont compatibles, et (b) que toutes les parties à l'arbitrage sont convenues de les faire trancher dans un arbitrage unique* » (Article 6(4)(ii).

d. Jonction (Article 10)
Portée : Comme antérieurement, la Cour peut joindre deux arbitrages pendants de la CCI ou plus dans une procédure unique, à la demande d'une ou de plusieurs parties.

Procédure : La Cour peut joindre deux arbitrages pendants ou plus : (1) si les parties ont convenu de la jonction; ou (2) si toutes les demandes formées dans ces arbitrages l'ont été en application de la même convention d'arbitrage; ou (3) si, lorsque les demandes ont été formées en application de plusieurs conventions d'arbitrage, les arbitrages intéressent les mêmes parties et portent sur des différends découlant du même rapport juridique et la Cour considère que les conventions d'arbitrage sont compatibles.

Comme antérieurement, en se prononçant sur une demande de jonction, la Cour peut tenir compte de toutes circonstances qu'elle estime pertinentes, y compris le fait qu'un ou plusieurs arbitres ont déjà été confirmés ou nommés dans plusieurs arbitrages et, le cas échéant, que les personnes confirmées ou nommées sont ou non les mêmes, de l'étape de la procédure, et que l'acte de mission a été établi.

Résultat : Lorsque les arbitrages sont joints, ils le sont dans l'arbitrage qui a été introduit en premier, à moins que toutes les parties n'en conviennent autrement. En conséquence, les avances de la provision sur frais fixées par la Cour peuvent être ajustées. La jonction est une décision administrative finale qui ne peut être annulée par le tribunal arbitral.

e. Impartialité
En vertu du nouveau Règlement, tout arbitre pressenti doit faire connaître

« *les circonstances qui pourrait faire naître des doutes raisonnables quant à son impartialité* » dans sa déclaration d'acceptation, de disponibilité, d'**impartialité** et d'indépendance. Cette déclaration doit être remplie par tout arbitre avant sa nomination ou sa confirmation, et même pendant l'arbitrage (Article 11). En outre, l'absence d'impartialité a été ajoutée expressément à titre de motif de récusation d'un arbitre (Article 14).

f. Portée et exclusivité (Article 1(2))
Le nouveau Règlement ne mentionne plus les différends « *d'entreprise* », et, de ce fait, il élargit la portée de son application aux différends découlant de traités de protection des investissements et d'accords de libre-échange. En outre, le Règlement mentionne expressément les arbitrages concernant des États ou des entités étatiques dans la nouvelle disposition relative à la nomination (Article 13(4), tel qu'il est mentionné plus en détails ci-dessous.

En outre, selon le Règlement, il est stipulé que « *la Cour est le seul organisme autorisé à administrer les arbitrages soumis au Règlement, et notamment à examiner et approuver les sentences rendues conformément au Règlement* », afin d'empêcher le recours audit Règlement par d'autres institutions d'arbitrage ou par des parties dans des arbitrages ad hoc.

3. Efficacité

Diverses dispositions du Règlement ont été modifiées ou ajoutées afin d'améliorer l'efficacité en termes de délais et de coûts des procédures d'arbitrage en réponse aux préoccupations croissantes des utilisateurs concernant ces aspects de l'arbitrage.

a. Gestion des délais et des coûts
Le nouveau Règlement a introduit plusieurs nouveaux éléments visant à améliorer la gestion des délais et des frais par les arbitres et les parties.

- Le tribunal arbitral et les parties sont tenus de faire « *tous leurs efforts pour conduire la procédure d'arbitrage avec célérité et efficacité en termes de coût, eu égard à la complexité et à l'enjeu du litige* » (Article 22(1));
- Une conférence sur la gestion de la procédure doit être tenue afin d'assurer que le tribunal arbitral et les parties instruisent la cause dans les plus brefs délais (Article 24);
- « *Dès que possible après la dernière audience relative aux questions à résoudre dans une sentence, ou la présentation des dernières écritures autorisées concernant ces questions* », le tribunal arbitral est tenu de prononcer la clôture des débats relativement aux questions à trancher et d'informer le Secrétariat et les parties de la date à laquelle il entend soumettre son projet de sentence à la Cour pour approbation (Article 27);
- Lorsqu'il se prononce sur des frais, le tribunal arbitral peut tenir compte dans quelle mesure chacune des parties a conduit l'arbitrage avec célérité et efficacité en termes de coûts. (Article 37(5));
- Lors de la fixation des honoraires de l'arbitre, la Cour prend en considération la diligence et l'efficacité de l'arbitre, le temps passé, la rapidité de la procédure et la complexité du litige et le respect du délai imparti pour soumettre le projet de sentence (Appendice III, article 2(2));
- Dans le Règlement, un tout nouvel appendice traitant des techniques de gestion de la procédure a été introduit (Appendice IV).

b. Objections en matière de compétence (Article 6(3))

Portée : Il est évident que dans un petit nombre de cas, la Cour rend une décision « négative » sur la compétence et rejette la cause qui lui a été soumise (par exemple, en 2010, sur les 228 causes ayant fait l'objet d'objections en matière de compétence, la Cour a rendu une décision « négative » dans seulement 20 causes, et une décision « partiellement négative » en ce qui a trait à certaines parties ou demandes dans 12 causes).

De telles décisions « négatives » peuvent résulter du fait qu'il n'y a aucune convention d'arbitrage établie entre les parties, aucune référence à la CCI dans la convention d'arbitrage ou, le plus souvent, que des contrats multiples sont incompatibles ou ne peuvent être soumis à un arbitrage unique, ou que des non-signataires de la convention d'arbitrage n'ont pas participé à la négociation ou à l'exécution du contrat.

Procédure : En vertu du nouveau Règlement, les décisions relatives aux objections en matière de compétence sont prises par le tribunal arbitral « *à moins que le Secrétaire général ne soumette la cause à la Cour* », dans certaines circonstances comme celles mentionnées ci-dessus.

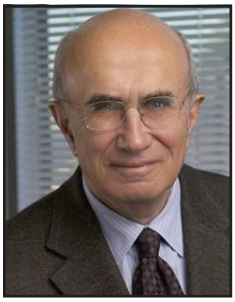
Résultat : Grâce aux nouvelles fonctions de « contrôle » du Secrétaire général, moins de causes seront soumises à la Cour en vue d'une décision sur la compétence et les décisions seront prises directement par le tribunal arbitral, ce qui accroît l'efficacité de la procédure et accélère la constitution du tribunal arbitral.

c. Nomination directe des arbitres par la Cour (Article 13(4))

Afin d'améliorer l'efficacité et la rapidité de la constitution du tribunal arbitral, selon le Règlement, la Cour a le pouvoir de nommer directement toute personne qu'elle juge compétente pour agir en qualité d'arbitre dans certains cas mettant en cause des États ou des entités étatiques, des parties d'un pays ou territoire où il n'y a pas de comité national ou groupe, et qu'il existe des circonstances où une nomination directe est nécessaire et appropriée.

Il convient de souligner que malgré le fait que le Règlement a certainement introduit certaines innovations et améliorations visant à moderniser le processus d'arbitrage, à clarifier les pratiques existantes et à améliorer l'efficacité, les utilisateurs d'arbitrage peuvent être assurés que les caractéristiques fondamentales et reconnues de la CCI ont été préservées pour garantir la même haute qualité des procédures d'arbitrage et des sentences arbitrales.

1 Tamar Meshel, LL.M. (2013), est une avocate canadienne et ancien Conseiller adjoint, secrétariat de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, à Paris, France. Elle est présentement une conseillère juridique pour le Jerusalem Arbitration Center.



On Being a Commercial Arbitrator: Lessons Learned

A revised version of a talk given at ASAP Reporting Services lecture series on February 22, 2012, in Toronto

Earl Cherniak

We all know why commercial parties choose to arbitrate – efficiency, confidentiality, party control over the process, ability to have a say in the make-up of the tribunal, finality and ease of international enforcement.

But commercial arbitration both international and domestic is under attack, as being too slow, too much like litigation, and too expensive. An excellent paper, and some suggested solutions, was given by Stephen Morrison on June 29, 2011 in the Arbitrator of the Month series at ASAP, and the ABA Section on Dispute Resolution is addressing the issue.[1]

U.S. in-house counsel very often opt for a jury trial in commercial cases, since juries don't "split the baby", the result is known on the last day of the trial and there are appeal rights. A senior in-house counsel recently asked me to comment on a list of prospective arbitrators. A key question was "will he or she tend to split the baby?" A yes answer would be fatal to the appointment.

I hope in this paper to provide some insight into how common pitfalls in commercial arbitration might be countered, based on my own lessons learned – sometimes the hard way, which is often the best way.

Here is an example of a hard lesson I learned in my first serious commercial arbitration, in which I was counsel.

It was a very large claim by Denison Mines against Ontario Hydro for significant compensation for the termination of a supply contract for uranium from the Elliott Lake Mine, when the mine had become uneconomical and was going to be shut down. In the first case decided under then new *Arbitration Act* 1991, Denison got a stay of an action by Ontario Hydro for a declaration commenced by Ontario Hydro in the Superior Court[2], and the arbitration proceeded. The parties jointly agreed to appoint the recently retired former Chief Justice Brian Dickson as the chair of the three person panel. Denison considered that the interpretation of the termination provisions of the supply contract would turn on complex GAAP accounting principles which we thought were in our favour. We decided that our appointee should be a senior expert auditor. The problem was that every one of the (then) "big five" firms were either conflicted, or wanted to work for Ontario Hydro or its subsidiaries. None of the possible candidates from those firms were willing to be retained. So we had to go outside of them for an appointee. We found one who was knowledgeable, but completely unknown to the former Chief Justice. Ontario Hydro, on the other hand, appointed a very senior and accomplished corporate lawyer, a name partner in an establishment firm who was very well known to him.

It was a very long hearing, conducted as a full trial with production, discovery and hotly contested factual and expert evidence. Denison lost. I will never know if a different nominee for Denison could have made a difference, but the lesson I learned was that while it is not on to canvass a prospective nominee on the views that he or she might have on the issues to be arbitrated, among the qualities necessary when selecting a party nominee is that he or she be known, at least by reputation, to the chair of the panel, and be a person whose view will, at the very least, be respected and given weight by the chair.

Becoming an arbitrator

There are many things to consider when aspiring to become a commercial arbitrator or mediator, and many routes to the goal. In the 1990s, and even in the early years of the last decade, the domestic field was largely populated by retired judges, who are still an important group. But to be part of that group one has to first be appointed to the bench, and stay long enough to earn the pension, so that full time arbitrating is economically viable. That route is open only to a chosen few.

International commercial arbitrators were for a long time a relatively rare breed in Canada. It helped to be a former ambassador to the United Nations like Yves Fortier, or a senior federal cabinet minister like Marc Lalonde, and it certainly helped to be bilingual like both of them, or tri-lingual like Henri Alvarez. Recently, I saw a request for arbitrators who spoke Greek or Turkish. So if you have another language, exploit it. A recognized speciality in oil and gas litigation or information technology can lead to appointments.

There is a major investment of time and money to become well known in the international scene so as to get appointments from what was, and still is, an old boys (and increasingly girls) club. It can be done, but it is not easy, and it is expensive.

Appraisal Institute of Canada

Institut canadien des évaluateurs

Many younger lawyers gain entry into this group by joining the arbitration group of one of the major firms in Paris, New York City and London, and work their way up.

Being a member of the London Court of International Arbitration (LCIA), International Chamber of Commerce (ICC) Canada, the Chartered Institute of Arbitrators or International Centre for Dispute Resolution (ICDR) are all important for a commercial arbitrator's CV, but none translate into international appointments without significant exposure to the international market.

It is fair to say that few in Canada make their living as international commercial arbitrators, though many get such appointments from time to time.

The third route, the one that many of us follow, is to develop a reputation at the bar or in the profession as knowledgeable and experienced, often senior, and available for and interested in appointments. Much of what this group does is domestic, often North American, commercial arbitration, an area that is expanding, but perhaps not as fast as the number of lawyers seeking to enter the field as commercial arbitrators.

The one thing you cannot do is sit back and wait for the work to come.

So what is the lesson to be learned for most of us in that category? It is this. Don't give up your day job in your firms as counsel in arbitrations, commercial litigation or appeals. Even senior and busy arbitrators who work out of firms keep their hand in counsel work.

A bonus is that what you learn sitting as an arbitrator about what works and what doesn't, in the tactics and arguments of counsel appearing before you, is invaluable in a litigation practice.

Getting an appointment

Don't get too excited by the first (or any) call. In my experience, the ratio between inquiries and retainers is one retainer out of 8 or 10 inquiries. First, you are not the only one called. Second, the call is ordinarily only from one party, and the other side may think you are unqualified. Third, there may be conflicts. Fourth, the supposed arbitration may be going nowhere or may be settled early. Fifth, the timing may not work for you.

Order Your Correspondence Course and Practice 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 for professionals working in the field of commercial arbitration. It is a:

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

$85.00 per copy (plus GST) R125294660

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

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

So take the calls graciously, do the conflict search, but as I said earlier, keep your day job.

When you do get an appointment, whether as a member of a panel or sole arbitrator, consider the question of a deposit for estimated fees and what happens when the parties settle or otherwise cancel the arbitration. Appropriate provisions should be built into the retainer agreement. There is no one size fits all, since what is appropriate depends on the nature and expected length of the hearing. It is very difficult to deal with these issues after the fact. It is often wise to provide that all panel members bill at the same hourly rate.

Conflicts and disclosure

Conflicts are a separate issue. They are unavoidable unless you go solo or are a retired judge, also solo. But for the rest of us, especially those of us in a firm of any size, they are a constant bane.

But there is good news. The conflict issue for a prospective arbitration, still less for a mediation, is not the same as for the firm accepting a file. As an arbitrator or mediator, you are not acting for anyone. The retainer is personal to you, and not the firm. So as long as we personally have not acted for a party, the issue usually comes down to disclosure. On many occasions I have disclosed that one of my partners has acted for this or that party or this or that insurer, but I had no part in the file and know nothing about it. Especially if the file is no longer current, any potential conflicts are more often than not waived. Of course, the disclosure must be made to all parties, not just the party that called.

Nevertheless, conflict issues remain a major problem, exemplified most recently by Yves Fortier leaving Ogilvy Renault and Jack Marshall leaving MacLeod Dixon, after the merger of those two firms into Norton Rose.

The losing party often looks for ways to attack an award, especially where there is no right of appeal. Not infrequently, they search for a potential conflict that was not disclosed, and the jurisprudence is replete with some very unhappy examples. One recent cautionary tale in the UK involved a barrister arbitrator who was counsel on a completely unrelated matter for the solicitors representing one of the parties to the arbitration (but not involving the same partner), but did not disclose it to the other party. The attack failed, but it was a close run thing, and highly embarrassing. [3]

The other good news is that conflicts are an issue for all of us in firms, so one person's conflict is another person's opportunity.

One of the best appointments I ever had as arbitrator was in the Western Oil Sands matter, a huge arbitration involving over $1 billion, arising out of cost and time overruns on a new oil sands development in the Fort McMurray area. Well into the preliminary issues, after several important motions had been heard, one party discovered a potential conflict that the chair had failed to disclose. He was disqualified, and I was chosen to replace him. Two of the motions that the panel had heard had been decided on a two to one basis, so they had to be reheard, and the decision was different in at least one of them. The first chair's failure to disclose created my opportunity, but it was certainly a lesson learned.

The initial phase

It is trite that there is only one chance to make a first impression. That is as true in arbitration as anywhere. The first conference is an opportunity to establish control over the arbitration, which should never be missed. It is wise to send out, in advance of the first conference, a detailed agenda of matters to be discussed. It can be very useful to have client representatives or in-house counsel at that meeting.

Two issues are key. Arbitration clauses are often woefully inadequate. So the opportunity must not be missed to at least try to redirect the parties to agree to a set of rules, modified as they wish, as close to the norm in international arbitrations as possible, that will lead to an efficient process with minimal production and discovery[4]. Harvey Kirsh calls this "Muscular Arbitration"[5]. At the very least, the arbitrator or panel should try to persuade the parties to a time limited discovery plan, and a document production regime whereby each party produces what it considers its relevant documents, and those called for by the other side. This can be a challenge when parties come from jurisdictions with different legal traditions.[6]

There are, nonetheless, some parties, primarily in domestic arbitrations, who want to have a private trial. While we as arbitrators have an obligation to do our best to dissuade them from it, and ensure they understand the consequences, we ought not to lose sight of the fact that there is party autonomy, that our jurisdiction stems from the agreement to arbitrate, and that we make our living as arbitrators. Conducting a private trial is not the worst thing, economically speaking, that can happen to a commercial arbitrator. But even in such a case, e-discovery especially must be managed efficiently.

The second, and the single most important thing, to be addressed early in the preliminary stage, and certainly raised in the first meeting, is the arbitration schedule. One of the principal reasons that parties choose arbitration is to obtain an early resolution. So it is very important that the arbitrator have time available in the next 6, 8 or 10 months to accommodate a hearing. The schedule should start with the dates to be fixed for the hearing, far enough in advance that it is achievable, and reserving enough days to be able to complete the hearing within the allotted time, with an agreement that the hearing will indeed be completed in that time, using sworn witness statements or evidence-in-chief and the time at the hearing appropriately divided to ensure that happens. The schedule for everything else is worked back from the hearing date. Not all of this can be accomplished in every case, or early in the case. But the attempt will establish the arbitrator's authority and control and help set the tone for everything that follows. There is no reason whatever that even a complex commercial arbitration cannot be completed in under one year, start to finish, if the parties cooperate. If that does not happen, an arbitrator should make sure that the responsibility lies with the parties, not the arbitrator.

One of the great advantages that a commercial arbitrator has over a judge in litigation is that he or she is the case manager as well as the arbiter, a fact that acts as a wonderful discipline on counsel appearing. Rare is the counsel who wants to appear unreasonable before the ultimate judge of his or her client's case.

One horror story for me was an oppression fight where a fixed time was not set for the hearing. Both sides ran out of money to pay their lawyers, but not out of hatred for each other. I had to complete the arbitration with both parties self represented. It was not pretty, and I won't let that happen again.

There are three excellent reference papers that should be on every commercial arbitrator's desk. One is the *College of Commercial Arbitrations Guide to Best Practices in Commercial Arbitration*. The second is the New York State Bar Association *Guidelines for the Arbitrator's Conduct of the Pre-hearing Phase of Domestic and International Commercial Arbitrations*. The third is the *Guidelines in Early Disposition of Issues in Arbitration*, issued by the International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR) in 2011. Most institutions have a guide or roadmap on how to run an efficient arbitration. A good textbook is invaluable. For Canadians, J. Brian Casey's *Arbitration Law in Canada: Practice and Procedure*, 2nd ed., 2011, JurisNet is a good choice.

Interim orders – speed and fairness

There are a myriad of interlocutory type motions that can arise in any but the most simple of commercial arbitrations – jurisdiction over some or all of the claims, an early legal interpretation that could affect the future course of the arbitration, and production or discovery disputes. Two important lessons here. The arbitrator or panel should hear those motions as soon as possible, and get the reasons out in a timely way, so the arbitrator or panel is not the cause of schedule creep. Often, the parties will agree that the chair of the panel hear and decide all procedural interlocutory motions, which should be heard and decided in a summary fashion. Second, we must never forget the duty of fairness that permeates commercial arbitration, explicit in UNICTRAL arbitrations and implicit in all others.

In the Western Oil Sands arbitration described earlier, a key motion involved third party production and discovery from the insurance broker who placed the "non traditional" policy of insurance for cost overruns and delay, between Western and the consortium of European and Lloyds insurer respondents, and for one of the other coventurers, also not a party. The negotiation of the insurance policy was done almost exclusively on behalf of Western by its broker with the representatives of the several insurers or syndicates. Those negotiations were a key issue in the arbitration, since the insurers pleaded misrepresentation and non-disclosure, voiding the policy. Without third party discovery of that broker, the insurers would have been at a significant disadvantage at the hearing, since they would have had no real production and discovery from Western, which took virtually no part itself in the negotiations towards the policy. Using a combination of analogy to the Alberta rules and the UNICTRAL rules applicable to the arbitration, the panel decided that third party discovery should be allowed, as a matter of fairness in the circumstances. The broker sought judicial review by the Alberta Queen's Bench, which reversed our decision, on the basis that there was no jurisdiction to order third party discovery. A further appeal to the Alberta Court of Appeal unanimously restored it, using a fairness analysis as to the meaning of Article 27 of the UNICTRAL Rules[7]. Leave to appeal to the Supreme Court of Canada was denied, notwithstanding several affidavits filed on the leave to appeal application claiming that the whole sub-strata of international commercial arbitration would collapse if the Supreme Court did not review and reverse the decision. It didn't, and international commercial arbitration somehow continued on without missing a step, as did the arbitration, which settled after many weeks of hearing.

Dissenting reasons

There is much literature on the subject. Particularly in international commercial arbitration, including UNICTRAL arbitration, where the rights of appeal are limited or non-existent, dissents are and should be rare, and if delivered at all, should be short.

I am less convinced that the same is true for domestic commercial arbitrations in Canada, where there generally is a right of appeal, a right which is increasingly widely interpreted by the courts, especially in British Columbia, and to a lesser extent Ontario, both jurisdictions where appeals of arbitration awards are common.

I have been involved in several cases where there have been dissents, including one memorable one where the two party appointees (of which I was one) agreed, and the chair dissented.

In one Ontario case in which I was a party appointee, the other party appointee, shortly after argument, came up with draft reasons well before the chair had prepared a draft, and the chair was inclined to adopt them. I disagreed with the result, the reasoning and the process, and dissented at some length. The matter was settled before the appeal was heard.

So while the rule is that the panel should strive to agree, and do so in a consultative process, the answer really is "it depends".

Reasons

I find writing reasons one of the most challenging and enjoyable parts of the arbitration process. I like to write. When I was a junior lawyer I did quite a lot of it, as well as doing my own research. But that changed, and for the last many years as counsel I have spent much more time reviewing and redrafting the work of others. As an arbitrator, I do the writing myself, and I generally leave the research to the parties, since I think it is bad form to refer in the reasons to authorities that the parties have not mentioned (though I have occasionally done so on an issue that was argued), and it is very bad form to decide the case on an issue that was not raised or argued[8]. Absent authorization by the parties, I don't think it is proper to use firm resources to conduct independent research.

I keep a brief of the leading and most recent contractual interpretation cases, updated regularly, and have a good contract law text book handy.

Especially where there is a right of appeal, cogent reasons are important, and not just because one does not want to be reversed on the basis that the reasons were unintelligible or otherwise defective. (Being reversed is one thing, but being described by the courts as incompetent is not good for one's marketing program.)

Parties are entitled to know why they won or lost. They are also entitled to have the reasons in a timely way, in my view 60 days from the conclusion of the hearing at the outside. Long reserves are not on, and bad for one's reputation. In an arbitration where there is no appeal, I have sometimes asked parties if they want a summary disposition with limited reasons, which would be less costly. I have yet to be taken up on the offer.

Writing good reasons is hard work, time consuming and therefore expensive. In my case, I go through many drafts. Since I became an arbitrator and started writing reasons, I have formed a new respect for those judges who take the time to write good reasons.

One party is going to lose and not like it, so unless you have a clear guarantee of payment from counsel, it is wise to ensure that you have a sufficient deposit to cover the estimated cost of writing the reasons, not always easy to estimate in advance.

When the decision is by a panel, rather than a single arbitrator, it is invariably the chair who does the initial drafting, but in my experience there is extensive input from the other panel members. The end product is better for the input and the consultation, but it is definitely more expensive.

Conclusion

Becoming a commercial arbitrator is hard enough. Becoming a good commercial arbitrator is truly hard work, accomplished by trial and error, and often accompanied by bitter experience. We can always improve. As Somerset Maugham once said, "only a mediocre person is always at his best". But the lessons learned through experience are never forgotten. And it is a very rewarding and satisfying line of work.

Earl A. Cherniak, Q.C., LL.B, FCI.Arb is a Senior Partner at Lerners LLP. Mr. Cherniak's practice is restricted to trial and appellate work, arbitrations and mediations. Memberships include the London Court of International Arbitration, the ADR Institute of Canada, the Chartered Institute of Arbitrators, the International Centre for Dispute Resolution (ICDR-international division of the American Arbitration Association), and the Toronto Commercial Arbitration Society (Chair). He is listed as an expert in commercial arbitration and dispute resolution in The Legal Media Group Guide to the World's Leading Experts in Commercial Arbitration *and the Practical Law "Which Lawyer" year book.*

1 The arbitration committee of the ABA Section of Dispute Resolution, through Edna Sussman and John Wilkinson, is in the process of completing a well documented brochure entitled "*Benefits of Arbitration for Commercial Disputes*" that deals with and meets these criticisms, to demonstrate that arbitration has many advantages over litigation in the courts.
2 *Ontario Hydro v. Denison Mines Ltd.*, [1992] O.J. No. 2948 (Gen. Div.)
3 *A v. B and X* [2011] EWHC 2345 (comm.), Flaux, J.
4 William G. Horton, *"Discovery" in International Arbitration*, Canadian Arbitration and Mediation Journal v. 20 No. 1, Spring 2011, p.26
5 Harvey J. Kirsh, "Muscular Arbitration", *JAMS Global Construction Solutions* newsletter (Winter 2012 issue) at p. 1. And the AAA is offering a six part Webinar in March 2012 on "Muscular Arbitration".
6 See J.L. McDougall "*Trends in International Arbitration*", April 2007 Law Society of Upper Canada, Advanced Commercial Arbitration.
7 *Jardine Lloyd Thompson Canada Inc. v. Western Oil Sands Inc.*, 2005 ABQB 509, rev'd *sub nom. Jardine Lloyd Thompson Canada Inc. v. SJO Catlin*, 2006 ABCA 18, leave to appeal ref'd, [2006] S.C.C.A. No. 87
8 For an interesting recent case where this occurred, see *1210558 Ontario Inc. et al. v. 1464255 Ontario Limited et al*. [2011] OnSC 5810 per Wilton-Siegel, J.

Être un arbitre en matière commerciale : les leçons tirées de mon expérience

le texte révisé d'une allocution prononcée le 22 février 2012, à Toronto, dans le cadre d'un cycle de conférences du ASAP Reporting Services

Earl Cherniak

Nous connaissons tous les raisons pour lesquelles les parties du secteur commercial choisissent l'arbitrage - l'efficacité, la confidentialité, le contrôle du processus par les parties, la capacité d'avoir son mot à dire dans la composition du tribunal, le caractère définitif de la décision et la simplification de l'exécution internationale.

Toutefois, l'arbitrage commercial tant national qu'international est remis en question, aux motifs qu'il est trop lent, qu'il ressemble trop au litige classique et qu'il coûte trop cher. Le 29 juin 2011, dans le cadre des conférences *Arbitrator of the Month* du ASAP, Stephen Morrison a fait une excellente communication et a proposé des solutions, et la section du règlement des différends du ABA se penche sur la question[1].

Aux États-Unis, les juristes d'entreprise choisissent souvent un procès devant jury pour les dossiers commerciaux, étant donné que les jurys « ne coupent pas la poire en deux », le résultat est connu le dernier jour du procès et qu'il existe des droits d'appel. Dernièrement, un avocat principal en entreprise m'a demandé de commenter une liste de candidats-arbitres. Une question importante était de savoir s'ils se montreraient enclins à couper la poire en deux. Une réponse affirmative aurait été fatale pour la nomination.

Dans cet article, je souhaite donner un aperçu de la façon de contrer les pièges-types de l'arbitrage commercial, selon mes propres leçons tirées - quelquefois à la dure, ce qui est souvent la meilleure façon.

Voici un exemple d'une dure leçon que j'ai apprise au cours de mon premier arbitrage commercial important, où j'agissais à titre d'avocat.

C'était une très importante réclamation de

Denison Mines contre Ontario Hydro en vue d'une importante indemnisation en raison de la résiliation d'un contrat d'approvisionnement en uranium de la mine d'Elliott Lake, lorsque la mine est devenue non rentable et devait être fermée. Dans le premier dossier décidé en vertu de la nouvelle *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, Denison a obtenu une suspension de l'instance intentée par Ontario Hydro en Cour supérieure[2], et on a procédé à l'arbitrage. Les parties ont convenu ensemble de nommer Brian Dickson, ancien juge en chef récemment à la retraite, président du tribunal constitué de trois membres. Denison estimait que l'interprétation des clauses de résiliation du contrat d'approvisionnement reposerait sur des PCGR complexes que nous estimions en notre faveur. Nous avons décidé de nommer un arbitre qui serait un expert comptable chevronné. Le problème résidait en ce que chacune des « Cinq Grandes » sociétés de l'époque était en conflit d'intérêts ou désirait travailler pour Ontario Hydro ou ses filiales. Aucun des candidats de ces sociétés ne voulait accepter la nomination. Par conséquent, nous avons dû chercher ailleurs. Nous avons trouvé un arbitre compétent, mais qui n'était pas du tout connu de l'ancien juge en chef. En revanche, Ontario Hydro a nommé un avocat en droit des sociétés très accompli et très chevronné, associé d'un cabinet dont le nom comprenait le nom de l'avocat et dont la réputation en faisait une institution, et qui était très bien connu du juge en chef.

L'arbitrage fut très long, mené comme un véritable procès, y compris la production de documents, les interrogatoires préalables et une preuve de faits et d'experts hautement contestée. Denison a perdu. Je ne saurai jamais si un arbitre différent nommé par Denison aurait changé le résultat. Toutefois, j'en ai tiré une leçon. Ce n'est pas sur l'examen des points de vue d'un candidat sur les questions dont il pourra avoir à décider en arbitrage, mais c'est que, parmi les qualités requises de l'arbitre nommé par une partie, il doit être connu, au moins de réputation, par le président du tribunal, et il doit être quelqu'un dont l'opinion sera à tout le moins respectée et considérée par le président.

Devenir un arbitre

Il faut tenir compte de plusieurs éléments lorsqu'on désire devenir un arbitre ou un médiateur en matière commerciale, et plusieurs chemins mènent à ce but. Au cours des années 90, et même des premières années de la dernière décennie, à l'échelle nationale, les arbitres étaient surtout des juges à la retraite et ils forment toujours un groupe important. Toutefois, pour faire partie de ce groupe, l'on devait en premier lieu être nommé juge, et être en fonction assez longtemps pour avoir droit à une pension, afin d'assurer la viabilité économique de l'arbitrage à temps plein. Uniquement quelques rares élus peuvent suivre ce chemin.

Pendant longtemps, les arbitres internationaux en matière commerciale étaient une espèce relativement rare au Canada. Le fait d'être un ancien ambassadeur aux Nations Unies a servi Yves Fortier, d'être un ministre de premier plan du gouvernement fédéral a servi Marc Lalonde, et d'être bilingue les a assurément servis tous deux, tout comme d'être trilingue a servi Henri Alvarez. Dernièrement, j'ai vu une demande d'arbitres qui maîtrisent la langue grecque ou turque. Par conséquent, si vous maîtrisez une autre langue, exploitez cette qualité. Une spécialisation agréée en litige lié au secteur pétrolier et au secteur gazier ou en technologies de l'information peut mener à des nominations.

Il faut un investissement important en temps et en argent pour acquérir une réputation sur la scène internationale en vue d'obtenir des nominations de ce qui était, et est toujours, un club des anciens et, de plus en plus, des anciennes. C'est possible, toutefois ce n'est pas facile, et il y a des coûts importants y associés.

Bon nombre d'avocats plus jeunes accèdent à ce groupe en joignant la section d'arbitrage de l'un des importants cabinets de Paris, de Londres ou de la ville de New York, et en gravissant les échelons.

Être un membre de la *London Court of International Arbitration (LCIA)* [CAIL], de la *International Chamber of Commerce (ICC)* [CCI Canada], du *Chartered Institute of Arbitrators* ou du *International Centre for Dispute Resolution (ICDR)* sont toutes des mentions importantes sur le C.V. d'un arbitre en matière commerciale. Toutefois aucune n'assure une nomination à l'international si l'on ne s'est pas fait connaître de façon importante sur le marché international.

II est juste d'affirmer que peu au Canada peuvent vivre de leur travail d'arbitres internationaux en matière commerciale, bien que bon nombre obtiennent de telles nominations de temps à autre.

La troisième voie, que bon nombre d'entre nous suivons, consiste à établir auprès du Barreau ou au sein de la profession la réputation d'être compétent et chevronné, souvent l'avocat principal, et disponible, et intéressé à être nommé arbitre. La grande partie du travail de ce groupe est l'arbitrage commercial national, souvent en Amérique du Nord, un domaine en essor, toutefois pas suffisamment pour accueillir le nombre croissant d'avocats qui cherchent à devenir des arbitres en matière commerciale.

Ce qu'il faut absolument éviter de faire, c'est rester les bras croisés et attendre que le travail vienne à vous.

Ainsi, quelle leçon la plupart d'entre nous dans cette catégorie pouvons-nous retenir ? La voici. N'abandonnez pas votre travail au sein de cabinets à titre d'avocat en arbitrage, en litige commercial ou en appel. Même les arbitres qui sont chevronnés et très occupés ne délaissent pas tout à fait le travail d'avocat.

Lors de votre travail à titre d'arbitre, vous apprenez en prime ce qui fonctionne et ce qui ne fonctionne pas parmi les tactiques et les arguments que les avocats vous présentent, ce qui est précieux pour un avocat en litige.

Être nommé arbitre

Ne vous laissez pas impressionner par le premier appel ou par tout appel. Selon mon expérience, j'obtiens un mandat à la suite de 8 ou 10 demandes de renseignements. Premièrement, vous n'êtes pas le seul que l'on appelle. Deuxièmement, d'habitude, l'appel est de la part d'une seule partie, et

l'autre partie peut estimer que vous n'avez pas les qualités requises. Troisièmement, il peut y avoir des conflits d'intérêts. Quatrièmement, l'arbitrage proposé peut ne pas avoir lieu ou être réglé rapidement. Cinquièmement, le moment choisi peut ne pas vous convenir.

En conséquence, répondez avec grâce, effectuez la vérification à l'égard de conflits d'intérêts; néanmoins, comme je le mentionne plus haut, n'abandonnez pas vos mandats en cours.

Lorsque vous êtes nommé, que ce soit à titre de membre du tribunal d'arbitrage ou d'arbitre unique, étudiez la possibilité d'un dépôt pour le paiement des honoraires et la question de ce qui advient si les parties règlent le différend ou autrement annulent l'arbitrage. Le contrat de service devrait contenir des clauses appropriées. Il n'y a pas de contrat unique valable pour tous les arbitrages, étant donné que la nature et la durée prévue de l'arbitrage ont des répercussions sur ce qui est approprié dans un contrat de service. Il est très difficile de régler ces questions après coup. Souvent, il est sage de prévoir que tous les membres du tribunal d'arbitrage utilisent le même taux horaire.

Conflit d'intérêts et communication

Les conflits d'intérêts constituent une question à part. Ils sont inévitables à moins que vous pratiquez seul ou êtes un juge à la retraite, qui pratique également seul. Toutefois, ils sont un fléau constant pour les autres, surtout ceux qui pratiquent au sein d'un cabinet de quelque envergure.

Toutefois, il y a de bonnes nouvelles. La question de conflit en matière d'un éventuel arbitrage, encore plus d'une médiation, ne se pose pas de la même façon que lorsque le cabinet accepte un dossier. À titre d'arbitre ou de médiateur, vous n'agissez pas pour quelqu'un. Le mandat est propre à vous, et non au cabinet. Par conséquent, dans la mesure où vous n'avez pas agi au nom d'une des parties, la question se résume d'habitude à la communication. À plusieurs reprises, j'ai communiqué le fait qu'un de mes associés avait agi au nom d'une partie ou de l'autre ou d'un assureur, mais que je n'avais pas participé au dossier et que je n'en connaissais rien. Particulièrement lorsque le dossier n'est pas actif, les parties renoncent à invoquer le conflit d'intérêts. La communication doit évidemment être faite à toutes les parties et non seulement à celle qui a appelé.

Néanmoins, les questions de conflit demeurent un problème important, tel que le démontrent les départs récents d'Yves Fortier de Ogilvy Renault et de Jack Marshall de MacLeod Dixon, en raison de la fusion de ces deux cabinets pour former Norton Rose.

La partie perdante cherche souvent des motifs pour contester la sentence arbitrale, surtout lorsqu'il n'existe aucun droit d'appel. Il n'est pas rare qu'elle cherche un possible conflit qui n'a pas été communiqué, et la jurisprudence contient bon nombre de tristes exemples. Récemment au Royaume-Uni, une histoire édifiante concerne un arbitre-avocat plaidant qui a agi dans un dossier tout à fait distinct pour les juristes qui représentaient une des parties à l'arbitrage (le dossier ne concernait pas le même associé) et qui ne l'a pas communiqué à l'autre partie. La contestation a échouée, bien qu'elle fut âprement débattue et la situation très embarrassante[3].

L'autre bonne nouvelle, c'est que les conflits sont une question qui nous concerne tous, nous qui pratiquons au sein de cabinets et par conséquent le conflit de l'un devient l'occasion d'un autre.

Un des meilleurs mandats que j'ai eu à titre d'arbitre était dans l'affaire Western Oil Sands, un énorme arbitrage de plus de 1 milliard de dollars, à la suite de dépassements de coûts et de retards dans l'exécution des travaux liés à un nouveau projet d'exploitation des sables bitumineux de la région de Fort McMurray. Alors que le débat sur les questions préliminaires était bien amorcé et que bon nombre de requêtes importantes avaient été entendues, une partie a découvert un conflit possible que le président n'avait pas communiqué. Il a été récusé et j'ai été choisi pour le remplacer. Les décisions sur deux des requêtes présentées au tribunal n'étaient pas unanimes; par conséquent les requêtes ont été entendues de nouveau et la décision fut différente dans un des cas. Le manquement du premier président à son obligation de communication a créé une occasion pour moi : toutefois, c'est assurément une leçon à retenir.

La phase initiale

C'est un lieu commun que de dire qu'on ne peut faire une première impression qu'une fois. Il en est également ainsi en arbitrage. La première réunion est une occasion de prendre en main l'arbitrage, une occasion qu'il faut toujours saisir. Il est sage d'envoyer au préalable un ordre du jour détaillé des sujets qui seront traités. Il peut être très utile que les représentants des clients ou les juristes d'entreprise soient présents à la réunion.

Deux questions sont essentielles. Les clauses d'arbitrage sont souvent grandement insuffisantes. En conséquence, il ne faut pas manquer l'occasion d'au moins réorienter les parties pour qu'elles conviennent d'un ensemble de règles, modifiées selon leur désir, qui se rapprochent le plus possible de la norme en arbitrage international et qui donneront lieu à un processus efficace avec une production de documents minimale et des interrogatoires préalables au minimum[4]. Harvey Kirsh l'appelle l'« arbitrage musclé[5] ». À tout le moins, l'arbitre ou le tribunal d'arbitrage devrait tenter de convaincre les parties de convenir d'un plan d'interrogatoires préalables dans un délai imparti, et un programme de production de documents selon lequel chaque partie produit ses documents pertinents et ceux demandés par l'autre partie. Cette approche peut présenter un défi lorsque l'environnement juridique des parties est de tradition juridique différente[6].

Néanmoins, il y a des parties, surtout en arbitrage national, qui veulent un procès privé. Bien que nous ayons, à titre d'arbitre, l'obligation de les en dissuader, et d'assurer qu'elles en saisissent les conséquences, nous ne devons pas perdre de vue le fait que l'autonomie des parties existe, que notre juridiction émane de l'entente d'arbitrage, et que notre gagne-pain est l'arbitrage. Sur le plan économique, mener un procès privé n'est pas la pire chose qui puisse arriver à un arbitre en matière com-

merciale. Toutefois, même dans ce scénario, l'interrogatoire préalable par voie électronique en particulier doit être géré efficacement.

La deuxième et la plus importante question à régler tôt à l'étape préliminaire et évidemment, à soulever lors de la première réunion, concerne le calendrier de l'arbitrage. Une des raisons principales qui motive les parties à choisir l'arbitrage est l'obtention d'un règlement rapide. Par conséquent, il est très important que l'arbitre soit disponible au cours des prochains 6, 8 ou 10 mois. Les dates d'audiences devraient être fixées en premier lieu et assez à l'avance pour que ce soit réalisable, et suffisamment de journées devraient être prévues pour être capable de terminer les auditions pendant la durée allouée; les parties doivent convenir que les auditions seront en effet achevées dans ce délai grâce à l'utilisation de déclarations sous serment de témoins ou de la preuve principale et à la répartition appropriée du temps afin d'assurer que l'objectif soit réalisé. Les dates de tout le reste sont établies en revenant en arrière à partir de la date des audiences. Tous ces objectifs ne peuvent être réalisés dans tous les dossiers, ou au début du dossier. Toutefois, cette tentative établira l'autorité et le contrôle de l'arbitre et aidera à donner le ton de tout ce qui suivra. Il n'y a aucune raison pour que la durée d'un arbitrage complexe en matière commerciale ne soit pas inférieure à un an, du début à la fin, à la condition que les parties coopèrent. S'il n'en est pas ainsi, l'arbitre doit s'assurer que la responsabilité en incombe aux parties et non à l'arbitre.

Un des grands avantages d'un arbitre en matière commerciale sur un juge est qu'il est le gestionnaire du dossier ainsi que l'arbitre, ce qui inflige une excellente discipline aux avocats qui comparaissent. Rares sont les avocats qui veulent paraître déraisonnables devant le juge qui décide en dernière instance du dossier de leur client.

Une histoire d'horreur que j'ai vécue concerne un recours en oppression où aucun délai n'était fixé pour les auditions. Les deux parties avaient épuisé leurs ressources financières et ne pouvaient pas payer leurs avocats, sans qu'elles n'aient toutefois épuisé leur haine réciproque. J'ai dû continuer l'arbitrage alors que les parties se représentaient elles-mêmes. Ce fut du joli et je ne permettrai pas que cela se reproduise.

Trois documents de référence devraient se trouver sur le bureau de tous les arbitres en matière commerciale. Le premier est *College of Commercial Arbitrations Guide to Best Practices in Commercial Arbitration.* Le deuxième est *Guidelines for the Arbitrator's Conduct of the Prehearing Phase of Domestic and International Commercial Arbitrations* du Barreau de l'État de New York. Le troisième est *Guidelines in Early Disposition of Issues in Arbitration*, publié par l'International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR) en 2011. Bon nombre d'organismes ont un manuel ou une feuille de route sur la façon de mener un arbitrage efficace. Un bon manuel est inestimable. Au Canada, *Arbitration Law in Canada: Practice and Procedure*, 2e éd., 2011, JurisNet de J. Brian Casey est un bon choix.

Ordonnances provisoires-rapidité et équité

Une myriade de types de requêtes interlocutoires peut survenir dans tout arbitrage commercial, sauf les plus simples : la compétence à l'égard de toutes ou de quelques réclamations, une interprétation juridique au début qui peut avoir des répercussions sur le cours de l'arbitrage, et les différends en matière de production de documents et d'interrogatoires préalables. Il y a deux importantes leçons à retenir ici. L'arbitre ou le tribunal d'arbitrage devrait entendre ces requêtes le plus rapidement possible, et fournir les motifs en temps utile, pour que l'arbitre ou le tribunal d'arbitrage ne soit pas la cause d'une dérive du calendrier. Les parties conviennent souvent que le président du tribunal entend et décide toutes les requêtes interlocutoires liées à la procédure, qui devraient être entendues et décidées de façon sommaire. En second lieu, nous ne devons jamais oublier le devoir d'équité qui imprègne l'arbitrage commercial, de façon explicite dans les arbitrages selon la CNUDCI et de façon implicite dans tous les autres.

Dans l'arbitrage de Western Oil Sands décrit ci-dessus, une requête importante concerne l'interrogatoire préalable de personnes qui ne sont pas parties au litige, les employés du courtier d'assurance qui a mis en place la police d'assurance « non classique » couvrant les dépassements de coûts et les retards dans l'exécution des travaux, entre Western et un consortium d'assureurs européens et Lloyds, et un autre participant qui n'est pas partie au litige. La négociation de la police d'assurance a été menée presqu'exclusivement pour le compte de Western par son courtier avec les représentants de plusieurs assureurs ou syndicats. Ces négociations constituent une question importante de l'arbitrage, étant donné que les assureurs invoquent des déclarations inexactes et le défaut de renseignement, ce qui annulerait la police. Sans les interrogatoires préalables de ce courtier, les assureurs seraient en mauvaise posture lors des audiences, étant donné qu'il n'y aurait aucune véritable production de documents ni d'interrogatoires préalables de Western, qui n'a pratiquement pas participé aux négociations de la police. En utilisant une combinaison d'analogie avec les règles de l'Alberta et les règles de la CNUDCI applicables à l'arbitrage, le tribunal décide que l'interrogatoire de personnes qui ne sont pas parties au litige doit être permis au motif du respect de l'équité dans les circonstances. Le courtier demande une révision judiciaire par la Cour du banc de la Reine de l'Alberta, qui infirme notre décision, au motif qu'il n'y a aucune compétence pour ordonner l'interrogatoire préalable de personnes qui ne sont pas parties au litige. Un autre appel devant la Cour d'appel de l'Alberta le rétablit à l'unanimité, selon une analyse en équité du sens de l'article 27 du règlement de la CNUDCI[7]. La demande de permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada est refusée, nonobstant plusieurs déclarations sous serment déposées avec la demande qui affirment que tout le fondement de l'arbitrage commercial international s'effondrera si la Cour suprême du Canada n'entend et ne renverse la décision. Elle n'entend pas la cause, et l'arbitrage commercial international se continue tant bien que mal sans hésitation, tout comme l'arbitrage, qui est réglé après plusieurs semaines d'audiences.

Motifs de dissidence

La littérature sur le sujet est abondante. En particulier en arbitrage commercial international, y compris l'arbitrage selon la CNUDCI, où les droits d'appel sont restreints ou inexistants, les dissidences sont ou devraient être rares, et, si les motifs sont indiqués, ils devraient être brefs.

J'en suis moins convaincu en ce qui concerne l'arbitrage commercial national au Canada, où il existe en général un droit d'appel, un droit qui reçoit de plus en plus une interprétation large de la part des tribunaux, plus particulièrement en Colombie-Britannique, et à un moindre degré en Ontario, deux provinces où les appels de sentences arbitrales sont courants.

J'ai participé à plusieurs dossiers où il y a eu des dissidences, y compris un dossier mémorable dans lequel les deux arbitres nommés par les parties (dont je faisais partie) étaient d'accord, et le président était dissident.

Dans un dossier de l'Ontario où j'étais un arbitre nommé par une partie, l'autre arbitre nommé par une partie, peu après les plaidoiries, a préparé une ébauche de motifs bien avant que le président n'en prépare, et le président était enclin à les adopter. Je n'étais pas d'accord avec le résultat, le raisonnement et le processus, et j'ai indiqué mes motifs de dissidence de façon détaillée. La question fut réglée avant que l'appel ne soit entendu.

Bien que la règle veut que le tribunal doit tenter de rendre des décisions à l'unanimité, et ce faire selon un processus de consultation, la réponse est vraiment « c'est selon ».

Motifs

J'estime que la rédaction des motifs est une des parties les plus agréables et stimulantes du processus d'arbitrage. J'aime écrire. Lorsque j'étais un avocat débutant, j'en ai fait beaucoup, en plus de faire mes propres recherches. Mais cela a changé, et pour une grande partie des dernières années, comme avocat, j'ai passé plus de temps à réviser et à réécrire le travail des autres. Comme arbitre, je rédige moi-même et, en général, je laisse la recherche aux parties, étant donné que j'estime qu'il est de mauvais goût de citer dans les motifs des autorités que les parties n'ont pas mentionnées (bien que je l'ai fait à l'occasion sur une question qui était plaidée), et il est de très mauvais goût de décider un dossier selon une question qui n'a pas été soulevée ou plaidée[8]. À moins d'en être autorisé par les parties, je n'estime pas qu'il soit correct d'utiliser les ressources du cabinet pour mener une recherche indépendante. Je conserve un résumé des dossiers les plus importants et les plus récents en matière d'interprétation contractuelle, mis à jour périodiquement, et j'ai un bon livre de droit des contrats à portée de la main.

Lorsqu'il y a, en particulier, un droit d'appel, il importe que les motifs soient convaincants, et pas seulement parce que l'on ne veut pas que notre décision soit infirmée en raison de motifs inintelligibles ou autrement défectueux. (Que notre décision soit infirmée est une chose, toutefois que les tribunaux nous jugent incompétents n'est pas un atout à notre réputation.)

Les parties ont le droit de connaître les raisons pour lesquelles elles ont eu gain de cause ou non. Elles ont également le droit de recevoir les motifs de façon opportune, selon moi, dans les 60 jours de la fin des audiences. De longues réserves ne sont pas de mise, et nuisent à notre réputation. Dans des arbitrages où il n'y a pas de droit d'appel, à quelques reprises, j'ai demandé aux parties si elles désiraient une décision rendue sommairement avec des motifs limités, ce qui serait moins coûteux. J'attends toujours que quelqu'un accepte ma proposition.

La rédaction de bons motifs est un travail difficile, long et, de ce fait, coûteux. Dans mon cas, je fais plusieurs révisions. Depuis que je suis arbitre et que j'ai commencé à rédiger les motifs, j'ai acquis un respect nouveau pour les juges qui rédigent de bons motifs.

Il est évident qu'une partie n'aura pas gain de cause et ne sera pas satisfaite. En conséquence, à moins d'avoir une garantie de paiement claire de l'avocat, il est sage de vous assurer que le dépôt versé couvre suffisamment le coût estimé de la rédaction des motifs, ce qui n'est pas toujours facile à prévoir.

Lorsque la décision est rendue par un tribunal d'arbitrage et non un arbitre unique, invariablement, le président rédige la première ébauche; toutefois, selon mon expérience, l'apport des autres membres du tribunal est considérable. Les commentaires et la consultation rendent la version définitive meilleure; toutefois, c'est nettement plus coûteux.

Conclusion

Il est déjà assez difficile de devenir un arbitre en matière commerciale. Devenir un bon arbitre en matière commerciale représente une tâche vraiment ardue, réalisée à la suite de divers tâtonnements, et souvent accompagnée d'une expérience amère. Nous pouvons toujours nous améliorer. Comme Somerset Maugham a dit autrefois, « seuls les médiocres sont toujours à leur maximum ». C'est un travail valorisant et épanouissant.

Earl A.Cherniak, Q.C., LL.B, FCI.Arb est un partenaire principal auprès du cabinet Lerners LLP. M. Cherniak intervient essentiellement dans les procédures de première et deuxième instances et dans les domaines de la médiation et l'arbitrage. Il est membre de la London Court of International Arbitration, de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, du Chartered Institute of Arbitrator, de l'International Centre for Dispute Resolution (division internationale de l'American Arbitration Association) et de la Toronto Commercial Arbitration Society (président). Il est répertorié comme un expert en matière d'arbitrage commercial et de résolution de différends dans The Legal Media Group Guide to the World's Leading Experts in Commercial Arbitration *et le recueil sur le droit pratique « Which Lawyer ».*

1 Le comité sur l'arbitrage de la section du règlement des différends du ABA, grâce à Edna Sussman et à John Wilkinson, s'apprête à mettre le point final sur une brochure solidement documentée intitulée *Benefits of Arbitration for Commercial Disputes* qui traite de ces critiques et y répond, afin de démontrer que l'arbitrage a plusieurs avantages par rapport au procès devant les tribunaux de droit commun.

2 *Ontario Hydro c. Denison Mines Ltd.*, [1992] O.J. No. 2948 (Division générale)

3 *A v. B and X* [2011] EWHC 2345 (comm.), juge Flaux.

4 William G. Horton, « *Discovery » dans International Arbitration*, Le journal d'arbitrage et de médiation canadien, printemps 2011, vol. 20 numéro 1, p.26

5 Harvey J. Kirsh, « Muscular Arbitration », bulletin *JAMS Global Construction Solutions* (numéro Hiver 2012) p. 1. L'AAA présente un webinaire en six parties en mars 2012 sur « Muscular Arbitration ».

6 Voir J.L. McDougall « *Trends in International Arbitration* », avril 2007 Barreau du Haut-Canada, Advanced Commercial Arbitration.

7 *Jardine Lloyd Thompson Canada Inc. c. Western Oil Sands Inc.*, 2005 ABQB 509, infirmé dans *Jardine Lloyd Thompson Canada Inc. c. SJO Catlin*, 2006 ABCA 18, demande de permission d'en appeler refusée, [2006] S.C.C.A. No. 87

8 pour un dossier intéressant récent, voir *1210558 Ontario Inc. et al. c. 1464255 Ontario Limited et al.* [2011] OnSC 5810, juge Wilton-Siegel.

Interim Measures: Do Arbitrators have full authority to rule on such issues?

Authors: Josiane Brault and Daniel Grodinsky

I. Introduction

In recent years, the popularity of arbitration as a method for resolving commercial disputes continues to grow. There are various reasons for which parties may decide to choose arbitration as a dispute resolution mechanism, be it for the simplicity of the process, low costs, confidentiality or the possibility of achieving a rapid resolution of the dispute.[1] However, it is not possible in all cases to completely avoid the intervention of the courts due to certain important limitations inherent to the powers of the arbitral tribunal. These situations can be particularly problematic as regards any interim measures of relief required during the course of the arbitration.

The scope of this article is to look at the debate surrounding the authority and power of arbitrators to order interim measures of protection before or after the arbitral tribunal has been formed, but prior to the issuance of a final award. The question then becomes what may limit an arbitral tribunal from granting interim measures, and at what point does the court's involvement cross the line from intervention to interference with a process chosen specifically to avoid being before the courts? In this article we will seek to identify the circumstances in which interim measures can be obtained from arbitral tribunals, and, to the contrary, where they may best be sought from the courts.

In order to answer that last question, we will begin with an overview of the nature and purpose of the main types of interim measures. We will then turn to the competing approaches on this issue as employed in international conventions and in provincial legislation in Canada. Finally, we will look at the power of arbitrators to order interim measures in Quebec in light of the recent case law.

Authors: Josiane Brault and Daniel Grodinsky, Borden Ladner Gervais

II. The main types of interim measures

Requests for interim measures are at the forefront of the debate over where the court's jurisdiction should stop, leaving way for arbitrators to exercise their full authority as the parties' chosen decision-maker. In 2000, the United Nations Commission on International Trade Law ("**UNCITRAL**") warned that the "the lack of clear guidance to arbitral tribunals as to the scope of interim measures that may be issued and the conditions for their issuance may hinder the effective and efficient functioning of international commercial arbitration."[2] In 2006, in response to an increase in parties requesting interim measures, which are essential components of commercial litigation, UNCITRAL added new provisions on interim measures and preliminary orders to its Model Law on International Commercial Arbitration ("**Model Law**").[3] The revision of article 17 now includes an enforcement and recognition regime for interim measures ordered by an arbitral tribunal.

Interim measures can be referred to under different terms, from "interim or conservatory measures"[4] to "*mesures provisoires ou conservatoires*"[5] in French, and "provisional remedies", used in the Quebec *Code of Civil Procedure* ("**C.C.P**."). As these terms suggest, the basic characteristic of all interim measures is that they are temporary in nature. They are ordered before the dispute is decided in its entirety, and are not intended to serve as a final resolution.[6] They play a very important role in commercial disputes as their purpose is to preserve the status quo and prevent irreparable harm.

In this context, requests for interim measures are often urgent.[7] UNCITRAL has provided a non-exhaustive list of interim measures, divided into three categories: (a) measures aimed at facilitating the conduct of arbitral proceedings, such as orders to gather or preserve evidence; (b) measures aimed at preserving the status quo and at avoiding loss or damage until the dispute is resolved, such as injunctions, partial payment of claims, orders to continue performing a contract or to safeguard goods; or (c) measures to facilitate later enforcement of the award, such as attachments of assets and security for costs.[8]

These three categories also provide an indication as to whether a court or arbitrator ought to have jurisdiction in granting the given interim measure, depending on its purpose and effect. Not all interim measures are created equal and the need for efficient court-assisted enforcement will vary accordingly.

III. Competing approaches to reconciling the roles of arbitral tribunals and courts regarding interim measures

In 2003, the Supreme Court of Canada reiterated the general principle of arbitral autonomy and limited court intervention in arbitral proceedings[9]. The limits inherent in an arbitrator's authority are embedded in the fact that, "[f]undamentally, the arbitral tribunal is a creature of the consent of the parties."[10]

Any arbitral tribunal therefore has three fundamental restrictions: (1) it only has authority with respect to the parties to the arbitration and to the matter which falls within the scope of the arbitration; (2) it can only work within the parameters set up by the parties, implying that they can choose not to give the arbitrator the power to grant interim measures; and (3) it has time limitations, both with respect to disputes arising before the arbitral tribunal has come into existence, and with respect to urgent requests requiring immediate action.[11]

One of the inherent limitations of the arbitral tribunal is that it has no independent means of enforcing interim measures. Especially when dealing with third parties, the arbitrator's authority does not extend beyond the scope of the arbitration agreement and only a court can, for example, order relief with respect to property in the possession of a third party. Nonetheless, all court involvement in arbitration proceedings should be limited and modest in order to abide by the fundamental principle of autonomy of the parties recognized by the Supreme Court of Canada and as set out in the various legislative schemes.[12]

The courts are generally expected to enforce arbitration agreements between the parties. Therefore, if the parties agree that only the arbitral tribunal will have the power to grant interim measures, to the exclusion of any court involvement, the courts should enforce such agreements "in the same manner as they enforce forum selection clauses."[13] However, when the parties have made no specific reference to interim measures, the statutory framework in Canada applicable in Canadian provinces often leave open the question of what measures can be reliably conferred upon an arbitrator and what remains the exclusive preserve of the courts. There is much room for overlap between the jurisdiction of each, which has led many authors to advance their personal interpretations as to how the division of powers should take place. A popular analogy is that of the relay race, whereby in the initial stages, the baton is in the grasp of the court until the arbitral tribunal is established. The latter then takes over and retains the baton until it orders an award, at which point the baton is handed back to the court, which can use its coercive powers to enforce the award.[14]

Other authors suggest that the best way to avoid encroaching on the jurisdiction of the arbitral tribunal is to limit the occasions in which the judge can grant interim measures. Specifically, interim measures should only be sought in court when the arbitral tribunal cannot grant the measure or cannot grant it effectively, particularly as it involves third parties.[15] This view of minimalist intervention is also supported by Paul Michell, who writes that for non-urgent relief, "parties should seek interim measures from the arbitral tribunal where the tribunal has the power to make the order sought."[16]

In Canada, however, a judge does not have such strict limitations. Article [9] of the Model Law states that a judge granting interim measures is never incompatible with the parties' intention to settle their disputes through arbitration.[17] UNCITRAL had intended for each state to respectively reconcile the role of the courts and the arbitral tribunals regarding interim measures. Legislation in Canada provides for a middle-ground in the division of powers between granting all power with respect to interim measures to the courts (as is the case in Greece and Italy) and placing the majority of that power in the hands of the arbitral tribunal (as is the case in England).[18] There is no express prioritization of the arbitral tribunal over the courts as regards interim measures. Allowing for a balancing and complementary interaction between the courts and arbitral tribunals in granting interim measures falls in line with "the modern view" that the roles of the courts and the arbitral tribunals "are complementary, not competitive."[19]

Esso Imperial Oil

IV. Interim measures in Quebec

In 1986, Canada enacted legislation premised on the original 1985 version of the Model Law.[20] While the common law provinces legislated domestic and international commercial arbitration in two separate statutes, the province of Quebec chose to have both types of arbitration governed by its *Code of Civil Procedure*.[21] Unlike the other nine provinces which incorporated the Model Law in their respective national laws, Quebec chose to merely "take into consideration" UNCITRAL documents where "matters of extra-provincial or international trade are at issue in an arbitration".[22]

All Canadian international commercial arbitration legislation is fundamentally based on the Model Law whereas domestic arbitration statutes incorporate greater variations between the provinces.[23] Quebec, for instance, has also taken a different approach from the common law provinces with respect to the power of the arbitral tribunal to order interim measures,[24] referred to as "provisional remedies" under Book V of the C.C.P. Under Book VII of the C.C.P., which deals with arbitration, the only reference made to provisional measures is at article 940.4 C.C.P.: "A judge or the court may grant provisional measures before or during arbitration proceedings on the motion of one of the parties." The C.C.P. remains silent with respect to whether arbitrators may also grant provisional measures.

It is important to emphasize, however, that this silence in regard to arbitrators granting interim measures cannot be equated to

a provision explicitly prohibiting arbitrators from granting interim measures.[25] In fact, the record of the Quebec parliamentary debate on the adoption of 940.4 C.C.P. specifically states that the purpose of this provision was not to preclude arbitrators from granting such remedies when the parties have so determined, but rather to confirm the jurisdiction of the courts in a domain within which they are generally excluded[26]. According to Babak Barin, another reason that article 940.4 C.C.P. cannot be read restrictively is that the C.C.P. indirectly gives arbitrators authority to grant provisional measures through its reference to the Model Law at article 940.6(1) C.C.P.

> "Article 17 of the Model Law specifically allows an arbitral tribunal to grant interim measures where matters of extra-provincial or international trade are at issue. If the C.C.P. provides for such a possibility in extra-provincial and international matters, why should it be different for domestic arbitration? Especially, since as mentioned before, in 1986, when the Quebec legislature extensively revised the provisions relating to arbitration in the C.C.P., it did so in order to bring this law into harmony with the Model Law."[27]

The case law in Quebec with respect to whether courts have exclusive jurisdiction in granting interim measures nonetheless remains unclear. This is in part because the C.C.P. provides limited guidance. "Even the absence of any legislative provision may cause difficulties simply by leaving unanswered some of the many procedural issues relevant in arbitration and not always settled in the arbitration agreement."[28] Without clear guidelines, it is difficult for parties and practitioners to know what rights and responsibilities are held by the arbitrators.

a) Jurisprudential Evolution of the Case law in Quebec

In 1998, the Superior court of Quebec in *Berthout v. IC2C Communications Inc.* limited the range of interim measures that can be granted during arbitration proceedings under the rubric of "provisional measures"[29] to those listed as such under Book V —Title 1 of the C.C.P (being seizures before judgments, judicial sequestrations and injunctions).[30] This interpretation was criticized by several authors, including Frédéric Bachand who specified that the court's reasoning would also amount to including permanent injunctions, under article 751 C.C.P., in the broad category of "provisional measures" that the judge may grant before or during arbitration proceedings. This would essentially give the judge the power to ultimately settle a dispute that the parties had agreed to resolve via arbitration.[31]

In *Hotel Cadim (Godin) inc. v. Gestion Hotel Godin inc.*[32], the agreement between parties provided that they could apply for an injunction before the arbitral tribunal or before the courts. The Superior Court held that arbitration clauses do not prevent parties from dividing their requests for interim measures between the arbitral tribunal and courts.

However, the recent decision by the Quebec Court of Appeal in *Service Bérubé Ltée v. General Motors du Canada Ltée*[33] shed some light on the issue as regards specific performance, and to a lesser extent, injunctions. The facts can be summarized briefly. Due to the 2008 economic crisis and the resulting drop in car sales, GM put in place a plan to shutter numerous dealerships. Services Bérubé Ltée, a longtime Pontiac dealership, was informed by GM that its dealership agreement would not be renewed once it expired on October 31, 2010. The dealer filed suit with the Quebec Superior Court seeking to have the dealership agreement renewed. In turn, GM filed a motion to refer the matter to arbitration under the North American Dealer Arbitration Programme ("NADAP"). This tiered dispute resolution programme required contested decisions to be subject to an internal management review, mediation and then arbitration through the ADR Chambers.

Services Bérubé Ltée contested this motion on the basis that the arbitrator could not grant the relief that it sought, which it characterized as injunctive. The Superior Court dismissed Services Bérubé Ltée's arguments and referred the matter to arbitration, holding that the structure of article 940.4 C.C.P. was not of public order and the parties were therefore able to derogate from these dispositions if they wished and therefore arm an arbitrator with the jurisdiction to issue injunctions.

At the Court of Appeal level, the bench took a different approach. First, the Court made several references to the case law that injunctive relief was the exclusive preserve of the Superior Court. Second, the Court concluded that the nature of the relief sought by the dealer, Services Bérubé Ltée, was essentially declaratory in nature and did not require an injunction. Focusing on the nature of the injunction itself, the Court noted that it was an extraordinary remedy which contemplated exceptional penalties in cases of non-respect, going so far as to include fines and imprisonment. Moreover, rather than sanction past conduct, injunctions were designed to govern future conduct. The Court went on to conclude that, despite the specific inclusion of injunctive remedies as a relief within its power, the parties did not intend to include injunctive powers within the arbitrator's jurisdiction as the nature of the dispute had to do with contractual obligations. The primary mode of enforcement cannot therefore been intended to be by way of injunction but rather by specific performance.

Pelletier and Rochon J.A. went on to comment that injunctions were rendered necessary in situations which depend on the possibility that the power and force of the state may be required to enforce it. As the parties had essentially submitted to the arbitration or to the Court, the non-respect of these obligations, and particularly with respect to an order of specific performance of the renewal of the dealership agreement, was not an issue. The Court concluded that

Alberta
Environmental Appeals Board

an arbitrator in the circumstances can order specific performance, but held that, as the question was theoretical at this stage, it would not decide conclusively on the issue of whether the arbitrator possesses injunctive powers.

It should be noted that the Court's comments on the scope of an injunction, particularly in contrast to its discussion of what constituted specific performance, suggest a restrictive approach to defining injunctions in an arbitral context. It should be further noted that the decision does not directly address the issue of interlocutory injunctions, and how their temporary nature might fit within the framework of the tribunal's jurisdiction. The Court further set out and specified that simple recognition and enforcement of an arbitrator's award did not transform the award into an injunction. However, the Court was not clear on the issue of what occurred if an injunction was ordered by an arbitrator and the parties sought to recognize and enforce it.

Another matter before the Quebec Court of Appeal, *Canadian Royalties Inc. v. Nearctic Nickle Mines Inc*., is expected to be decided shortly, This decision is expected to offer further guidance on the issue.

IV. Conclusion

There remains uncertainty for practitioners regarding the full extent to which parties can vest an arbitrator with the power to order interim measures during the conduct of an arbitration. As regards Quebec, and in light of the case law, parties can more comfortably consider that interim measures that do not fall under the definition of "provisional remedies" set out in the C.C.P. can be bestowed on an arbitrator.

However, as regards injunctions, judicial sequestrations and seizures before judgment there is no such certainty. Until the courts set out clearer guidelines, we can at least glean one lesson from *Bérubé*: the closer that an order for an interlocutory injunction resembles an order for specific performance, the more likely it will pass the Court's muster for recognition and enforcement.

NORTON ROSE

1 Stephen M. Ferguson, "Interim measures of protection in international commercial arbitration: problems, proposed solutions and anticipated results" (2003) *12 Currents Int'l Trade L.J. 55* at 55. See also D. Alan Redfern, "Arbitration and the Courts: Interim Measures of Protection – Is the Tide About to Turn?" (1995) *30 Texas International Law Journal 71* at 72.
2 *Settlement of Commercial Disputes - Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement*, Report of the Secretary General, United Nations Commission on International Trade Law Working Group on Arbitration, 32nd Sess., at 24 (Para. 104), A/CN.9/WG.II/WP.108 (Jan. 2000) at para. 104. [Report of the S-G]
3 Chapter IV A of the Model Law. See *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Part Two: Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat* at p.24 [UNCITRAL Explanatory Note].
4 International Chamber of Commerce, ICC Rules of Arbitration, ICC Pub. No. 447 (1988).
5 See Frédéric Bachand, "L'intervention du juge Canadien avant et Durant un arbitrage commercial international", Éditions Yvon Blais, Cowansville : 2005.
6 Redfern, *supra* note 1, at p. 79.
7 *Ibid*.
8 Report of the S-G, supra note 2, at para. 63. See also Redfern *supra* note 1, at p.78.
9 *Desputaux v. Editions Chouette (1987) Inc.*, [2003] 1 S.C.R. 178 at para. 66.
10 Paul Michell, "Interim Measures in Canadian Commercial Arbitration", (2007) *32 The Advocates' Quaterly 413* at p. at p. 432.
11 *Ibid*. at pp. 432-433. See also Werbicki, *supra* note 18; Redfern, *supra* note 1, at pp. 83-86.
12 *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987), Inc.* [2003]
13 Michell, *supra* note 10 at p. 419.
14 Lord Mustill, quoted in Redfern, *supra* note 1, at pp. 74-75. See also Michell, *supra* note 10 at 431.
15 Bachand, *supra* note 5, at para. 402.
16 Michell, *supra* note 10 at p. 434.
17 Bachand, *supra* note 5, at para. 402.
18 Michell, *supra* note 10 at p. 431.
19 Michell, *supra* note 10 at p. 434.
20 Babak Barin and Eva Gazurek, "Enforcement and Annulment of Arbitral Awards in Quebec – Vive la difference!" (2004) *64 R. du B. 431* at 431.
21 *Ibid*. See e.g. the Ontario Arbitration Act, S.O. 1991, c. 17 and the Ontario *International Commercial Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. I.9.
22 Art. 940.6 CCP.
23 Michell, *supra* note 10 at p.415.
24 Babak Barin, "Provisional Remedies" in domestic arbitrations: Time perhaps for a fresh look in Quebec?" (2004) 64 R. du B. 137 at p.139.
25 *Ibid*.
26 Étude du Projet de loi 91, menée le mardi 16 septembre 1986, CI-549, at p. CI-572.
27 Barin, *supra* note 24 at p.139.
28 UNCITRAL Explanatory Note, *supra* note 3 at p. 25.
29 Article 940.4 C.C.P.
30 *Berthout c. IC2C Communications Inc*., [1998] R.J.Q. 1263 (C.S. Qué).
31 Bachand, *supra* note 5, at para. 395.
32 *Hotel Cadim (Godin) inc. v. Gestion Hotel Godin inc*, EYB 2006-104445 (C.S.).
33 2011 QCCA 567 (CanLII)

Mesures provisoires : les arbitres ont-ils le pouvoir d'ordonner de telles mesures?

Auteurs : Josiane Brault et Daniel Grodinsky, avocats chez Borden Ladner Gervais

I. Introduction

Au cours des dernières années, la popularité du recours à l'arbitrage comme méthode de résolution des différends commerciaux n'a cessé de s'accroître. Plusieurs raisons expliquent pourquoi les parties décident de conclure une convention d'arbitrage, notamment pour la simplicité du processus, le moindre coût, la confidentialité et la possibilité de résoudre le différend plus rapidement[1]. Il est toutefois pratiquement impossible d'éviter complètement l'intervention des tribunaux judiciaires puisque certaines limitations importantes sont inhérentes à un tribunal d'arbitrage.

L'objectif de cet article est d'analyser le débat entourant l'autorité et le pouvoir des arbitres de prononcer des mesures provisoires avant comme après la formation du tribunal d'arbitrage, mais avant que la sentence finale soit rendue. La question est donc de savoir quelles sont les véritables limites qui empêchent un tribunal d'arbitrage d'ordonner l'exécution de mesures provisoires et à quel moment l'intervention d'une Cour interfère avec le proces-

sus choisi par les parties spécifiquement pour éviter d'avoir recours aux tribunaux judiciaires. Dans cet article, nous tenterons d'identifier dans quelles circonstances le tribunal d'arbitrage est autorisé à ordonner des mesures provisoires et dans quelles circonstances ces mesures doivent être rendues par la Cour.

Afin de répondre à la dernière question, nous débuterons notre analyse par une présentation de la nature et de l'objectif des principales mesures provisoires. Nous examinerons ensuite quelles sont les différentes approches utilisées tant dans les conventions internationales que les législations provinciales canadiennes. Finalement, à la lumière de la jurisprudence récente, nous examinerons le pouvoir des arbitres au Québec d'émettre des ordonnances provisoires.

II. Les principales mesures provisoires

Les demandes pour mesures provisoires sont à l'avant-plan du débat à savoir où la juridiction de la Cour devrait s'arrêter pour laisser le champ libre aux arbitres afin qu'ils puissent exercer leur pleine autorité en tant que décideur choisi par les parties. En 2000, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (« **CNUDCI** ») a indiqué que « *le manque d'orientations claires données aux tribunaux arbitraux quant au champ d'application des mesures provisoires ou conservatoires qu'ils peuvent ordonner et les conditions à respecter pour leur octroi peut entraver le bon fonctionnement de l'arbitrage commercial international* »[2]. En 2006, en réponse à l'augmentation des demandes des parties pour l'obtention de mesures provisoires, caractéristiques essentielles d'un litige commercial, la CNUDCI a ajouté certaines dispositions concernant les mesures provisoires et les ordonnances préliminaires à sa loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (« Loi type »)[3]. En effet, la révision de l'article 17 inclut désormais un mécanisme d'exécution et de reconnaissance des mesures provisoires ordonnées par un tribunal d'arbitrage.

Les mesures provisoires sont également désignées par différentes expressions, dont « *interim or conservatory measures* »[4], « *mesures provisoires ou conservatoires* »[5] et « *mesures provisionnelles* », telles qu'utilisées dans le *Code de procédure civile du Québec* (« C.p.c. »). Tout comme leur appellation le suggère, la caractéristique première de ces mesures provisoires est qu'elles sont de nature temporaire. Elles sont ordonnées avant que la sentence finale soit rendue et n'ont pas pour objectif de mettre fin au différend[6]. Ces mesures jouent un rôle important dans les différends commerciaux puisque leur objectif est de préserver le statu quo et de prévenir tout dommage irréparable.

Dans ce contexte, les demandes pour mesures provisoires sont souvent urgentes[7]. La CNUDCI fournit une liste non exhaustive de ces mesures qui se divisent en trois catégories : (a) mesures facilitant la procédure arbitrale, telles les mesures pour la recherche et la préservation des éléments de preuve; (b) mesures empêchant une perte ou un dommage et préservant un état de choses jusqu'au règlement du différend, tels les injonctions, le paiement partiel des créances, les ordres de poursuivre l'exécution d'un contrat ou de protéger les marchandises; ou (c) mesures facilitant l'exécution ultérieure de la sentence, telles les saisies de biens ou les provisions pour frais[8].

Ces trois catégories procurent également une indication quant à savoir qui, de la Cour ou de l'arbitre, devrait avoir juridiction pour accorder l'ordonnance demandée, le tout en fonction de son objectif et de son effet. Les mesures provisoires ne sont pas toutes identiques et c'est pourquoi la nécessité d'avoir recours à une Cour pour veiller à son exécution varie en conséquence.

III. Approches concurrentes pour la réconciliation des rôles des tribunaux d'arbitrage et des Cours en ce qui a trait aux mesures provisoires

En 2003, la Cour suprême du Canada a réitéré le principe général de l'autonomie de l'arbitrage et a limité l'intervention de la Cour dans la procédure arbitrale[9]. Les limites inhérentes à l'autorité d'un arbitre sont intrinsèquement liées au fait que « fondamentalement, la procédure d'arbitrage découle du consentement des parties » [notre traduction][10].

Tout tribunal d'arbitrage doit désormais respecter trois restrictions fondamentales, à savoir: (1) il a seulement compétence à l'égard des parties à l'arbitrage et des sujets énoncés dans la convention d'arbitrage; (2) il peut seulement œuvrer à l'intérieur des paramètres établis par les parties et cela implique que les parties peuvent choisir de ne pas donner à l'arbitre le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires; et (3) il a des limites de temps, tant en ce qui a trait aux différends qui surviennent avant la formation du tribunal d'arbitrage qu'en ce qui a trait aux demandes urgentes nécessitant une action immédiate[11].

Une des limitations inhérentes au tribunal d'arbitrage est que l'arbitre ne détient aucun moyen pour forcer l'exécution des mesures provisoires qu'il ordonne. Plus particulièrement lorsqu'un tiers est impliqué, l'autorité de l'arbitre ne va pas au-delà du champ d'application de la convention d'arbitrage et seule une Cour peut, par exemple, ordonner des mesures de redressement en ce qui a trait aux biens qui sont en possession d'une tierce partie. Cela dit, toute participation d'une Cour aux procédures d'arbitrage devrait être limitée et modérée afin de se conformer au principe fondamental de l'autonomie des parties, principe reconnu par la Cour suprême du Canada et mis de l'avant par les différentes législations[12].

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

On s'attend généralement des tribunaux judiciaires qu'ils exécutent les conventions d'arbitrage qui lient les parties. Ainsi, si les parties s'entendent afin que seul le tribunal d'arbitrage aura le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires, en excluant spécifiquement toute intervention des tribunaux, les Cours devraient respecter ces ententes « de la même manière qu'ils respectent les clauses qui indiquent le forum applicable» [notre traduction][13].

Toutefois, lorsque les parties n'y réfèrent pas, le cadre statutaire applicable dans les provinces canadiennes laisse sans réponse la question de savoir quelles mesures peuvent être prononcées par un arbitre et quelles mesures doivent l'être exclusivement par les tribunaux. Un chevauchement entre la juridiction de chacun a amené plusieurs auteurs à exprimer leur opinion personnelle sur la façon dont les pouvoirs devraient être divisés. Une analogie populaire est celle de la course à relais. À l'étape initiale, le pouvoir est entre les mains de la Cour jusqu'à ce que le tribunal d'arbitrage soit formé. Le tribunal d'arbitrage prend alors le relais et garde le pouvoir jusqu'à la sentence finale. Une fois que celle-ci est rendue, le pouvoir retourne entre les mains de la Cour pour qu'elle puisse le cas échéant ordonner l'exécution de la sentence[14].

D'autres auteurs suggèrent que le meilleur moyen d'éviter l'empiétement sur la juridiction du tribunal d'arbitrage est de limiter les occasions lors desquelles un juge peut prononcer une ordonnance provisoire. Plus spécifiquement, les mesures provisoires devraient être demandées à une Cour uniquement lorsque le tribunal d'arbitrage ne peut pas ordonner la mesure demandée ou ne peut pas faire en sorte qu'elle soit exécutoire, particulièrement lorsque le différend implique des tierces parties[15]. Cette idée de l'intervention minimaliste est également partagée par Paul Michell qui écrit sur les mesures de redressement non urgentes : « *les parties devraient demander des mesures provisoires au tribunal d'arbitrage lorsque celui-ci a le pouvoir d'émettre de telles ordonnances* » [notre traduction][16].

Au Canada toutefois, un juge n'a pas de

gowlings

telles limitations strictes. L'article 9 de la Loi type stipule qu'un juge qui ordonne des mesures provisoires ne va jamais à l'encontre de l'intention des parties de régler leur différend par l'arbitrage[17]. La CNUDCI stipule que chaque état doit réconcilier le rôle des Cours et des tribunaux d'arbitrage sur la question des mesures provisoires. La législation canadienne prévoit un juste milieu en matière de division des pouvoirs, c'est-à-dire entre remettre tout le pouvoir aux Cours (par exemple la Grèce et l'Italie) et remettre la majorité de ce pouvoir entre les mains du tribunal d'arbitrage (comme c'est le cas en l'Angleterre)[18]. Il n'y a pas de préséance du tribunal d'arbitrage sur les Cours en ce qui a trait aux mesures provisoires. Permettre l'équilibre et l'interaction complémentaire entre les Cours et les tribunaux d'arbitrage dans l'émission des mesures provisoires s'accorde avec la « vision moderne » selon laquelle leurs rôles respectifs « *sont complémentaires et non compétitifs* » [notre traduction][19].

IV. Mesures provisoires au Québec

En 1986, une toute nouvelle législation qui s'inspire de la version originale de la Loi type de 1985 entre en vigueur au Canada[20]. Tandis que les provinces de Common Law légifèrent l'aspect national et international de l'arbitrage commercial dans deux lois distinctes, le Québec modifie son *Code de procédure civile* afin qu'il puisse désormais gouverner tant l'arbitrage commercial national qu'international[21]. Contrairement aux neuf autres provinces qui ont incorporé la Loi type dans leurs lois nationales respectives, le Québec a choisi de prendre en considération les documents de la CNUDCI « [d]*ans le cas d'un arbitrage mettant en cause des intérêts commerciaux extraprovinciaux ou internationaux* »[22].

L'ensemble des lois canadiennes qui traitent de l'arbitrage commercial international s'est inspiré de la Loi type, alors que celles qui traitent de l'arbitrage commercial national varient d'une province à l'autre[23]. Par exemple, l'approche adoptée par le Québec est différente de celle des autres provinces de Common Law en ce qui a trait au pouvoir du tribunal d'arbitrage de rendre des ordonnances provisoires[24], intitulé « mesures provisionnelles » sous le Livre V du C.p.c. Sous le Livre VII du C.p.c. qui concerne l'arbitrage, la seule référence faite aux mesures provisionnelles est à l'article 940.4 C.p.c. qui se lit comme suit: « *Avant ou pendant la procédure arbitrale, un juge ou le tribunal peut accorder à la demande d'une partie, des mesures provisionnelles* ». Le C.p.c. demeure silencieux quant à savoir si les arbitres peuvent rendre des ordonnances provisoires.

Il est cependant important de souligner que ce silence quant à la possibilité pour les arbitres de rendre des ordonnances provisoires n'équivaut pas à une disposition interdisant explicitement aux arbitres de statuer sur ces questions[25]. En fait, les minutes des débats parlementaires du Québec sur l'adoption de l'article 940.4 C.p.c. établissent de façon spécifique que l'objectif de cette disposition n'était pas d'empêcher les arbitres de rendre de tels remèdes lorsque les parties en ont décidé ainsi, mais plutôt de confirmer la juridiction des tribunaux dans un domaine d'où ils sont généralement exclus[26]. Selon Barak Barin, une autre raison pour laquelle l'article 904.4 C.p.c. ne doit pas être lu de façon restrictive est que le C.p.c. donne indirectement aux arbitres l'autorité de rendre des ordonnances provisoires par le biais de sa référence à la Loi type que l'on retrouve à l'article 940.6(1) C.p.c.

> « L'article 17 de la Loi type permet spécifiquement au tribunal d'arbitrage de rendre des ordonnances pour mesures provisoires dans les litiges extra-provinciaux ou international. Si le C.p.c.

donne cette possibilité dans les litiges extra-provinciaux et internationaux, pourquoi en serait-il différent pour l'arbitrage domestique ? Plus spécifiquement, comme il le fut mentionné précédemment, en 1986, lorsque la législation québécoise a été révisée, les dispositions du C.p.c. relatives à l'arbitrage l'ont été de façon à être en harmonie avec la Loi type » [notre traduction][27].

La jurisprudence québécoise demeure imprécise sur la question de savoir si les Cours ont juridiction exclusive en matière d'ordonnances provisoires. Cela résulte notamment du fait que le C.p.c. offre des directives limitées. « *Même l'absence de disposition législative peut créer des difficultés en laissant tout simplement sans réponse certaines des nombreuses questions de procédure qui se posent dans un arbitrage et ne sont pas toujours réglées par la convention d'arbitrage* »[28]. Sans directives claires, il est difficile pour les parties et les praticiens de savoir quels droits et responsabilités détiennent les arbitres.

a) Évolution jurisprudentielle des décisions au Québec

En 1998, la Cour supérieure du Québec dans *Berthout c. IC2C Communications Inc*. a limité l'étendue des mesures provisoires pouvant être ordonnées au cours des procédures arbitrales sous la rubrique « *mesures provisionnelles* »[29] à celles énumérées sous le Livre V, Titre 1 du C.p.c. (il s'agit des saisies avant jugement, du séquestre judiciaire et de l'injonction)[30]. Cette interprétation fut critiquée par différents auteurs, dont Férédric Bachand. Ce dernier est d'avis que le raisonnement de la Cour pouvait aussi être interprété de façon à inclure les injonctions permanentes, sous l'article 751 C.p.c., dans la grande catégorie des « mesures provisionnelles » qu'un juge peut rendre avant ou pendant la procédure arbitrale. Cela donnerait essentiellement au juge le pouvoir de régler ultimement une dispute que les parties ont choisi de régler via l'arbitrage[31].

Dans *Hotel Cadim (Godin) inc*. c. *Gestion Hotel Godin inc*.[32], la convention entre les parties prévoyait que celles-ci pouvaient présenter une demande d'injonction devant le tribunal d'arbitrage ou devant les tribunaux judiciaires. La Cour supérieure a conclu que les clauses d'arbitrage n'empêchent pas les parties de diviser leurs demandes provisoires entre le tribunal d'arbitrage et les tribunaux judiciaires.

Toutefois, une décision récente de la Cour d'appel du Québec, *Service Bérubé Ltée c. General Motors du Canada Ltée*[33], nous éclaire sur la question de l'exécution en nature et, dans une moindre mesure, sur les injonctions. Les faits peuvent être résumés brièvement. À la suite de la crise économique de 2008 et de la chute des ventes de voitures, GM met en place un plan pour fermer de nombreux concessionnaires. Service Bérubé Ltée, un concessionnaire Pontiac de longue date, est informé par GM que son contrat de concessionnaire ne sera pas renouvelé à sa date d'expiration le 31 octobre 2010. Le concessionnaire se pourvoit devant la Cour supérieure du Québec afin d'obtenir le renouvellement de son contrat de concessionnaire. GM fait à son tour une demande pour que le différend soit renvoyé à l'arbitrage, le tout conformément au Programme national d'arbitrage des concessionnaires automobiles (« PNACA ») . Ce programme de résolution des différends par l'arbitrage conventionnel exige que les décisions contestées soient sujettes à une révision suivant le mécanisme de règlement interne prévu au Contrat de franchise, à la médiation et ensuite à l'arbitrage.

Services Bérubé Ltée conteste cette requête sur la base que l'arbitre ne pouvait pas rendre la mesure de redressement recherchée, laquelle est qualifiée d'injonction. La Cour supérieure rejette les arguments de Services Bérubé Ltée et renvoie le litige à l'arbitrage puisque l'article 940.4 C.p.c. n'est pas jugé d'ordre public et que les parties pouvaient ainsi déroger de leurs positions, si désiré, et donner à un arbitre le pouvoir d'émettre des injonctions.

Le banc des juges de la Cour d'appel qui se penche sur cette affaire prend une approche différente. Premièrement, la Cour réfère souvent à la jurisprudence qui réitère le principe selon lequel l'injonction relève de la compétence exclusive de la Cour supérieure. Deuxièmement, la Cour conclut que la nature de la mesure recherchée par le concessionnaire Services Bérubé Ltée était essentiellement déclaratoire et par conséquent, ne nécessitait pas une injonction. En se basant sur la nature de l'injonction, la Cour note qu'il s'agissait d'un recours extraordinaire qui nécessitait des pénalités exceptionnelles dans le cas du non-respect, allant jusqu'à imposer des amendes et l'emprisonnement. De plus, plutôt que de sanctionner la conduite passée, les injonctions sont destinées à gouverner la conduite future. La Cour conclut que malgré l'inclusion spécifique à l'effet que l'arbitre peut ordonner des mesures

Submit Your Proposals

Présentez vos propositions

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

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

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

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

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.
1-877-475-4353 • admin@adrcanada.ca

ADR Connect:
Find an ADR Professional
www.adrontario.ca/findapro.cfm
Gold Standard
Mediators
Arbitrators

provisoires, les parties n'avaient pas l'intention de lui donner le pouvoir de statuer sur des demandes de nature injonctive puisque le différend concernait les obligations contractuelles. Le mode principal d'exécution ne peut pas être par voie d'injonction, mais plutôt par voie de l'exécution en nature. Les juges Pelletier et Rochon commentent que les injonctions sont nécessaires lorsque l'exécution de la sentence dépend des pouvoirs et de la force de l'État. Puisque les parties l'avaient essentiellement soumise à l'arbitrage ou à la Cour, la question du non-respect des obligations, et plus particulièrement ce qui concerne l'ordonnance d'exécution en nature du renouvellement du contrat de concessionnaire, n'était pas en litige. Sans toutefois rendre une décision irréfutable sur la question de savoir si un arbitre possède le pouvoir de rendre une ordonnance de nature injonctive, la Cour conclut que dans ces circonstances, un arbitre peut ordonner l'exécution en nature.

Il est à noter que les commentaires de la Cour sur l'étendue de l'injonction, particulièrement quant à sa discussion sur ce que constitue l'exécution en nature, suggèrent une approche restrictive de la définition de l'injonction dans un contexte d'arbitrage. Il est également à noter que la décision ne porte pas directement sur la question des injonctions interlocutoires et sur la façon dont leur nature temporaire peut s'insérer au sein de la juridiction de l'arbitrage. La Cour explique et spécifie que la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale ne transforment pas la sentence en une injonction. Toutefois, la Cour n'est pas claire sur la question à savoir ce qui se produit si une injonction est ordonnée par un arbitre et que les parties demandent la reconnaissance et l'exécution de celle-ci.

Un autre litige devant la Cour d'appel du Québec, *Canadian Royalties Inc. c. Nearctic Nickle Mines Inc.*, est toujours pendant. La décision, qui devrait être rendue sous peu, devrait offrir plus de directives aux praticiens.

IV. Conclusion

Pour les praticiens, certaines incertitudes sur la pleine étendue des pouvoirs que les parties peuvent conférer à l'arbitre quant à l'émission de mesures provisoires durant le processus d'arbitrage demeurent toujours. En ce qui concerne le Québec et à la lumière de la jurisprudence, les parties peuvent considérer que les mesures provisoires qui ne sont pas incluses dans la définition de « mesures provisionnelles », telles que décrites dans le C.p.c., peuvent être conférées à un arbitre.

Toutefois, en ce qui a trait aux injonctions, les séquestres judiciaires et les saisies avant jugement, une telle certitude n'existe pas. En attendant que les Cours de justice établissent des directives claires, nous pouvons tirer une leçon de l'affaire *Bérubé* : plus une injonction interlocutoire ressemble à une ordonnance d'exécution en nature, plus il sera facile pour les Cours de reconnaître et d'exécuter la sentence.

1 Stephen M. Ferguson, « Interim measures of protection in international commercial arbitration: problems, proposed solutions and anticipated results » (2003) 12 Currents Int'l Trade L.J. 55 à la p. 55. Voir aussi D. Alan Redfern, « Arbitration and the Courts: Interim Measures of Protection – Is the Tide About to Turn? » (1995) 30 Texas International Law Journal 71 à la p. 72.
2 *Règlement des litiges commerciaux – Règles uniformes éventuelles sur certaines questions concernant le règlement des litiges commerciaux : conciliation, mesures provisoires ou conservatoires, forme écrite de la convention d'arbitrage*, Rapport du Secrétaire général, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Groupe de travail sur l'arbitrage, 32e sess. à la p. 22 (para. 104). A/CN.9/WG.II/WP.108 (janvier 2000) au para. 104 [Rapport du S-G].
3 Chapitre IV A de la Loi type de la CNUDI sur l'arbitrage commercial international, Deuxième partie : Note explicative du Secrétariat de la CNUDI relative à la Loi type de la CNUDI sur l'arbitrage commercial international à la p. 25 [CNUDI, Note explicative].
4 Chambre de commerce international, Règlement d'arbitrage, ICC Pub. No. 447.
5 Voir Frédéric Bachand, « L'intervention du juge Canadien avant et durant un arbitrage commercial international », Yvon Blais, Cowansville (Qc), 2005.
6 Redfern, *supra* note 1 à la p. 79.
7 *Ibid*.
8 Rapport du S-G, supra note 2 au para. 63. Voir aussi Redfern *supra* note 1 à la p. 78.
9 *Desputaux c. Éditions Chouette (1987) Inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178 au para. 66 [*Desputaux*].
10 Paul Michell, « Interim Measures in Canadian Commercial Arbitration » (2007) 32 The Advocates' Quaterly 413 à la p. 432.
11 *Ibid*. aux pp. 432-33. Voir aussi Werbicki, *supra* note 18; Redfern, *supra* note 1 au x pp. 83-86.
12 *Desputaux*, *supra* note 9.
13 Michell, *supra* note 10 à la p. 419.
14 Lors Mustill, tel que cité dans Redfern, *supra* note 1 aux pp. 74-75. Voir aussi Michell, *supra* note 10 à la p. 431.
15 Bachand, *supra* note 5 au para. 402.
16 Michell, *supra* note 10 à la p. 434.
17 Bachand, *supra* note 5 au para. 402.
18 Michell, *supra* note 10 à la p. 431.
19 Michell, *supra* note 10 à la p. 434.
20 Babak Barin et Eva Gazurel, « Enforcement and Annulment of Arbitral Awards in Quebec – Vive la différence! » (2004) 64 R. du B. 431 à la p. 431.
21 *Ibid*. Voir par ex. Ontario Arbitration Act, S.O. 1991, c. 17; Ontario *International Commercial Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. I.9.
22 Art. 950.6 CPC.
23 Michell, *supra* note 10 à la p.415.
24 Babak Barin, « "Provisional Remedies" in domestic arbitrations: Time perhaps for a fresh look in Quebec? » (2004) 64 R. du B. 137 à la p.139.
25 *Ibid*.
26 Étude du Projet de loi 91, menée le mardi 16 septembre 1986, CI-549 à la p. CI-572.
27 Barin, *supra* note 24 à la p.139.
28 CNUDCI, *Note explicative*, *supra* note 3 à la p. 25.
29 Art. 940.4 C.P.C.
30 *Berthout c. IC2C Communications Inc.*, [1998] R.J.Q. 1263 (C.S. Qc).
31 Bachand, *supra* note 5 au para. 395.
32 *Hotel Cadim (Godin) inc. c. Gestion Hotel Godin inc*, EYB 2006-104445 (C.S.).
33 2011 QCCA 567 (CanLII).

Apache

OSLER
Osler, Hoskin & Harcourt LLP

Transformative Mediation: Putting Party Self-determination into Practice

John Peter Weldon[1], Chartered Mediator, Adjunct Professor of Mediation at Hofstra University School of Law (Long Island, NY), mediation instructor with the Quebec Bar CLE Service in Montreal, and Attorney, is a pioneer in bringing the transformative model of mediation to a French-speaking audience. A colleague of Professor Robert A. Baruch Bush, co-author of *The Promise of Mediation*, and co-founder of the Institute for the Study of Conflict Transformation[2], he is the first French-speaker to have received accreditation as a Certified Transformative Mediator™. He is an active member of the ADR Institute of Canada and l'Institut de mediation et d'arbitrage du Québec (IMAQ).

In this article the author draws an intimate portrait of Transformative Mediation. He describes its theory of conflict, its objectives, and he reveals the specific methods that transformative mediators use to assist parties in regaining their sense of balance between self and other.

John Peter Weldon M.A., LL.L., C.Med

What is the work of mediation?

For over thirty years, many mediators have viewed conflict as an expression of competing party needs and interests[3]. By conducting a managed process of rational enquiry, they have aimed at uncovering overlapping areas in the parties' respective needs and interests, leading disputing parties through a series of predetermined negotiation steps designed to bring them to a settlement[4].

There is another way of looking at it. In the alternate view, conflict is mainly about a crisis in human interaction: people caught up in conflict tend to lose their sense of perspective. They find it hard to see themselves and their opponent objectively as they succumb to the reflex of fight, flight or freeze[5]. They feel cut off from their own resources and tend to see their adversary in the worst possible light, creating a vicious circle of mutual victimhood and hostility which further escalates the conflict.

The transformative view is that people who are dealing with ongoing conflict have a tendency to feel more vulnerable, confused, fearful, disorganized, indecisive and unsure about themselves – in a more weakened state generally – than before the conflict began. They also tend to feel more self-protective, defensive, suspicious, hostile, and demonizing towards their opponent – more self-absorbed generally – than previously.

Just as a cut finger heals by itself within a week or so without having to consult a health professional, most of our conflicts resolve themselves on their own without calling in a conflict specialist. When they do resolve themselves, it is usually a result of our being able to regain a calmer, clearer, more confident, more focused, more articulate, more decisive, and therefore stronger state generally – all by ourselves. It also may mean that we have, on our own, become relatively more attentive to our opponent's plight, more apt to grant the benefit of the doubt, more open to another point of view – in a word, more ready to treat our opponent like another human being.

But for the rare conflict that pushes us past our limits, keeps us awake at night, and makes us miserable, it may be necessary to get help. But what kind of help do we need? There is no longer just one answer to that question. It's no longer just a choice between consulting a lawyer, say, or calling a mediator. With the maturing of the mediation field have come diversity and consumer choice[6]. Because mediation itself now comes in different shapes and sizes[7], it's important to know what kind of mediator is needed in any given situation.

Transformative mediators believe that what people in conflict need most is someone who is skilled in accompanying them in a particular kind of conversation whereby each party is helped to regain their footing, gradually shifting to an enhanced sense of personal agency (empowerment shifts) and to a more attentive view of the other party's experience of the dispute (recognition shifts). Fostering an improved climate of communication between parties in conflict, from which appropriate and lasting outcomes can emerge, has been the hallmark for the past twenty years of Transformative Mediation.

Party self-determination

What distinguishes all types of mediation from adjudication is the foundational principle of party self-determination. According to this principle, it is the parties themselves who should be responsible for making any decisions affecting them, assisted by a neutral third-party without decision-making power (barring the arbitration component of med-arb). This principle of self-determination has a central place in definitions of mediation to be found in the mediation literature[8], mediator codes of conduct[9] and various regulatory instruments[10] around the world.

Here's how authors Boule and Kelly[11] present the central position of self-determination in their discussion of mediation :

> The informality and flexibility of mediation allows for extensive and direct participation in the process. Mediation is a highly accessible system of dispute resolution. This access and participation is available firstly to the disputants who, subject to elementary rules of decorum, can talk, negotiate and discuss options throughout the process. Direct party participation in mediation is justified in terms of the promotion of responsibility for choices and the dignity of individuals. It assumes that the parties themselves can make better decisions about their interests than outsiders, such as judges and arbitrators, and that if they perceive themselves to 'own' the process they will be more supportive of the outcome. No other contemporary method of dispute resolution accommodates as much direct participation by the parties as does mediation and this 'self-determination' aspect of the process has been highly evaluated by the parties, even when no settlement has been reached.

While sharing with other types of mediation the ethical values of independence, impartiality and confidentiality, what distinguishes Transformative Mediation is the extent to which party self-determination is applied, not only to the content, but to the very process of the parties' mediation conversation[12].

This has led some people to assume that transformative mediators, by taking a non-directive stance towards the parties, risk allowing the stronger one to dominate a session[13]. This is a misconception. Parties have an equal say in the direction of the transformative mediation session, and each party has a veto over how it is to take place. If at any point one party believes that the other has overstepped the bounds and is no longer acting reasonably, he or she can call a halt, request a separate meeting, end the session, or terminate the mediation. No one will be forced to do anything they don't want to do. As a mediator I don't just let things happen; non-directive does not mean passive. As I explain later in this article, I intervene regularly[14] in the parties' conversation in very specific ways that allow parties to reconsider their own comments and adjust their behavior accordingly.

My own journey

I had been practicing family and then criminal litigation for fifteen years in Montreal and Sherbrooke, Quebec, when in 1993, dissatisfied with the hard-edged decisions of the adversarial system, I opted to train as a family mediator, intending to bring parties to agreement while avoiding conflict.

In 1994 I began reconsidering the role of conflict in mediation—whether avoiding conflict was the best way to resolve disputes. That year I read the groundbreaking book, *The Promise of Mediation*[15]. by Robert A. Baruch Bush and Joseph P. Folger, where the authors argue that parties in mediation, given the opportunity to speak frankly and freely to each other, and supported by a specially trained mediator, tend to resolve issues more satisfactorily than when mediators set restrictions on conflictual interaction.

I was intrigued by the integrity and consistency of the Transformative Mediation approach. Since that time I have gained accreditation as a Certified Transformative Mediator™ and have practiced this type of mediation in over 800 cases, first as a family mediator and more recently mediating conflicts in the workplace. I currently teach Transformative Mediation in Canada, the U.S., and France.

Here in Quebec, I have trained over 200 mediators in the transformative approach for the Continuing Legal Education Service of the Quebec Bar[16], over 50 of whom have recently formed the Network for a Transformative Approach to Conflict[17]. L'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) has sponsored two major ADR symposia in Montreal highlighting transformative mediation, the first in April 2011[18] and the second scheduled for November 15, 2012[19]. In April 2011, Professor Baruch Bush and I co-taught an intensive course in transformative mediation to 20 of Quebec's leading mediators, mediation trainers, and scholars.

The evolving face of Transformative Mediation

It should be noted that Transformative Mediation practice evolved dramatically between 1994, when the first edition of *The Promise of Mediation* was published, and 2005 when the New and Revised Edition[20] came out. The main message of the original edition was that if mediators wanted to take party self-determination seriously, they would have to avoid mediator directivity.

Unfortunately, this message was not accompanied by a detailed description of what the mediator should put in its place, so that early transformative mediators were often loath to intervene much at all, taking a relatively hands-off approach towards party interaction in order not to influence party decision-making. A basic confusion arose between mediator directivity and mediator participation in party interaction, with the result that early transformative mediations, while successful, could be unnecessarily lengthy and prolonged.

It was not until the 2005 edition that a complete description of the method was fully articulated. Although the two editions bear the same name, they are essentially <u>two different books</u>—something that escaped the attention of many in the field, the un-

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

dersigned included. The 2005 edition, informed by the tens of thousands of mediations that had taken place at the United States Postal Service (USPS) and elsewhere in the intervening period, provides a detailed portrait of Transformative Mediation practice. The updated model that now emerged was decidedly interventionist and hands-on, equipping the transformative mediator with a powerful array of non-directive intervention strategies designed to accelerate the process of conflict transformation by the parties[21].

The broad diversity of settings in which the transformative approach has been successfully applied is the subject of *Transformative Mediation: A Sourcebook*[22], edited by Folger, Bush and Della Noce, published in 2010. The book provides a comprehensive survey of mediation theory and practice, with specific chapters devoted to how transformative mediation has been used successfully in the court system, family law, workplace disputes, work team development, the schools, community issues, elder care, victim-offender mediation, aboriginal issues, and ethno-political conflict. I have been granted the exclusive rights to translate this essential new book into French for the Quebec, French-Canadian and European mediation communities.

What's so different about transformative mediation?

Transformative Mediation is a powerful means of helping parties resolve interpersonal conflict. It differs from other mediation methods in two important ways: parties are allowed to engage in frank, open conversation, and they determine their own agenda and goals.

Mediators using other methods often say that they control the process and the parties control the outcome, but transformative mediators look at it differently. Convinced that process has a direct bearing on outcome, they present mediation not as a procedure to be followed, but as a conversation to be held – in the way that will best address the parties' needs for "voice" and "choice".

You might wonder how a responsible mediator could give up control of such things as ground rules and still remain effective. I will describe several techniques that will answer that question in detail, but the key is for the mediator to take a non-directive approach while allowing the parties to engage in direct conversation. This stems from the mediator's conviction that with the appropriate accompaniment, parties have what it takes to achieve clarity, to make considered decisions, and to take into account each other's viewpoint. In the end, if everyone has been heard, all parties will consider the results achieved as fair and reasonable—creating an outcome that will stand up over time.

A proven track record

By 1994, USPS, the second largest employer in the US, had accumulated a backlog of over 14,000 discrimination and harassment complaints. The service had also been traumatized by over forty workplace homicides, originating that unfortunate expression "going postal". USPS approached Bush and Folger to find some means of creating a safer, more productive workplace. USPS had two related goals: they wanted to provide employees with a rapid, informal, and confidential complaints treatment process, and they wanted a process that would give both employees and supervisors skills to deal with conflict in the future. At their request Bush and Folger oversaw the training of 3,000 outside mediators, 1,500 of whom were retained to serve in this massive nation-wide program[23].

Results from the first ten years of the REDRESS™ transformative mediation program at USPS (1998-2008) were documented and collated from 227,000 post-mediation exit surveys concerning over 65,000 mediations by the research team of Lisa Bingham[24] at the University of Indiana. Rated by employees and supervisors who went through the mediation process, which had a voluntary participation rate of **80%,** satisfaction with outcomes averaged 67%, satisfaction with the process averaged 90%, and satisfaction with the mediator averaged 97%. Moreover, upon full implementation of the program, formal discrimination complaints dropped by 25% and informal complaints by 35%, an indication that employees and supervisors were better equipped to resolve their disputes on their own.

Broadening the scope of mediation

Transformative Mediation works well because it deals not only with issues, but with emotions and attitudes, and it helps people take a broader view of their situation. Although people come to mediation hoping to resolve their conflict, literature from a wide range of academic fields[25] has shown that what is most disturbing and difficult for people in conflict is the way it makes them feel about themselves and the way it makes them act towards the other party—especially towards someone they previously got along with. People dislike being resentful and hostile. As strongly as they might feel about resolving specific issues, and as much as they want justice, what they desire most and first is to regain a sense of control over their own lives and to end the ongoing state of hostilities with the other side.

In practical terms, for people in conflict, the purpose of mediation is to help them understand what they need, what they want, and what they can do to bring it about. To get to that point parties will need to express what is important to them, begin to listen differently to each other, and be heard by each other. Only after they have seen the situation from a broader perspective can they make decisions about an appropriate outcome.

A frank, open, and self-regulating conversation

Some mediators believe there are good reasons for keeping parties with volatile emotions apart, or for insisting that they do not engage in frank, open discussion. By doing so the mediator hopes to maintain con-

PennWest
Exploration

trol of the session so that logic, rather than emotion, will prevail.

The problem with this approach is that when parties defer control of the process to the mediator, and are not permitted to express how they really feel about the situation, they can become more like spectators than full participants at their own mediation. They may have to deal with what the mediator wants them to consider or how she wants them to talk, rather than what they want to discuss, in their own way. People in a state of conflict are often very upset. Until they have expressed their own views and had some assurance that they were heard, they will remain unwilling to consider the other side's point of view or reconsider their own position. With this state of mind prevailing, constructive options are unavailable to them.

The transformative mediator takes a different approach. Parties are offered the opportunity to set boundaries involving both topics and tone, and to establish what they regard as appropriate for inclusion in the conversation. While the transformative mediator does not provide a policing function over party dialogue, she encourages parties to become their own regulators—with the mediator's assistance.

For example, if both parties have agreed to refrain from abusive language, but one party becomes abusive during the mediation, here's how I might handle it: I will reflect back what the offending party has said, giving him or her the opportunity to correct or retract. If the abusive language continues, and the person receiving it appears offended, I could ask him or her if they would like to have a private meeting with me. Upon returning to the mediation room, I would propose a similar private meeting to the other party. Back with both parties, the offended party might then feel strengthened enough to say to the other:

> "I would like to ask you not to use abusive language. If you do I will end the session."

The effect of a statement like this coming from an offended party can be transformative for both parties. In this model of mediation, the mediator does not deliver the message, the offended party does. This can provide a context allowing the offending party to realize that using abusive language is not acceptable[26], a large part of the transformation taking place in each party's own inner dialogue.

The transformative mediator therefore allows parties to express themselves and to go as far as they need to go towards the heart of the conflict. When party interactions heat up, the mediator does not lose her footing. She knows from training and experience how the negative and destructive downward spiral of conflicting interaction can change into a positive and constructive upward spiral of respectful, civil communication. By fostering small shifts in perspective, the mediator helps each party regain a sense of personal authority and respect for the other party's point of view.

Shifts in position and perspective

Transformative mediators find that during the conflict interaction in a mediation session, both parties experience incremental and cumulative shifts in position and perspective that allow them to clarify their own views ('empowerment shifts') and take into account the other person's point of view ('recognition shifts').

Tracking these subtle but palpable shifts in attitude, expression, and demeanor are central to transformative mediation practice. To help these shifts take place the mediator uses four main non-directive and supportive communication techniques: reflecting, summarizing, check-in questions, and backing out/staying out[27] that can act as potent accelerators of the parties' transformation of the conflict interaction. Proactive listening underlies all of these techniques. The mediator monitors carefully how parties are expressing themselves, paying particular attention to their tone of voice, facial expressions, physical gestures, tempo of speech, particular choice of words and expressions, as well as moments of silence.

Reflecting

The main technique described by Bush and Folger is what they call reflecting[28], a term that has been given a particular meaning in the transformative model. Whereas other mediators may use reflection as an opportunity to reformulate or reframe the speaker's message, the intention here is different.

When a party has said something that seems important to him or her, the mediator reflects back what the person said in a way that conveys not only the logical meaning but the emotional meaning of their words, as evidenced by the energy with which they expressed them:

> "Anne, you seem really annoyed that Jack keeps coming back to the question of your arriving late to work that day, when you consider that it was an isolated incident due to the sudden illness of your daughter.'

Reflecting confirms for the party who spoke that the mediator gets what she said, even if the other party still does not. The mediator reflects one party at a time, without moving back and forth between parties; the mediator does not attempt to convey the message to the other side, but rather delivers the message back to the speaker for consideration.

When parties hear an accurate reflection of what they have expressed they are given the opportunity to reconsider whether what they said is complete, or whether they should rephrase, reiterate, or correct their message. Even when a person is reluctant to speak, a mediator can reflect this reluctance back to the person – basic acknowledgment can be helpful. Reflection shows respect for the message. When speakers receive this respect they are more inclined to present their position respectfully. In this way the reflection can be transformative for the speaker.

The experience for the listener can be transformative also. When the mediator is reflecting back to one party, the other party, who might not have been listening closely to his adversary, or even listening at all, is given a second opportunity to listen in and consider what is being said, without being put on the spot. In this way, each party becomes more aware of the other's position.

Summarizing

Another powerful technique for helping parties keep track of their conversation is what is referred to in Transformative Mediation as summarizing[29], which is also given a specific meaning in this model. Addressing both parties, the mediator might begin the summary with a general comment:

> "You both have put a lot on the table in your conversation."

The mediator will start tentatively with a suggestion like:

> "Maybe it would be helpful if I summarize the points where you agree and those where you disagree, so you can decide where to go from here."

For each topic that has been discussed, the mediator will briefly summarize what has been said by each party,

> "On the topic of what was said coming out of the meeting, Mary, you said that George deliberately humiliated you in front of the others by imitating your accent."

and to the other party,

> "George, on that same topic, you said that it was all meant as a joke to ease the tensions of a difficult meeting and that you meant Mary no harm."

The summary recaps the themes of the conversation, pointing out where the parties differ and where they agree on each theme, until the summary has covered precisely and concisely the main issues raised in recent conversation.

In making a summary, the mediator does not emphasize the positive or downplay any disagreements. She does not comment or make judgments or draw conclusions; but describes the positions accurately so that both parties can see where they stand. Summaries provide clarity. They represent opportunities for parties to consider where they are at that moment. By providing regular summaries throughout the session, the mediator helps parties keep track of areas where they agree and, more importantly, where they disagree, while always leaving them the freedom to decide what they want they want to do about them. When parties have heard a summary they will usually pick up the conversation and continue.

Check-in Questions

A third transformative communication technique is a specific type of open-ended question, known as a check-in[30]. This technique can be very helpful when parties experience a lull or an impasse in their conversation. Unlike in other types of mediation that rely heavily on mediator questioning, this is one of the few instances where you will hear a transformative mediator ask questions, almost all other mediator interventions in this model taking the form of declarative statements.

When the mediator pauses after a summary, she is allowing both parties to decide what they will do next. If no one jumps in, then the mediator might want to check in with the parties by asking a question like:

> "So where do you want to go from here? You might want to talk more on any of these topics, or raise a new topic, or do something completely different. That is entirely up to the both of you. Where would you like this conversation to go now?"

By phrasing the options in this open-ended way the mediator is reminding the parties that they are in charge of the conversation.

Mediators can also help the process along by asking questions about points that might need elaboration. For example, the mediator might say,

> "You keep referring to November as a turning point. Would you like to say more about what happened then?"

When parties lose track of time the mediator might say,

> "You know there's a half-hour left in your session. How would you like to use the remaining time?"

The mediator might use a question to get the discussion moving again after a tense exchange. For example, intervening after a pause, the mediator might say,

> "Does anyone want a time-out, or a private meeting with me?" "Has this session gone as far as it can go? Would you prefer to end it here?"

Check-in questions like these are specific but they do not suggest a specific answer or course of action. They allow people in conflict to weigh their options. Knowing that they can end the session at any time, or take a break, or speak privately with the mediator, they are reminded that they are in control and that their choices are important to the outcome.

The mediator might also check in with a party to see if he or she is having a problem:

> "You just turned away. I'm wondering if you're uncomfortable with what's being said?" or "Are you okay with how much you're getting to say?"

Specific questions like these can help parties to remain engaged, clarify their position, or express themselves without being led by the mediator in any specific direction.

Staying/backing out

Staying/backing out is the fourth technique used in transformative mediation. When the conversation seems to have stalled, the mediator does not immediately jump in; sometimes it's important to let the silence settle. Although no one is talking, it doesn't mean that wheels are not turning. The mediator resists the temptation to push things along—people move more efficiently at their own pace, and by making their own choices they regain a sense of

STEWART McKELVEY
LAWYERS • AVOCATS

control.

When the parties are communicating in a positive and constructive manner, the mediator stays out of the conversation, closely monitoring for party self-empowerment and inter-party recognition shifts, and preparing for summarizing. If the mediator senses that the session needs refocusing, after a pause she will either reflect back what the last party has said or, if there has been a period of party-to-party talk, she will make a summary of the two positions, followed by a check-in question.

Tracking shifts in tone, demeanor and position

The more heated the exchange between the parties, the more frequently the mediator intervenes in their conversation, with the specific transformative techniques of reflecting, summarizing and check-in questions. If a party speaks over her words, the mediator allows herself to be interrupted, so as not to obstruct the party's momentum. After waiting patiently, the mediator seizes the next opportunity to intervene. If a reflection or a summary is off the mark, she allows herself to be corrected. She regularly consults with the parties on how they wish to continue with the conversation. Throughout the session, the mediator displays a confident manner, following any new direction taken by the parties, without worrying that parties are straying from any agenda they may have agreed upon. Mediator patience, forbearance, and respect allow the mediation to take its own course.

While the parties are thus engaged in self-directed conversation, they are constantly making their own decisions about content: what to bring up, what to withhold, and how and when to make a point. They also decide who speaks when, for how long, and how time will be used. Parties are constantly making decisions about how to behave in the conversation: whether they will interrupt, express frustration, or remain silent. Each time parties make these different kinds of decisions, they are distancing themselves from feelings of victimhood and enhancing their feeling of autonomy. They may also be reconsidering the reasonableness of their own positions[31], thereby creating more flexibility and room for possible agreement.

Throughout the conflict interaction, the mediator is on the lookout for signs of increasing party self-regulation. A person might begin by overstating a position, then, after hearing it reflected back to him by the mediator, he might restate his position more accurately or less aggressively. Likewise, a party using offensive language, who hears his own words reflected back to him, may regret his choice of words and begin speaking more moderately; or the party listening to the other person being reflected might unexpectedly say that they understand what that party has been trying to say. All these statements express positive shifts in position within the conflict interaction. These shifts are the building blocks of increased clarity and understanding, laying a foundation for enhanced decision-making and cooperation.

Dealing with strong emotion

Transformative mediators are trained to be aware of the emotional component of party expression[32]. They have learned that emotions are a legitimate part of communication and should not be ignored, criticized or dismissed as irrelevant. People use emotion to signal the importance of a topic, or to express strongly held beliefs, or to emphasize the effects of some past action. Their feelings can be traced to factual events. The mediator therefore takes emotional tone seriously. When reflecting strong emotion, a mediator might use words like sad, angry, afraid, bothered, fed up, anxious, surprised, relieved or pleased. Specific descriptive words help a party to clarify his or her position, and help the other party understand the intensity of that position.

Separate meetings

Because the real work of conflict transformation takes place where parties speak directly to each other, separate meetings in the transformative model serve mainly to help each party prepare for the direct meeting. In preparing for mediating an allegation of workplace bullying, for example, I always meet separately beforehand with each prospective party. This preparatory meeting allows each party to tell me about his or her specific situation—what led to the conflict, what was most upsetting about it, and what solution he or she may be hoping for. At that initial meeting, we also review the Mediation Participation Agreement prepared in advance for them to take home and consider. The agreement begins by stating, "This is your conversation; you're the ones who decide what you want to talk about, how you want to express yourselves and for how long." The agreement addresses such matters as confidentiality, objectives, any guidelines they may wish to adopt, private meetings, potential outcomes, writing up agreements, and follow-up.

During the mediation conversation parties may request, or the mediator may propose, separate meetings for various reasons. Separate meetings offer parties a safe interlude, where they can take a breather, gain strength in themselves, and sort out with the help of the mediator what they plan to say when they return to the mediation conversation.

What about settlement?

While the majority of mediators set themselves the goal of bringing the parties to

What do parties want from Mediation[33]?

We saw that while our clients were indeed interested in working out agreements to problems, this was by no means their only concern. In fact, the use of a mediation model that emphasized a continuous drive toward the goal of agreement seemed to give short shrift to our clients' needs to fully work through the complex layers of interaction that so often characterize interpersonal conflict. (...) The agreement-focused model we were using emphasized identifying tangible issues and solving problems and, though our mediators had become adept at using it and could indeed help people find solutions, the most significant aspect of their difficulty was missed if the interaction between the parties was not addressed.

- Patricia Gonsalves, Director, Greenwich Mediation Centre, UK

settlement by leading them through a series of predetermined steps or stages, transformative mediators instead focus their ongoing attention on providing opportunities for each party to feel more empowered and subsequently more connected, as their conversation unfolds in a free-flowing and self-structuring manner.

The less a mediator strives for an agreement, and the more the climate of communication improves between the parties, the more likely is a valid, heartfelt agreement to emerge. This is not to say that agreements are more likely to result from transformative mediation, but that agreements that do result are more likely to stand up over time due to the highly participatory nature of the process. When parties control all the various aspects of their conversation, cover all the topics they consider important, and come to agreements of their own choosing in their own way, they tend to reach outcomes they can accept and act upon. And even where no formal agreement is signed, the fact that parties have had an opportunity to clarify their goals, options, and resources, better understand the other person's viewpoint, and arrive at a broader picture can represent positive and valuable gains for them in their ongoing situation.

Conclusion

In the space of 20 years, Transformative Mediation has taken its place alongside other mediation models based on other theories of conflict with other forms of practice. Not only has it been widely recognized in the mediation literature and by national and international mediator accrediting bodies and associations, but it has had and continues to have considerable influence on the development of mediation theory and practice generally.

In this article I have attempted to describe what transformative mediation is and how it works. There is nothing mysterious or esoteric about the techniques used; they are based on practical experience and they help people who are in conflict. My hope is that this intimate portrait has increased your understanding of transformative mediation.

Read more about transformative mediation

1. Bush, R.A.B., and Folger, J.P., *The Promise of Mediation, New and Revised Edition*, 2005, San Francisco, Jossey-Bass.
2. Folger, J.P., Bush, R.A.B., Della Noce, éd., *Transformative Mediation: A Sourcebook; Resources for Conflict Intervention Practitioners and Programs*, 2010, New York, Association for Conflict Resolution (ACR) and Institute for the Study of Conflict Transformation (ISCT)
3. Institute for the Study of Conflict Transformation, *Annotated Bibliogaphy of Institute Ressources* (58 pages) – 70 published books, chapters, and articles on transformative mediation theory, practice implications, training implications, research, and policy implications. www.transformativemediation.org/sites/default/files/Institute%20Annotated%20Bibliography%20Update%20MAR%202012.pdf

1 Accredited as a mediator by the Quebec Bar, ADR institute of Canada, l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ), the International Mediation Institute (IMI) and the Institute for the Study of Conflict Transformation (ISCT), John Peter Weldon is a member of the Participatory Justice Committee of the Quebec Bar and spokesperson for the Network for a Transformative Approach to Conflict. For more information on transformative mediation, John Peter invites you to visit his website *Towards a Culture of Respect* at www.johnpeterweldon.com. He welcomes your comments and questions about this article at johnpeterweldon@gmail.com

2 http://www.transformativemediation.org/

3 Fisher, R. et Ury, W. *Getting to Yes: Negotiating an Agreement Without Giving In*, 1981, New York, Random House Business. This best-seller by two Harvard professors gave mediation its first theoretical underpinnings, interest-based negotiation, allowing it to gain a wide following in the ADR community, ADR being understood as an alternative to the adversarial system in Court, which is based on a distributive justice model. Interest-based negotiation, which uses an integrative justice model, is at the heart of facilitative mediation, which has been taught at Harvard since the early '80s, a variation of which, known as integrative mediation, has been taught at Sherbrooke University in Quebec since 1998.

4 See Christopher Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 2nd ed., 1996, San Francisco: Jossey-Bass Publishers, amongst many others, for a description of facilitative mediation.

5 Cannon, W.B. (1929). *Bodily changes in pain, hunger, fear, and rage*. New York, Appleton-Century-Crofts

6 See *Mémoire amendé sur l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure du Québec* filed with the Institutions Commission of the Quebec National Assembly by le Réseau pour une approche transformative on March 30, 2012, available at: www.johnpeterweldon.ca

7 Alexander, N., *The Mediation Metamodel: Understanding Practice*, Conflict Resolution Quarterly, vol. 26, no.1, Fall 2008 © Wiley Periodicals Inc., identifies six distinct mediation models : evaluative, settlement, facilitative, wise counsel, traditional, and transformative; Boule, L. et Kelly, K.J., *Mediation Principles, Process, Practice*, 1998, Toronto, Butterworths, identify four models : evaluative, settlement, facilitative and transformative. The Association for Conflict Resolution's *Model Standards for Mediator Certification Programs* recognizes seven distinct mediation frameworks: facilitative, transformative, narrative, evaluative, inclusive, analytical and responsive - frameworks being defined as 'philosophies and methodologies that identify how the mediator carries out and identifies his practice' : http://www.acrnet.org/uploadedFiles/Practitioner/ModelStandardsofConductforMediatorsfinal05(1).pdf. The International Mediation Institute (IMI) certifies mediators according to distinct criteria based on the three different mediation models recognized by the Institute : facilitative, evaluative and transformative : http://imimediation.org/

8 See, for exemple, Boule, L. and Kelly, K.J., Op.cit. (note 6)

9 For an example, see Section 3 of the ADR Canada, Inc. Code of Conduct for Mediators: http://www.adrcanada.ca/resources/documents/National_Mediation_Rules_2011April15withtaxnote_001.pdf

10 This is the thrust of France's treatment of mediation in Section 21 of Law n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, as amended in 2011. http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000350926

11 Boule, L. and Kelly, K.J., Op cit (note 6) page 41.

12 The US Model Standards of Conduct for Mediators, adopted by the American Arbitration Association, the American Bar Association and the Association for Conflict Resolution, of which Standard 1: Self determination was amended in 2005 to extend respect for party self-determination to the process of mediation itself: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/documents/model_standards_conduct_april2007.authcheckdam.pdf

13 See Bush, R.A.B. et Folger, J.P., *Mediation and Social Justice: Risks and Opportunities* 2012, 27 Ohio St. J. on Disp. Resol, for an in-depth analysis of the criticism that when there is a power imbalance between the parties, any type of mediation can only produce an unjust outcome for parties and society as a whole. Article summarized by Simon, D., *Does Mediation Threaten Social Justice? Bush and Folger Weigh In:* http://www.transformativemediation.org/?q=node/137

14 *Author's note*: according to recent videos, I tend to intervene on average about every 90 seconds.

15 Bush, R.A.B., and Folger, J.P., *The Promise of Mediation*, 1994, San Francisco, Jossey-Bass.

16 Quebec Bar CLE Training : *La médiation d'une allégation de harcèlement psychologique : l'approche transformative :* http://www.barreau.qc.ca/formation/activite.jsp?noActiv=1433&namePage=activite.jsp&Langue=fr

17 Network for a Transformative Approach to Conflict is Launched:http://www.johnpeterweldon.com/?p=272#more-272

18 2011 IMAQ *Mediation at Work* Congress PowerPoint presentations are accessible on line (in French) at: http://www.imaq.org/2011/04/24/la-mediation-au-travail-option-rentable-effets-durables-presentation-des-conferenciers/

19 http://www.imaq.org/

20 Bush, R.A.B., and Folger, J.P., *The Promise of Mediation, New and Revised Edition*, 2005, San Francisco, Jossey-Bass.

21 *Author's note*: since updating my own intervention strategies a few years ago, my mediations, by providing better hands-on support for party interaction, now take on average half as long as before.

22 Folger, J.P., Bush, R.A.B., Della Noce, D.J., ed., *Transformative Mediation: A Sourcebook; Resources for Conflict Intervention Practitioners and Programs*, 2010, New York, Association for Conflict Resolution (ACR) and Institute for the Study of Conflict Transformation (ISCT), summarized by Zeman, A.W., *An Unabashedly Values-Based Mediation Practice:* http://www.mediate.com//articles/ZemanA1.cfm

23 For a description of the REDRESS™ program at USPS : http://about.usps.com/what-we-are-doing/redress/programs.htm
24 Bingham, L.B., Hallberlin, C.J., Walker, D.A., et Chung, W-T : *Dispute System Design and Justice in Employment Dispute Resolution : Mediation at the Workplace*, Harvard Negotiation Law Review Vol. 14:1, available without charge on line at : http://www.hnlr.org/wp-content/uploads/2009/09/1-50.pdf
25 Rubin, J. Z., et al., Social Conflict: Escalation, Stalemate and Settlement (2nd ed. 1994); Goleman, D., Emotional Intelligence: Why it Can Matter More than IQ (1995); Beck, A. T., Prisoners of Hate: The Cognitive Basis of Anger, Hostility and Violence (1999); McCorkle, S., Mills, J., Rowboat in a Hurricane: Metaphors of Interpersonal Conflict, 5 Comm. Rep. 57 (1992)
26 Schultz, K. (2010) Being Wrong: Adventures in the Margin of Error. Harper- Collins, http://blog.ted.com/2011/04/19/on-being-wrong-kathryn-schulz-on-ted-com/
27 Presentation of the 4 transformative intervention techniques closely follows the description provided in Backlund, W., Bush, R.A.B., Saul, J.A., *Mediation : Principles & Practice - The Transformative Framework*, Copyright © 2010 Institute for the Study of Conflict Transformation, Inc., p. 44 et ss., used by permission.
28 Ibid, p. 44
29 Ibid, p. 47
30 Ibid, p. 52
31 Schultz, K.., Op cit, note 25
32 Backlund, W., Bush, R.A.B., Saul, J.A., Op. cit., note 27, p. 55
33 Gonsalves, P. and Hudson, D. T., Supporting Difficult Conversations: Articulation and Application of the Transformative Framework at Greenwich Mediation: http://www.mediate.com/articles/greenwichM1.cfm

La médiation transformative au soutien de l'autodétermination des parties

John Peter Weldon M.A., LL.L., Med.A

Médiateur, professeur adjoint de médiation à la Faculté de droit de l'Université Hofstra (Long Island, NY), formateur en médiation au Service de la formation continue du Barreau du Québec et avocat, John Peter Weldon[1] est un pionnier de la médiation transformative au Québec. Collaborateur du professeur Robert A. Baruch Bush, coauteur de *The Promise of Mediation* et cofondateur de *l'Institute for the Study of Conflict Transformation*[2], il est le premier francophone à avoir reçu l'accréditation de *Certified Transformative Mediator*™. Il est un membre actif de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) et de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada (IAMC).

Dans cet article l'auteur esquisse un portrait intime de la médiation transformative; il décrit la théorie du conflit sur laquelle elle s'appuie ainsi que ses objectifs et dévoile les méthodes spécifiques utilisées par les médiateurs transformatifs pour aider chaque partie à regagner un sentiment d'équilibre entre soi et l'autre.

En quoi consiste le travail de médiation?

Pendant plus de 30 ans, les praticiens du modèle facilitant de médiation[3] ont considéré le conflit comme l'expression d'une compétition entre les besoins et les intérêts des parties. Par le biais d'un processus contrôlé d'examen visant à identifier rationnellement des points de convergence entre les besoins et intérêts respectifs des parties, le médiateur amenait les parties en discorde à franchir une série d'étapes prédéterminées de négociation destinées à les mener à une entente[4].

Il existe une autre façon d'envisager le conflit. Dans cette autre vision, le conflit est considéré essentiellement comme une crise d'interaction humaine. Les personnes aux prises avec un conflit ont de la difficulté à mettre les choses en perspective, à se percevoir elles-mêmes et à percevoir leur adversaire de façon objective, ce qui les pousse par réflexe à réagir, soit en livrant bataille, soit en prenant la fuite ou en figeant (réflexes que la recherche[5] a définis comme « the *fight, flight, or freeze response »)*. Sous l'emprise du conflit, les parties se sentent privées de leurs moyens habituels et tendent à considérer leur adversaire de la pire manière possible, créant ainsi un cercle vicieux où elles se perçoivent comme victimes l'une de l'autre et alimentent une hostilité réciproque, précipitant ainsi une détérioration de la communication et l'escalade du conflit.

Selon la compréhension transformative du conflit, une personne plongée dans un conflit qui persiste a tendance à se sentir davantage vulnérable, confuse, craintive, démunie, désorganisée, incertaine, indécise, et victime – en un mot, plus déstabilisée qu'avant que le conflit éclate. Parallèlement, cette personne a tendance à nourrir des sentiments davantage défensifs, méfiants, hostiles, voire diabolisant – en un mot, plus fermés envers son adversaire qu'avant le conflit.

Un peu comme la coupure au doigt qui se guérit d'elle-même, sans qu'on ait besoin de consulter un professionnel de la santé, la plupart de nos conflits se règlent d'eux-mêmes sans qu'on ait besoin de consulter un spécialiste. Cela veut dire que, sans aide, on est devenu plus calme, lucide, confiant, centré, articulé, décidé et agissant – en un mot, plus compétent. Et parallèlement, on est devenu dans un deuxième temps relativement plus attentif à l'autre partie, prêt à lui accorder le bénéfice du doute, apte à tenir compte de son point de vue – en un mot, plus ouvert à considérer notre adversaire comme un autre être humain.

Mais pour le rare conflit qui nous fait perdre nos moyens, nous réveille la nuit, et nous empoisonne l'existence, il peut être nécessaire de chercher de l'aide. De quelle sorte d'aide avons-nous besoin à ce moment-là? La question débouche aujourd'hui sur des réponses multiples. Car il ne s'agit plus du simple choix entre une consultation avec un avocat et une séance avec un médiateur. Nous vivons aujourd'hui à l'ère de la diversité des pratiques de médiation et du libre choix du justiciable[6]. Et puisque la médiation se conjugue dorénavant au pluriel[7], si on opte pour la médiation, il faut maintenant déterminer la sorte de médiation dont on a besoin.

Les médiateurs qui adhèrent à l'approche transformative croient que ce dont les personnes en conflit ont le plus besoin, c'est d'être accompagnées par une personne qui les aide à mener un type particulier de conversation dans laquelle chaque partie va graduellement pouvoir retrouver ses repères en reconquérant son autonomie personnelle (*empowerment shifts*) et en devenant plus attentive à la manière dont l'autre partie vit la dispute (*recognition shifts*). Au cours des 20 dernières années, la

facilitation d'une meilleure communication entre les parties en conflit afin que puisse émerger une issue appropriée et durable a constitué la marque distinctive de la médiation transformative.

L'autodétermination des parties

Ce qui distingue l'ensemble des approches de médiation des processus d'adjudication, c'est le principe de l'autodétermination des parties, voulant que ce soit aux parties elles-mêmes et non à un tiers décideur qu'incombe la responsabilité de trouver des solutions à leur litige, aidées en cela par un tiers neutre sans pouvoir décisionnel (exception faite de l'approche « méd-arb »). Le principe de l'autodétermination occupe une place centrale dans toutes les définitions de la médiation figurant dans la doctrine[8], dans les codes de conduite et de déontologie[9] et dans les diverses formes de réglementation de la médiation[10] partout dans le monde.

Voici comment les auteurs Boule et Kelly[11] présentent la centralité du principe de l'autodétermination des parties dans la définition de la médiation:

> « L'absence de formalisme et la flexibilité de la médiation permettent la participation entière et directe des parties au processus. La médiation est un mode de résolution de disputes hautement accessible. Grâce à son accessibilité et à son potentiel de participation, les parties en conflit, soumises à quelques règles élémentaires de décorum, peuvent converser, négocier et échanger des options à tout moment du processus. La participation directe des parties à la médiation se justifie au regard de la promotion de la prise de responsabilité pour les choix qui seront effectués et de la dignité de l'individu. Elle sous-tend que les parties sont capables de prendre elles-mêmes de meilleures décisions au sujet de leurs intérêts que ne le feraient des tiers, tels que juges ou arbitres, et que si elles se sentent maîtres du processus, elles seront plus enclines à appuyer les résultats qui en émaneront. Aucune autre méthode contemporaine de résolution de disputes ne fait autant de place que la médiation à la participation directe des parties, et même lorsqu'aucun règlement n'est intervenu, les parties ont évalué très positivement cet aspect 'd'autodétermination' du processus. »

Si la médiation transformative partage avec les autres types de médiation les valeurs éthiques d'indépendance, d'impartialité et de confidentialité, ce qui la distingue, c'est l'étendue qu'elle accorde en théorie et en pratique au principe de l'autodétermination des parties, celui-ci s'appliquant non seulement au contenu de la conversation des parties en médiation, mais également au processus de cette conversation[12].

Or, l'étendue accordée au principe de l'autodétermination des parties en médiation transformative a conduit certains à juger que l'adoption par les médiateurs transformatifs d'une position non directive à l'égard des parties encourageait les personnalités les plus fortes à dominer les séances de médiation[13]. Cette conception est erronée. En effet, les parties ont voix égale au chapitre quant à l'orientation de la conversation lors des séances de médiation, et chaque partie dispose d'un veto sur la manière dont ces séances doivent se dérouler. Si à un quelconque moment, une partie estime que l'autre partie dépasse les limites et n'agit plus de façon raisonnable, elle peut demander de faire une pause, solliciter une rencontre en privé avec le médiateur, mettre fin à la séance ou mettre fin à la médiation. Les parties ne sont jamais forcées de faire quoi que ce soit contre leur gré.

Dans mon rôle de médiateur, je n'attends pas pour autant que les choses se passent d'elles-mêmes : non-directivité n'est pas synonyme de passivité. Comme je l'explique plus loin dans cet article, j'interviens continuellement, mais de manière non directive, dans la conversation des parties[14] afin de leur permettre de reconsidérer leurs propres commentaires et d'ajuster leurs attitudes, leur comportement et leurs paroles en conséquence.

Mon itinéraire personnel

En 1993, après avoir pratiqué le droit familial, puis le droit criminel pendant [15] ans au Québec, plus précisément à Montréal et à Sherbrooke, je vivais une insatisfaction croissante à l'égard des décisions rigides du système adversaire. J'ai alors suivi une formation en médiation familiale « classique », convaincu que mon rôle de médiateur consisterait à guider les parties vers une entente tout en veillant à ce que les manifestations du conflit soient évitées.

En 1994, je remettais en cause le rôle du conflit en médiation, à savoir si effectivement, l'évitement du conflit était la meilleure façon de résoudre les disputes. Cette année-là, j'allais lire un livre précurseur, *The Promise of Mediation*[15], dans lequel les auteurs, Robert A. Baruch Bush et Joseph P. Folger, font valoir que des parties en médiation ayant l'occasion de se parler franchement et librement avec le soutien d'un médiateur spécialement formé, tendent à résoudre leurs problèmes de façon plus satisfaisante que lorsque le médiateur impose des restrictions à leur interaction conflictuelle.

L'intégrité et la cohérence de l'approche transformative m'avaient interpellé. Depuis lors, j'ai pratiqué exclusivement ce type de médiation dans plus de 800 cas, tout d'abord en tant que médiateur familial, et depuis 2005, en tant que médiateur dans les conflits en milieu de travail. J'enseigne actuellement la médiation transformative au Canada, aux États-Unis et en France.

Au Québec, j'ai formé plus de 200 médiateurs à l'approche transformative dans le cadre du Service de la formation continue du Barreau du Québec[16], et avec plus de 50 d'entre eux, nous avons récemment fondé le Réseau pour une approche transformative du conflit[17]. L'institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) a organisé à Montréal deux colloques majeurs en modes appropriés de résolution des conflits mettant en relief la médiation transformative : le premier en avril 2011[18] et le deuxième qui aura lieu le 15 novembre 2012[19]. En avril 2011, le professeur Baruch Bush et moi-même avons co-enseigné un séminaire bilingue de 3 jours en médiation transformative à 20 médiateurs émérites, formateurs en médiation et professeurs d'université.

Le portrait évolutif de la

médiation transformative

Il est important de noter que la pratique de la médiation transformative a énormément évolué entre 1994 et 2005, c'est-à-dire entre la publication de la première édition de *The Promise of Mediation* et la publication de l'édition revue et améliorée[20]. Le message principal qui se dégageait de l'édition originale était que si les médiateurs voulaient prendre au sérieux l'autodétermination des parties, ils devaient éviter d'être directifs.

Cependant, le message de l'édition originale ne s'accompagnait pas d'une description détaillée de ce que le médiateur devait substituer à la directivité. Il en a résulté une interprétation voulant que le médiateur transformatif ne devait pas trop s'immiscer dans l'échange entre les parties, afin de ne pas influencer le cours des débats. Cette confusion entre directivité et interventionnisme a eu comme conséquence que les médiations faites selon le modèle initial avaient tendance à se prolonger indûment.

Il a fallu attendre l'édition de 2005 pour qu'une description complète de la méthode s'articule pleinement. Bien que les deux éditions portent le même nom, il s'agit essentiellement de deux livres différents : un détail qui a échappé à l'attention de plusieurs oeuvrant dans le domaine, y compris l'auteur de cet article. L'édition de 2005, enrichie de l'expérience des dizaines de milliers de médiations pratiquées, entre temps, à l'United States Postal Service (USPS) et ailleurs au cours de l'intervalle séparant les deux éditions, présente un portrait détaillé de la pratique de la médiation transformative. Le modèle revu et corrigé qui en est sorti est résolument interventionniste, proposant au médiateur une gamme puissante d'interventions non directives, qui agissent comme autant d'accélérateurs du processus de transformation, par les parties, de leur conflit[21].

Un troisième livre, *Transformative Mediation: A Sourcebook*[22], publié en 2010 sous la direction de Folger, Bush et Della Noce, explore la diversité des situations auxquelles l'approche transformative a été appliquée avec succès. Il présente une étude globale de la théorie et de la pratique de la médiation, certains chapitres spécifiques étant consacrés à la façon dont la médiation transformative a été utilisée dans les sphères suivantes : système judiciaire, droit de la famille, conflits en milieu de travail, consolidation d'équipes de travail, écoles, problèmes communautaires, soins des aînés, médiations entre victimes et contrevenants, questions autochtones, et conflits ethnopolitiques. L'*Institute for the Study of Conflict Transformation* m'a accordé le droit exclusif de traduction en langue française de ce nouveau livre d'importance exceptionnelle pour les médiateurs du Québec et du reste de la francophonie et ce projet d'envergure n'attend que le financement nécessaire à son accomplissement.

En quoi la médiation transformative est-elle si différente?

La médiation transformative permet d'aider des parties à résoudre un conflit interpersonnel de façon efficace. Deux éléments importants la distinguent d'autres méthodes de médiation : d'une part, les parties sont autorisées à se parler franchement et ouvertement et d'autre part, ce sont elles qui déterminent les sujets à traiter et les buts à poursuivre.

Les médiateurs qui choisissent d'autres méthodes ont coutume de dire que ce sont les parties qui sont chargées du contenu de la médiation et que ce sont eux, les médiateurs, qui en contrôlent le processus, mais les médiateurs transformatifs voient les choses autrement. Convaincus que le processus même de la médiation a un effet direct sur son résultat, ils présentent la médiation non pas comme une procédure à suivre, mais comme une conversation qui répondra le mieux au besoin des parties d'aller au bout de leur pensée et d'exprimer leurs choix (« *voice and choice* »)

Vous vous demandez sans doute comment un médiateur responsable peut laisser ainsi aux parties la détermination de modalités telles que les règles de conduite et de communication, tout en menant efficacement une médiation. Je vais décrire dans cet article plusieurs techniques qui répondront par le détail à cette question, mais la clé de ce type de médiation, c'est l'adoption par le médiateur d'une approche qui privilégie les échanges libres et ouverts entre les parties et qui les appuie régulièrement par des interventions non directives. Cette approche découle de la conviction que les parties, accompagnées de façon adéquate, ont ce qu'il faut pour parvenir à plus de clarté, prendre des décisions judicieuses, et commencer à prendre en compte le point de vue de l'autre. Au final, si les parties ont le sentiment d'avoir été entendues, elles considéreront les résultats auxquels elles seront elles-mêmes parvenues comme justes et raisonnables, ce qui favorisera une issue durable à leur conflit.

Une approche qui a fait ses preuves

En 1994, l'US Postal Service (USPS), 2e employeur en importance aux États-Unis, avait accumulé plus de 14 000 plaintes de discrimination et de harcèlement et avait été fortement ébranlé par plus d'une quarantaine d'homicides sur les lieux du travail, donnant lieu à l'expression malheureuse « *going postal* ». L'USPS avait alors fait appel à Bush et Folger pour trouver des moyens d'instaurer un climat de travail plus sécuritaire et plus productif. L'USPS poursuivait deux objectifs connexes : offrir à ses employés un processus rapide, informel et confidentiel de traitement de plaintes et faire en sorte que ce processus favorise chez les employés et les superviseurs le développement de compétences qui leur permettraient de faire face à des conflits à l'avenir. À la demande de l'USPS, Bush et Folger ont supervisé la formation de 3 000 médiateurs externes dont 1 500 ont été retenus pour œuvrer au sein du programme de médiation transformative REDRESS™[23].

Les résultats des 10 premières années d'application de REDRESS™ à l'USPS (1998-2008) ont été documentés et compilés par une équipe de chercheurs de l'Université de l'Indiana dirigée par Me Lisa Bingham[24] à partir de 227 000 sondages post médiation au sujet de 65 000 médiations. Selon l'évaluation des employés et des superviseurs ayant eu recours au programme REDRESS™, qui a connu un taux de participation volontaire de 80 %, le taux moyen de satisfaction de l'issue de la médiation s'est élevé à 67 %, le taux moyen

de satisfaction du processus de médiation à 90 %, et le taux moyen de satisfaction de la performance du médiateur à 97 %. De plus, la mise en œuvre intégrale du programme a entraîné une baisse de 25 % des plaintes formelles de discrimination et une baisse de 35 % des plaintes informelles, un indice qu'employés et superviseurs se sentaient désormais plus compétents pour régler eux-mêmes leurs différends.

Au-delà du règlement du différend

Si la médiation transformative apporte autant de satisfaction aux parties, c'est que non seulement les points litigieux y sont traités, mais aussi les émotions et les attitudes, ce qui permet aux personnes qui y ont recours d'élargir leur vision de la situation. Selon les données issues d'un large éventail de recherches universitaires[25], bien que les personnes en situation de conflit viennent en médiation dans l'espoir de résoudre leur conflit, ce qui est le plus déstabilisant et difficile à vivre pour elles, ce sont les sentiments pénibles que cette situation suscite en elles et la façon dont elles se sentent poussées à agir envers l'autre, surtout si elles s'entendaient bien précédemment. Les personnes n'aiment pas entretenir de la rancune et de l'hostilité, et autant elles désirent ardemment que des points litigieux spécifiques soient résolus et que justice soit faite, autant elles désirent regagner un sentiment de contrôle sur leur propre vie et que cessent les hostilités avec l'autre.

De façon plus concrète, l'objectif de la médiation pour les personnes en situation de conflit est qu'on les aide à comprendre ce dont elles ont besoin, ce qu'elles désirent et ce qu'elles peuvent faire pour le réaliser. Pour y parvenir, les parties devront pouvoir exprimer ce qui est important pour elles, commencer à s'écouter différemment l'une l'autre, et être entendues l'une par l'autre. C'est seulement lorsque les parties seront en mesure de voir la situation dans une perspective plus large qu'elles seront aptes à prendre des décisions menant à un résultat approprié.

Une conversation axée sur la franchise, l'ouverture et l'autorégulation

Certains médiateurs croient qu'il y a lieu de séparer les parties en proie à des émotions intenses ou d'insister pour qu'elles évitent de s'engager dans des discussions franches et ouvertes. En agissant ainsi, le médiateur espère maintenir le contrôle de la séance de médiation de façon à ce que la logique y prévale, et non l'émotion.

Le problème que soulève cette approche, c'est que lorsque les parties cèdent le contrôle du processus au médiateur et ne sont pas libres d'exprimer ce qu'elles ressentent vraiment vis-à-vis de la situation, elles risquent de « subir » la médiation plutôt que d'y participer pleinement. Elles pourraient ainsi avoir à considérer des éléments que le médiateur désire qu'elles considèrent ou se plier à la façon dont le médiateur désire que la discussion soit menée, plutôt que de discuter, de leur propre façon, de questions plus cruciales à leurs yeux. Il arrive souvent que les personnes en situation de conflit soient contrariées. Tant que ces personnes ne parviendront pas à exprimer leur propre vision des choses et à avoir l'assurance qu'elles ont été entendues, elles refuseront généralement de considérer le point de vue de leur adversaire ou de remettre en question leur propre point de vue. Or si cet état d'esprit domine chez les parties, celles-ci ne pourront envisager des options constructives.

Le médiateur transformatif adopte une approche différente. Il offre aux parties la possibilité de définir des limites, tant en ce qui a trait aux sujets qu'au ton des discussions, et d'établir elles-mêmes ce qu'elles jugent approprié à inclure dans la conversation. Puisque dans ce modèle, le médiateur n'assure pas une fonction de censeur du dialogue entre les parties, son rôle consiste à soutenir activement les efforts des parties à s'autoréguler.

Par exemple, si les deux parties se sont mises d'accord pour éviter d'utiliser un langage abusif, mais qu'une partie devient abusive au cours de la médiation, voici comment je m'y prendrais. Je refléterais les propos offensants de la partie, lui donnant ainsi l'occasion de se corriger ou de se rétracter. Si le langage abusif devait se poursuivre et que la personne à qui il s'adresse paraissait s'en offenser, je pourrais offrir à cette dernière de me rencontrer en privé si elle le désirait. De retour à la salle de médiation, je proposerais une rencontre similaire à l'autre partie. Les deux parties réunies de nouveau, la partie offensée pourrait avoir acquis suffisamment d'assurance pour dire à l'autre :

> « Je te demande de ne pas utiliser de langage abusif, sinon je mettrai fin à la séance ».

L'effet d'une telle prise de position de la part d'une partie offensée peut être transformatif pour les deux parties. Dans ce modèle de médiation, le message n'est pas livré par le médiateur, mais par la partie offensée elle-même, en accord avec les principes d'autonomie et d'autodétermination des parties. Cette façon de procéder fournit à la partie offensante un contexte lui permettant de se rendre compte qu'utiliser un langage abusif n'est pas acceptable[26]; une part importante de la transformation passant par un dialogue intérieur chez chaque partie.

Le médiateur transformatif permet donc aux parties de s'exprimer et de pénétrer aussi profondément qu'elles le jugent nécessaire au cœur de leur conflit. Lorsque l'interaction entre les parties s'envenime, le médiateur ne perd pas pied. En raison de sa formation et de son expérience, il sait que la spirale descendante, négative et destructive de l'interaction conflictuelle des parties peut se transformer avec son aide en une spirale ascendante, positive et constructive, menant à une communication plus respectueuse. En favorisant des changements, même minimes, de perspective chez chaque partie (des « micromouvements »), le médiateur permet à chacune d'elle de regagner progressivement un sentiment de pouvoir personnel et d'ouverture au point de vue de l'autre.

Changements de position et de perspective

En séance de médiation, le médiateur transformatif observe que lors de l'interaction conflictuelle, les deux parties manifestent des changements graduels et cumulatifs de position et de perspective qui les aident à clarifier leur propre vision des choses (*empowerment shifts*) et à prendre en compte le point de vue de l'autre (*reco-*

gnition shifts).

Le repérage de ces *micromouvements* subtils, mais perceptibles, d'attitude, d'expression et de comportement chez les parties, est un élément central de la pratique de la médiation transformative. Afin que ces changements s'opèrent pour permettre à chaque partie de retrouver un sentiment de compétence personnelle et de s'ouvrir progressivement au point de vue de l'autre, le médiateur a recours à quatre accélérateurs puissants de transformation du conflit, quatre techniques d'intervention non directive pour soutenir l'échange entre les parties : le reflet, le résumé, la question de vérification et le silence volontaire[27]. L'écoute proactive est à la base de ces quatre techniques : le médiateur observe attentivement la façon dont les parties se parlent entre elles, en concentrant son attention sur leur ton, leur regard, leurs attitudes corporelles, leur débit, leurs choix particuliers de mots et d'expressions, ainsi que leurs moments de silence.

La technique du reflet

Le « reflet »[28] (*reflection*) est la technique d'intervention de base dans l'approche décrite par Bush et Folger. Ce terme revêt une signification particulière dans ce modèle de médiation. Si le reflet, terme familier aux praticiens d'autres types de médiation, est souvent utilisé par eux dans le but de reformuler, recadrer ou atténuer le message d'une partie, son intention diffère en médiation transformative.

Quand une partie dit une chose à laquelle elle semble attacher de l'importance, le médiateur reflète ce qu'elle a dit d'une manière qui traduit non seulement la logique des mots, mais aussi leur signification émotionnelle, manifestée par l'énergie avec laquelle ces mots ont été prononcés.

> « Anne, vous semblez vraiment *irritée* par le fait que Jacques revienne sur la question de votre retard au travail cette journée-là, alors que vous considérez qu'il s'agissait là d'un incident isolé dû à la maladie soudaine de votre fille. »

Le reflet confirme à la partie qui vient de parler que le médiateur a bien saisi ce qu'elle a dit, même si ce n'est pas encore le cas de l'autre partie. Le médiateur ne reflète qu'une partie à la fois en fixant son regard sur celle-ci, prenant soin de ne pas promener son regard entre les deux parties; le médiateur ne cherche pas à véhiculer le message à l'autre partie, mais retransmet plutôt celui-ci à la partie qui l'a exprimé afin qu'elle puisse le reconsidérer si nécessaire.

En entendant un reflet fidèle de ce qu'elle a exprimé, cette partie a l'occasion de réévaluer si ce qu'elle a dit est complet ou si elle doit formuler son message autrement, le réitérer ou le corriger. Si une personne hésite à parler, le médiateur peut refléter cette hésitation. Le reflet est une marque de respect à l'égard du message. Lorsque les personnes reçoivent cette marque de respect, elles sont plus enclines à présenter leur position de manière respectueuse. Le reflet peut ainsi s'avérer transformatif pour la personne dont le message a été reflété.

Le reflet peut également s'avérer transformatif pour l'autre partie. En effet, lorsque le médiateur reflète le message d'une partie, l'autre partie qui n'avait peut-être pas écouté attentivement son adversaire jusqu'ici, voire ne l'avait pas écouté du tout, a une seconde chance de l'entendre et de prendre en considération ce qui est dit, sans être mis sur la sellette. C'est ainsi que la partie qui écoute acquiert une plus grande conscience de la position de l'autre.

La technique du résumé

En médiation transformative, le « résumé »[29] (*summary*) est une technique puissante pour permettre aux parties de ne pas perdre le fil conducteur de leur conversation. S'adressant cette fois aux deux parties, le médiateur pourra commencer le résumé par un commentaire général :

> « Au fil de votre conversation, vous avez, tous les deux, soulevé plusieurs points. »

Le médiateur enchaînera avec une question de vérification comme la suivante :

> « Peut-être trouveriez-vous utile que je résume les points sur lesquels vous êtes d'accord et ceux sur lesquels vous ne l'êtes pas, afin que vous puissiez décider de ce qu'il convient de faire ensuite? ».

Pour chacun des sujets soulevés dans la discussion, le médiateur fera un bref résumé de ce qui a été dit par chacune des parties. Se tournant vers une partie, il dira :

> « Marie, à propos des commentaires de Georges en sortant de la réunion d'équipe, vous dites qu'il cherchait à vous humilier devant les autres en imitant votre accent. »

et se tournant vers l'autre partie, il poursuivra :

> « Tandis que selon vous, Georges, vos commentaires se voulaient une plaisanterie pour alléger l'atmosphère d'une réunion tendue, sans intention de blesser Marie. »

Le résumé récapitule les thèmes de la conversation, soulignant les divergences et les convergences des parties pour chaque thème jusqu'à ce que le résumé ait couvert de façon précise et concise les principaux points litigieux évoqués précédemment dans la conversation.

Lorsqu'il formule un résumé, le médiateur n'insiste pas sur les points positifs ni ne minimise les désaccords. Il ne commente pas et ne juge pas ce qui a été dit, ni n'en tire de conclusions. Il décrit les positions de façon précise afin que chaque partie puisse avoir une vision claire de là où elle se situe. Les résumés apportent de la clarté. Ils fournissent aux parties l'occasion d'examiner leurs positions respectives à ce moment précis. En offrant le résumé d'un désaccord, par exemple, le médiateur aide les parties à voir plus clairement là où se situent leurs divergences, tout en leur laissant pleine liberté de décider ce qu'elles veulent en faire ensuite.

La technique de la « question de vérification »

La « question de vérification »[30] (*check-in question*), un type spécifique de question ouverte, est la troisième technique d'intervention transformative. Cette technique peut s'avérer très utile lorsqu'on constate une accalmie dans la conversation des parties ou lorsque celle-ci s'enlise dans une impasse. Contrairement à d'autres types de

médiation axés sur une série continue de questions du médiateur, c'est l'un des rares cas où le médiateur transformatif posera des questions aux parties. Presque toutes les autres interventions du médiateur transformatif prennent la forme d'énoncés déclaratifs.

Lorsque le médiateur vient de terminer un résumé par exemple, il s'arrête de parler et se met « au neutre » pour permettre aux parties de décider de la prochaine étape. Si personne ne reprend la conversation, le médiateur pourra poser une question de vérification aux parties en leur demandant, par exemple :

> « Que désirez-vous faire à partir de ce point? Voulez-vous revenir sur certains sujets, soulever un nouveau sujet, faire autre chose? Cela vous appartient entièrement à tous les deux. Comment voulez-vous mener cette conversation maintenant? »

Par cette manière ouverte d'énoncer les options, le médiateur rappelle aux parties qu'elles ont le pouvoir d'orienter la conversation comme elles l'entendent.

Le médiateur peut également faciliter le déroulement du processus par des questions portant sur des points susceptibles de nécessiter un approfondissement. Par exemple, il pourra dire :

> « Vous revenez régulièrement sur le mois de novembre comme étant un moment décisif. Voulez-vous en dire plus sur ce qui s'est passé à ce moment-là? »

Le médiateur peut utiliser une question de vérification pour relancer la discussion après un échange tendu. Par exemple, après un silence qui semble vouloir se prolonger, le médiateur peut dire :

> « Quelqu'un de vous voudrait-il une pause ou une rencontre en privé avec moi? » Ou encore : « Voulez-vous en rester là pour cette séance? Préféreriez-vous y mettre fin maintenant? »

Lorsque les parties semblent avoir perdu la notion du temps, le médiateur peut dire :

> « Votre séance se termine dans un quart d'heure. Comment voulez-vous utiliser le temps qui vous reste? »

De telles questions sont spécifiques, mais elles ne suggèrent pas de réponse ou d'action particulière. Elles permettent aux personnes en conflit de peser leurs options tout en sachant qu'elles peuvent mettre fin à la séance en tout temps, faire une pause ou parler en privé avec le médiateur; ces questions leur rappellent qu'elles sont en contrôle et que leurs choix sont importants pour l'issue de la médiation.

Le médiateur pourra aussi poser une question à une partie pour vérifier si elle éprouve un problème particulier :

> « Vous venez de vous détourner; êtes-vous à l'aise avec ce qui vient d'être dit? » Ou bien : « La part que vous prenez à cette conversation vous convient-elle? »

Les questions de vérification peuvent aider les parties à rester engagées de manière active dans leur conversation, à clarifier leurs positions ou à s'exprimer librement sans devoir suivre une direction suggérée par le médiateur.

La technique du silence volontaire

L'emploi du silence volontaire[31] (*staying/backing out*) est la quatrième technique utilisée en médiation transformative. Lorsque la conversation marque une pause, le médiateur évite de s'y plonger immédiatement; il peut être important de respecter le silence d'un temps de réflexion. Le médiateur résiste à la tentation d'accélérer le cours des choses. Les personnes progressent plus efficacement à leur propre rythme et c'est en faisant leurs propres choix qu'elles retrouvent un sentiment de contrôle et de compétence personnelle.

Quand les parties communiquent de manière positive et constructive, le médiateur n'intervient pas dans leur conversation et surveille attentivement les micromouvements suggérant un regain de pouvoir personnel et de reconnaissance réciproque chez les parties, se préparant à résumer leurs positions ultérieurement, au besoin. Si le médiateur entrevoit que la séance a besoin d'un recentrage, il peut à la suite d'un temps de silence offrir un reflet à la dernière partie qui a parlé, faire un résumé des deux positions exprimées sur le dernier sujet de désaccord, ou poser une question de vérification.

Le repérage de changement de ton, de comportement, de position

Plus la discussion s'échauffe entre les parties, plus le médiateur intervient dans leur conversation au moyen des techniques d'intervention non directives du reflet, du résumé et des questions de vérification. Si une partie lui coupe la parole, le médiateur se laisse interrompre afin de permettre aux parties de poursuivre leur lancée et cherche à saisir la prochaine occasion d'intervenir. Si un reflet ou un résumé n'est pas conforme à ce qui a été exprimé, le médiateur se laisse corriger. Il consulte régulièrement les parties sur la façon dont elles souhaitent poursuivre la conversation. Pendant la séance, le médiateur se montre confiant, restant dans le sillage immédiat de toute nouvelle orientation prise par les parties, sans s'inquiéter qu'elles s'éloignent de quelque ordre du jour préalablement convenu. La patience, la tolérance et le respect du médiateur permettent de ne pas faire dévier le cours naturel de la médiation.

Lorsqu'elles sont activement engagées dans leur conversation, les parties délibèrent en permanence tout en prenant des décisions sur le contenu de leur discussion : ce dont il faut débattre, ce qu'il vaut mieux retenir, comment et quand préciser un point. Les autres décisions laissées entre les mains des parties concernent le processus de la médiation : qui parle, quand, pendant combien de temps, et comment employer le temps. Les parties décident à tout moment du comportement à adopter dans la conversation : vont-elles interrompre leur adversaire, exprimer leur frustration, garder le silence? Chaque fois que les parties prennent ce type de décision, elles se sentent moins victimes, ce qui renforce leur sentiment d'autonomie. Cela peut également leur permettre de réexaminer intérieurement le bien fondé de leurs propres positions[32], faisant ainsi place à une plus grande souplesse pour cheminer vers une éventuelle entente.

Tout au long de l'interaction conflictuelle, le médiateur guette les signes indiquant une autorégulation accrue chez les parties.

Par exemple, une personne qui aurait exprimé sa position de façon exagérée peut ensuite la rectifier et la formuler plus précisément après avoir entendu le médiateur la lui refléter. De la même façon, une partie qui utiliserait un langage offensant peut ensuite regretter son choix de mots et commencer à modérer ses propos après avoir entendu le médiateur les lui refléter; ou une partie écoutant l'autre partie se faire refléter ses propos peut, de façon inattendue, annoncer qu'elle vient de comprendre ce que l'autre partie essaie de dire. Toutes ces décisions traduisent des changements de position positifs au cœur de l'interaction conflictuelle. Ces changements sont à la base d'une plus grande clarté et d'une compréhension plus profonde, conditions propices à une meilleure prise de décision et à un meilleur esprit de coopération.

Faire face aux émotions fortes

Les médiateurs transformatifs reçoivent une formation qui les amène à prendre conscience de la composante émotionnelle[33] de l'expression des parties. Ils y apprennent que les émotions occupent une place légitime dans la communication et qu'elles ne doivent pas être ignorées, critiquées ou rejetées comme non pertinentes. Les personnes manifestent des émotions pour insister sur l'importance d'un point, exprimer des croyances fermement enracinées, faire ressortir les effets d'actions passées. Leurs sentiments se rattachent à des évènements factuels. Le médiateur doit donc accorder de l'importance au ton émotionnel de leurs propos. Lorsqu'il reflète une émotion forte, le médiateur peut utiliser des mots comme triste, en colère, craintif, irrité, désabusé, anxieux, surpris, soulagé, réjoui, etc. L'emploi de mots descriptifs spécifiques permet d'aider une partie à clarifier sa position et d'aider l'autre partie à comprendre la profondeur de cette position.

Entretiens en aparté

Dans le modèle transformatif, si le véritable travail de transformation du conflit s'opère lorsque les parties se parlent directement l'une à l'autre, les rencontres en aparté aident surtout les parties à se préparer à cette rencontre en direct. Lorsque je prépare la médiation d'une allégation de harcèlement en milieu de travail, par exemple, je rencontre séparément chaque partie potentielle au préalable. Cette rencontre préliminaire permet à chaque partie de parler de sa situation particulière, des éléments qui ont conduit au conflit, de ce qu'il y a de plus dérangeant dans la situation et du dénouement qu'elle souhaiterait. Cette rencontre permet également de présenter et d'expliquer à chaque partie le *Consentement de participation à la médiation* qu'elles pourront emporter avec elle et consulter à tête reposée. Dès les premières lignes, ce document annonce aux parties que cette conversation est la leur; qu'elles sont les seules à décider de ce dont elles veulent parler, de la façon dont elles veulent s'exprimer et pour combien de temps. Le document traite de sujets tels la confidentialité, les objectifs possibles, la possibilité d'adopter des règles de conduite, les rencontres en privé, les résultats potentiels, les ententes éventuelles à consigner par écrit et le suivi.

Pendant la conversation de médiation, les parties peuvent demander une rencontre en aparté ou le médiateur peut proposer une telle rencontre en tout temps. Les rencontres en aparté offrent aux parties un espace plus sécuritaire dans lequel elles peuvent reprendre leur souffle, refaire leurs forces, et avec le soutien du médiateur, déterminer ce qu'elles planifient de dire à la reprise de la conversation de médiation.

Qu'en est-il du règlement?

Alors que d'autres médiateurs se fixent d'emblée l'objectif d'amener les parties à un règlement en les guidant à travers une série d'étapes prédéterminées, les médiateurs transformatifs veillent, par une attention constante, à fournir aux parties des occasions de renforcer leur sentiment d'autonomie personnelle et de s'ouvrir éventuellement au point de vue de l'autre au fil d'une conversation qui se déroule de manière fluide et autostructurante.

Moins le médiateur cherchera à obtenir des parties une entente et plus il favorisera une amélioration du climat de leur communication, plus il y aura de chances qu'une entente sincère et acceptable émerge de leur conversation. En médiation transformative, il y a autant de chances que les parties parviennent à une entente qu'avec d'autres types de médiation, mais en raison de la nature pleinement participative du processus proposé pour y parvenir, il est probable que le résultat qui en découle soit plus durable. Lorsque les parties contrôlent elles-mêmes les divers aspects de leur conversation, qu'elles amènent tous les sujets qu'elles considèrent comme importants et qu'elles parviennent de leur propre chef à une entente de leur choix, elles tendent davantage à en respecter les termes et à les mettre en application.

Et même lorsqu'il n'y a pas signature d'une entente formelle, il y peut y avoir des gains importants pour les parties, entre autres, une clarification de leurs propres objectifs, options et ressources, une meilleure idée de la position de l'autre partie, ainsi qu'une compréhension plus globale de la situation dans son ensemble.

Conclusion

En l'espace de 20 ans, la médiation transformative a pris sa place à côté d'autres modèles de médiation obéissant à d'autres théories du conflit et donnant lieu à d'autres pratiques, comme en témoi-

Que veulent les parties en médiation[34]?

« Malgré que nos clients veuillent négocier un règlement de leur différend, ils nous ont appris que ce n'était pas leur seule préoccupation. De fait, le recours à un modèle de médiation qui prône la marche inexorable vers l'entente semble négliger le besoin des clients d'aborder et d'examiner les différentes couches complexes d'interaction qui caractérisent si souvent un conflit interpersonnel [...] Le modèle de médiation adopté à l'origine mettait l'accent sur la recherche d'objectifs tangibles à négocier et sur la résolution de problèmes. Même si nos médiateurs ont pu développer une certaine compétence à s'en servir et à aider les clients à trouver des solutions, on passait à coté de la partie la plus significative de leur difficulté si on n'abordait pas la nature de l'interaction entre eux. »

- Patricia Gonsalves, Directrice, Greenwich Mediation Centre, Grande-Bretagne

gnent non seulement sa reconnaissance par la doctrine et les associations nationales et internationales d'accréditation, mais également l'influence considérable qu'elle a exercée et qu'elle continue à exercer sur la théorie et la pratique de la médiation dans son ensemble.

Dans cet article, j'ai voulu offrir une description concrète de la médiation transformative et de son mode d'emploi. Les techniques utilisées n'ont rien de mystérieux ni d'ésotérique; elles sont le fruit d'expériences pratiques et elles se sont avérées utiles aux personnes en conflit. J'espère que ce portrait intime vous a permis de mieux comprendre l'approche transformative.

Pour en savoir plus :

1. Bush, R.A.B., and Folger, J.P., *The Promise of Mediation, New and Revised Edition*, 2005, San Francisco, Jossey-Bass.
2. Folger, J.P., Bush, R.A.B., Della Noce, éd., *Transformative Mediation: A Sourcebook; Resources for Conflict Intervention Practitioners and Programs*, 2010, New York, Association for Conflict Resolution (ACR) and Institute for the Study of Conflict Transformation (ISCT)
3. Institute for the Study of Conflict Transformation, *Annotated Bibliogaphy of Institute Ressources* (58 pages) – bibliographie annotée de 70 ouvrages publiés par divers praticiens et chercheurs de l'Institut, regroupés selon l'impact de la médiation transformative sur l'évolution de la théorie de la médiation, de la pratique, de la formation, de la recherche et des politiques d'implantation de programmes de médiation : www.transformativemediation.org/sites/default/files/Institute%20Annotated%20Bibliography%20Update%20MAR%202012.pdf

1 Accrédité également comme médiateur par le Barreau du Québec, ADR Institute of Canada, inc., l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ), et *l'International Mediation Institute* (IMI), John Peter Weldon est membre du comité de justice participative du Barreau du Québec et porte-parole du Réseau pour une approche transformative du conflit. Pour plus d'informations sur cette approche, John Peter vous invite à visiter son site *Vers une culture de respect* à www.johnpeterweldon.ca et il serait très heureux de recevoir vos commentaires et questions à johnpeterweldon@gmail.com.

2 http://www.transformativemediation.org/

3 Fisher, R. et Ury, W. *Getting to Yes: Negotiating an Agreement Without Giving In*, 1981, New York, Random House Business. Ce best-seller des deux professeurs de l'Université Harvard fournissait à la médiation son premier cadre théorique, celui de la négociation raisonnée, lui permettant de se tailler rapidement une place dans les modes alternatifs de résolution de conflits (ADR), présentés alors comme une alternative au système adversaire d'adjudication devant les tribunaux, caractérisé par le principe de justice distributive. La négociation raisonnée, qui incorpore le principe de justice intégrative, constitue la base de la médiation facilitante (en anglais : « *facilitative mediation* ») enseignée au *Harvard Programme on Negociation* (PON) dès le début des années 1980, dont une variante est enseignée depuis 1998 à l'Université de Sherbrooke sous le nom de médiation intégrative.

4 Voir, entre autres, Christopher Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 2nd ed., 1996, San Francisco: Jossey-Bass Publishers, pour une description de la médiation facilitante.

5 Cannon, W.B. (1929). *Bodily changes in pain, hunger, fear, and rage*. New York, Appleton-Century-Crofts

6 Voir à ce sujet le Mémoire amendé sur l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure du Québec déposé à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale par le Réseau pour une approche transformative le 30 mars 2012, disponible sur le site *Vers une culture de respect* : www.johnpeterweldon.ca

7 Alexander, N., *The Mediation Metamodel: Understanding Practice*, Conflict Resolution Quarterly, vol. 26, no.1, Fall 2008 © Wiley Periodicals Inc., identifie six modèles distincts de médiation, les modèles évaluatif, axé sur le règlement, facilitant, de bon conseil, d'inspiration traditionnelle, et transformatif; Boule, L. et Kelly, K.J., *Mediation Principles, Process, Practice*, 1998, Toronto, Butterworths, en identifient quatre, les modèles évaluatif, axée sur le règlement, facilitant et transformatif. *L'Association for Conflict Resolution* (ACR), a homologué les *Model Standards for Mediator Certification Programs* qui reconnaissent les sept « *frameworks* » suivants : *facilitative, transformative, narrative, evaluative, inclusive, analytical or responsive*, le terme « *frameworks* » désignant : « *philosophies and methodologies that identify how the mediator carries out and identifies his practice* » : http://www.acrnet.org/uploadedFiles/Practitioner/ModelStandardsofConductforMediatorsfinal05(1).pdf. L'*International Mediation Institute* (IMI) de La Haye a instauré un processus de certification de médiateurs selon des critères distincts applicables aux trois modèles de médiation qu'il reconnaît : les modèles facilitant, évaluatif et transformatif : http://imimediation.org/

8 Voir, par exemple, Boule, L. et Kelly, K.J., Op.cit. (note 6)

9 À titre d'exemple, voir la section 3 du Code de conduite des médiateurs de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Canada, inc. : *http://www.adrcanada.ca/resources/documents/Code_of_Conduct_for_Mediators_2011April15.pdf*

10 À titre d'exemple, c'est le sens de l'article 21 de la Loi française n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, telle qu'amendé en 2011. http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000350926

11 Boule, L. et Kelly, K.J., Op cit (note 6) à la page 41.

12 Voir le US *Model Standards of Conduct for Mediators* adopté par l'*American Arbitration Association*, l'*American Bar Association* et *l'Association for Conflict Resolution* dont le *Standard 1: Self determination*, a été amendé en 2005 pour étendre l'obligation du respect de l'autodétermination des parties au processus même de la médiation: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/documents/model_standards_conduct_april2007.authcheckdam.pdf

13 Voir à ce sujet Bush, R.A.B. et Folger, J.P., *Mediation and Social Justice: Risks and Opportunities* 2012, 27 Ohio St. J. on Disp. Resol, pour une analyse approfondie de la critique voulant que lorsqu'il existe un déséquilibre de pouvoir entre les parties, toute forme de médiation ne puisse générer que des solutions injustes pour les parties et pour la société. Cet article a été résumé par Simon, D., *Does Mediation Threaten Social Justice? Bush and Folger Weigh In* : http://www.transformativemediation.org/?q=node/137

14 *Note de l'auteur :* selon un décompte de mes dernières médiations filmées, j'interviens en moyenne toutes les 90 secondes dans la conversation des parties.

15 Bush, R.A.B., et Folger, J.P., *The Promise of Mediation*, 1994, San Francisco, Jossey-Bass.

16 Formation : *La médiation d'une allégation de harcèlement psychologique : l'approche transformative :* http://www.barreau.qc.ca/formation/activite.jsp?noActiv=1433&namePage=activite.jsp&Langue=fr

17 Lancement du Réseau pour une approche transformative du conflit : http://www.johnpeterweldon.ca/?p=404#more-404

18 Les présentations PowerPoint des conférenciers du colloque 2011 de l'IMAQ – *La médiation au travail, option rentable, effets durables* sont disponibles en ligne à : http://www.imaq.org/2011/04/24/la-mediation-au-travail-option-rentable-effets-durables-presentation-des-conferenciers/

19 http://www.imaq.org/

20 Bush, R.A.B., and Folger, J.P., *The Promise of Mediation, New and Revised Edition*, 2005, San Francisco, Jossey-Bass.

21 Note personnelle de l'auteur : depuis que j'ai mis à jour mes pratiques d'intervention transformative il y a quelques années, je remarque que les parties sont capables de cheminer plus rapidement grâce à ma participation régulière et systématique dans leurs échanges, toujours de façon non directive, avec le résultat qu'en moyenne, la durée des médiations a diminué de moitié.

22 Folger, J.P., Bush, R.A.B., Della Noce, D.J., éd., *Transformative Mediation: A Sourcebook; Resources for Conflict Intervention Practitioners and Programs*, 2010, New York, Association for Conflict Resolution (ACR) and Institute for the Study of Conflict Transformation (ISCT), résumé par Zeman, A.W., *An Unabashedly Values-Based Mediation Practice:* http://www.mediate.com//articles/ZemanA1.cfm

23 Pour une présentation du programme REDRESS™ à l'USPS : http://about.usps.com/what-we-are-doing/redress/programs.htm

24 Bingham, L.B., Hallberlin, C.J., Walker, D.A., et Chung, W-T : *Dispute System Design and Justice in Employment Dispute Resolution : Mediation at the Workplace*, Harvard Negotiation Law Review Vol. 14:1, disponible gratuitement en ligne à : http://www.hnlr.org/wp-content/uploads/2009/09/1-50.pdf

25 Rubin, J. Z., et al., *Social Conflict: Escalation, Stalemate and Settlement* (2nd ed. 1994); Goleman, D., *Emotional Intelligence: Why it Can Matter More than IQ* (1995); Beck, A. T., *Prisoners of Hate: The Cognitive Basis of Anger, Hostility and Violence* (1999); McCorkle, S., Mills, J., *Rowboat in a Hurricane: Metaphors of Interpersonal Conflict*, 5 Comm. Rep. 57 (1992)

26 Schultz, K. (2010) Being Wrong: Adventures in the Margin of Error. Harper- Collins, http://blog.ted.com/2011/04/19/on-being-wrong-kathryn-schulz-on-ted-com/

27 La présentation des 4 techniques d'intervention transformative suit la description qui en est fournie par Backlund, W., Bush, R.A.B., Saul, J.A., dans *Mediation : Principles & Practice - The Transformative Framework*, Copyright © 2010 Institute for the Study of Conflict Transformation, Inc., p. 44 et ss., utilisée avec permission.

28 Ibid, p. 44

29 Ibid, p. 47

30 Ibid, p. 52

31 Ibid., p. 41

32 Schultz, K., Op. cit. note 26

33 Backlund, W., Bush, R.A.B., Saul, J.A., Op. cit., note 25, p. 55

34 Gonsalves, P. et Hudson, D. T., *Supporting Difficult Conversations: Articulation and Application of the Transformative Framework at Greenwich Mediation:* http://www.mediate.com/articles/greenwichM1.cfm

The influence of power in workplace mediation

"Who has power is always a relative judgement – each party has sources of power even during times of imbalance."

- William Wilmot and Joyce Hocker[1]

Penny van den Berg, CD has been a member of the Canadian Forces for over 15 year and is transitioning into the field of mediation. She is a graduate of the University of Manitoba with a major in psychology and minor in management. Penny will complete her Mediation Skills certificate with The Resolution Centre in June 2012 and has just embarked on Family Mediation training with Riverdale Mediation.

Introduction

The structure within a workplace is often hierarchical in nature as depicted by the supervisor and subordinate relationship, which is necessary for "success of the system" [2]. Success is contingent on consistent and mutually beneficial cooperation between supervisors and subordinates in the work environment. As long as the work environment remains positive this relationship remains productive. However, like all relationships, stressors will arise opening the potential for workplace conflict. Potential contributing factors include overtime, recognition, responsibilities, work styles, communication skills, work performance, and personalities. Fortunately, many workplaces have various avenues to address conflict, mediation being one of them.

Within the mediation process each individual contributes their own form of power; internal or external, real or perceived. Using examples gleaned through interviews with mediators specializing in workplace conflict, this essay will describe the influence of power in mediation. First, the description of the ten common forms of power and how power can be perceived will be discussed. Also, the use of negative and positive power in the workplace as it relates to mediation will frame the discussion. Mediation examples used throughout this essay are based on actual cases provided by mediation practitioners. To conclude the examination of power's influence, the role of the mediator and their power within the process will be addressed. This will include the mediator's contribution of power and strategies employed when dealing with disputants' real or perceived power imbalances.

Power

Power is defined as "the potential ability to influence behavior, to change the course of events, to overcome resistance, and to get people to do things that they might not otherwise do."[3] *Ability* is a quality or position an individual possesses to make action possible; when exercising one's ability, change occurs. Change may result in either a positive or negative outcome dependant on *how* one's abilities were exercised.

Power can originate from internal and/or external sources, which Bernard Mayer identifies as either structural or personal power. Structural powers are objective resources, such as the legal realities within a conflict or the status one holds, while personal powers are individual attributes described as perseverance, skills, or conviction.[4] Ten common forms of power are identified in Table 1:

"Power Over" and "Power-With"

Descriptions of power such as strength, control, in charge and force are referred to as '*power over*'.[5] If the employment of power is misused or misinterpreted, the manner in which power over another is exercised may become a detracting factor in professional relationships. Within an organization setting where supervisor/subordinate relationships are the norm, it is not necessarily the individual holding the formal authority who consistently retains the power. A mediator described a situation where an employee heavily involved with the union and a known bully exercised power over their supervisor. During the mediation process, a situation arose when a solution to an issue required some brainstorming options. Feeling somewhat intimidated, the supervisor was persuaded by the employee to move him to another position. This outcome was not necessarily in the best interest of the supervisor or the organization and resulted in managerial disapproval.[6]

Despite the overtly negative connotations with the concept of power over, the use of one's power over another can enhance a dispute resolution process. The following example shows how a supervisor used their personal power to positively impact a mediation session:

> Party [A] (supervisor) was articulate and used great active listening skills…Party [B] felt like Party [A] heard and understood him right at the first stage of the mediation. This was the first time the parties discussed the issues and so it was a relief and comfort for Party [B]. This opened the way for both parties to come to a better understanding and resolve their issues.[7]

Social scientist Joel Charon states, "Trying to work out any problems involving others demands ongoing communication that encourages creativity, mutuality, and constant evaluation of alternatives and

Form of Power	Description
Formal Authority	This form of power is derived from a formal position, which can be identified with those in a leadership position that carry influence. Examples include executives, military officers, elected officials, parents.
Expert/Information Power	Knowledge is power, which can be shared, concealed, or discovered. It also relates to an individual's level of training within a specific field.
Associational Power	Derived from an individual's connection to powerful people or organizations.
Resource Power	Resources come in tangible or intangible forms. Tangible resources can be appraised such as money, real estate, or personnel. Intangible resources are exemplified by attributes such as integrity, confidence, or communication skills. The negative version of this would be to restrict or deny needed resources or force others to expend them.
Procedural Power	Control over the process, not control over decision (as seen with the power a judge holds).
Sanction Power	The ability or perceived ability to inflict harm or interference with a party's ability to realize his or her interests.
Nuisance Power	The ability to cause discomfort through such actions as irritation, harassment, or interference without holding the capacity to impose significant consequences or penalties.
Habitual Power	Being in the position of trying to prevent change. It is the desire to keep the status quo because it is thought to be easier to maintain a particular arrangement or course of action than change it.
Moral Power	Either appealing to or attacking the values, beliefs or ethical systems of others. Power resulting from the conviction that one is right.
Personal Power	Personal attributes one holds. These characteristics may magnify other sources of power as described in formal authority. They can also be key factors in determining how well needs are met, or the perseverance one shows.

Table 1

Source: Bernard Mayer, "The Dynamics of Power in Mediation and Negotiation," Mediation Quarterly 16 (1987: Summer): 78, http://0- pao.chadwyck.com.aupac.lib.athabascau.ca (accessed June 9, 2009).

outcomes, and all of this assumes taking the role of the other."[8] Party A possessed abilities to understand the issue from Party B's perspective, empowering party B to articulate his concerns. The dialogue provided clarification and understanding that enhanced their existing work relationship.

Power has the potential to create a positive environment and can be the motivation behind achieving a commonly agreed resolution. Genevieve Chornenki describes this collaborative effort as a joint exercise, or "power-with"[9] aimed at generating a solution that best meets the needs of both parties. In the following example, Party A utilized their expert/information and personal power to assist Party B. Mediator A explains,

> Party [A] had much better interpersonal skills than the other Party [B]. When I explained some conflict theory to the parties to show how their conflict had come about, the first party [Party A] very quickly understood the dynamics of what had happened. From that point on they [Party A] spent the rest of the process helping the other party [Party B] to understand how they came into conflict and to collaboratively come to a resolution.[10]

Power is a sinuous dynamic that exists between individuals; an "emerging, changing, relational and multidirectional force,"[11] as described by Jordie Agusti-Panareda and further articulated by Ilan Gewurz as "constantly being reconstructed through the interaction between parties".[12] It involves the combination of relationships the individual has with the environment, others, the situation, and personal attributes.[13]

An intricate dynamic exists when individuals enter into a dispute resolution process. Although obvious forms of power may be present, the power has to be relevant over whom the power is to be exerted. William Wilmot and Joyce Hocker assert that "who has power is always a relative judgement – each party has sources of power even during times of imbalance."[14] What may appear by one as a degree of power does not hold interest by another, resulting in a power dynamic shift. Individuals may believe they have more power and this can lead to an over-value of oneself in relation to the other. In this next example, Party A over-valued his formal authority in relation to party B's personal power, leading to a shift of power from Party A to Party B:

> Party A thought their rank [use of formal authority] could be used to their benefit; however, Party B [no rank] did not acknowledge rank as playing a factor in the mediation…when Party A tried to use his formal power, Party B told him outright that he wasn't in the military and Party A's rank didn't mean anything to him. Party A didn't try to use his rank again in the mediation.[15]

Beyond the existence of obvious forms of power, other sources are not always obvious. This can lead to a perception or belief one individual may hold about another. It is a natural tendency for individuals to "believe that the other person has more power"[16]; an assumption that often occurs because the individual has not taken realistic inventory of the structural or personal powers they possess. Such an assumption can place the individual at psychological disadvantage. Perceptions, regardless of accuracy, remain reality unless proven otherwise. The following example illustrates how this belief, held by one of the parties, trumped the realization that she too had influence within the process. Had her form of power not been named by the mediator, it could have created a permanent impasse in the process, "… although the obvious power imbalance [formal authority] favoured the other Party [A] the real and less obvious power imbalance [sanction power] favoured them. This made the Party [B] more comfortable with the process and better enabled them to participate in the process as an equal participant."[17] Empowering the affected parties is key to effective mediation. Mayer acknowledges individuals "require enough power that others must at least consider their concerns and enough power to resist any solution that fundamentally vio-

lates their interests."[18] Each individual possesses some form of power, an essential element that allows for further dialogue in mediation because "each party must have some means of influencing the other," says Christopher Moore, "if they are even to begin formal negotiations."[19] The mediator assisted Party B in realizing power she possessed that had not been overtly obvious to her. Through such identification, Party B was empowered to continue with the mediation.

Mediation Styles: Adapting for Facilitation

As shown, the degree of *how* one exerts power is only a single aspect of power dynamics. Another instrumental factor to the conflict resolution equation is the mediator role. Mediation styles play an important function in the effectiveness of dealing with power dynamics.[20] Given that many different styles are employed within the profession, effective mediators have the ability to maintain flexible in their approach according to the personalities and dynamics involved. Beyond techniques and training, Daniel Bowling and David Hoffman believe the personal qualities possessed by the mediator greatly influence the mediation process and its outcome, even to the degree of being "one of the most potent sources" contributing to the "effectiveness of mediation."[21]

Jay Folberg and Alison Taylor stress it is not the mediator's function to be "charged the responsibility of balancing all relationships."[22] However, Hilary Astor asserts the importance of examining the power relationship, not only between the parties, but also the mediator's "obligation to think about their own power, in all its forms, to think about the power relationships between the parties and to take all of these dynamics of power into account."[23] They have a duty to clarify roles and functions of those involved and remain perceptive to any use of power that may either be a detriment to those involved or undermine the process. As illustrated earlier, both mediator and parties themselves may not recognize the *extent* of power each party holds; therefore, it is important to suspend judgement unless power is inappropriately exercised.

An important element that remains the mediator's responsibility is to maintain procedural equality. A neutral location and seating arrangements may appear trivial set the stage to defuse any perception of partiality. Within the Department of National Defence when dealing specifically with military members, "we ask military members if they are comfortable coming in civilian attire. We also ask parties if they are comfortable on a first name basis. This helps create a more comfortable environment by downplaying people's ranks. The rank structure is sometimes seen as perceived negative power."[24] Albie Davis and Richard Salem affirm that a mediator conveys equality of the parties "by controlling the way … they are greeted, seated, addressed, listened to, and responded to."[25] This display of respectful behaviour models for the parties how "to treat each other as equals."[26] During pre-mediation and mediation, the mediator must remain cognizant of any attempts of negative power tactics. Strategies used by mediators when a negative power imbalance presents itself include:

> Sometimes a party's ability to dominate a conversation is seen as negative power, so as a mediator I ensure the other party has an opportunity for 'air time';
>
> Questioning is a great way to diffuse a party's use of negative power. For example I will ask consequential questions to a person who has a perceived moral or habitual power over another individual: What would happen if you did xyz? What would the likely outcome be if xyz happened? ;
>
> Name the perceived power imbalance and identify the attempt by the party to make use of it. Reiterate the role of the mediator…and the premise that both parties are there in good faith to make a genuine attempt to resolve their differences through open, honest communication; and
>
> Call separate meetings and ask what is happening for that person (perception check) and name the behaviour and express the concern, seek feedback and discuss alternate options for proceeding.[27]

The level of personal participation is left to the mediator's discretion; however, there remains a fine balance to ensure their words or actions are not construed as either an abuse or use of "subtle forms of power."[28] It requires diligence of the mediator to remain self-reflective in their contribution during the process. Marian Roberts highlights an important question and possible litmus test for practitioners to ask of themselves, "when does the exercise of [my] authority cease to serve [the essential] objectives, becoming instead an abuse of power … exerting unacceptable pressures upon one or both of the parties who then act (or fail to act) in ways they would not otherwise have done?"[29] The importance of this reflection cannot be understated.

When power-based conflict occurs in the workplace, power may be "equated with coercion, a non-cooperative spirit, and a breakdown in communication."[30] This misuse of power may transfer into the mediation process. Some conflicts present such an extreme power imbalance between disputants that it becomes the mediator's discretion if the mediation should either terminate or even proceed. Mediator C, for example, chose not to convene a mediation session over a safety concern because a disputant's level of anger was too inflamed for mediation to be practical:

> The other party was upset that the mediation wouldn't go forward. I discussed with the individual why I felt that mediation was not viable because of his anger. In hindsight I would have worked with him more, and perhaps include his social worker (who was helping him deal with his anger), to prepare him for a difficult conversation.

BD&P Burnet, Duckworth & Palmer LLP Law Firm

> I think I was an inexperienced mediator at that time and was worried that I would be unable to handle it if the situation got to be too volatile.[31]

Charon emphasizes, "Those exhibiting power in a situation may be viewing another person as a physical object that can be played with and pushed around. Unwilling or incapable of viewing the situation from another's perspective, they create a situation where only force and fear characterize the relationship."[32] When faced with a conflict situation, it is not unusual for individuals to exert power to satisfy their needs, often resulting in a real or perceived power imbalance. Mediator B believes, "there are some people who see the world in ways that make it difficult for them to acknowledge that they are abusing/frightening someone else with their use of power." He continues by stating, "People who feel really victimized are less likely to acknowledge that they are using power."[33] One or both parties may feel dominant or dominated by the other; whichever the case, further distrust and resentment can transpire.

Fear may even factor into a real or perceived power imbalance. Mediator A explains, "Often the fear of the other party using a power imbalance is exactly that – a fear, [but] the manifestation of the power imbalance never emerges in the actual mediation." That fear becomes the "motivating factor" to engage in mediation because they believe the imbalance will prevent them from achieving satisfactory resolution through any other process.[34]

Merely spending time with the parties together, or in separate caucuses[35] can be a successful approach in addressing power imbalances. When separate caucuses are necessary, it is central that fair and equal treatment of both parties be exhibited; a strategy which may assist disputants to continue the mediation through to resolution.

External Sources of Power

Until this point, discussions have focused on the disputants' use of power within the mediation process. There are, however, situations where external sources of power will negate the mediator's ability to continue the mediation. Mediator A described a situation where a disputant's support representatives', not participating in good faith, used power tactics during the mediation that resulted in the mediation being terminated:

> Despite having signed the agreement to mediate and accepting the ground rules for how all participants would conduct themselves, the support persons in the mediation (three union representatives) all used disruptive behaviour to try to intimidate the other party (management). One would tap their pencil on the desk and then throw it in an exaggerated gesture whenever they heard something they disagreed with. The other two were passive-aggressive, pretending to be polite and cooperative and deliberately asking 'innocent' questions that were designed to escalate the conflict. By antagonizing the other party and making the process much more difficult they ensured the substantive issues were never fully explored and realistic options not presented.[36] In the above incident an external source of power was presented by association to the disputant. The dynamics of this mediation were more complex with the involvement of representatives, yet it clearly illustrates the aggressive use of nuisance and sanction power that became the grounds to terminate the process.

External sources may also benefit a mediation process. A union representative for one party effectively used their personal and expert power to advance the process. The union representative "asked some very powerful…clarifying questions to the manager," elucidating information "to help sort out a misunderstanding both the rep and the employee had." Their direct accessibility allowed them to share their expertise and provide "some expert advice regarding the collective agreement that was helpful to the manager."[37]

Both examples provide insight on how external sources directly affected the mediation outcome. Regardless of how the conflict fomented prior to the mediation, it was the external power that greatly impacted mediation progression; one helped advance the process while the other led to the mediation's demise.

Conclusion

Power has a significant role in mediation, whether originating with participants, mediators, or external sources. Individually, power is a trait everyone possesses whether originating from internal or external sources. This is a salient trait each party requires to express their interests through dialogue; the essential element of mediation. Any of the ten sources of power described may be present during workplace mediation; the intent behind their use, however, can either benefit or adversely affect the process. A perceived source of power for one party may be irrelevant to the other and may result in a shift of power. The transference of empowerment, that is the found ability for a party to have a voice, continuously fluctuates while parties engage in the process. Nonetheless, when the level of power becomes so unbalanced that it threatens one of the party's contributions, the mediator has an obligation to intervene thus exerting their power in the mediation. Various approaches are available for mediator use and it remains crucial whichever strategy (or power) exercised is appropriate for the situation and person-

BLG
Borden Ladner Gervais

alities involved. This may even translate to a termination of the process. To ensure a balanced use of their power throughout the process, mediators must continuously reflect on their involvement to ensure their participation is perceived as impartial and consistent with the objectives of the process. Power dynamics are a fluid aspect within mediation. Although challenging, it requires continual observance by the mediator to guide all participants, internal and external to the process, to use their power to advance the process toward resolution.

Power is an inextinguishable element in every relationship. When formalized relationships in the workplace are subject to friction due to the misuse or misinterpretation of power, it is vital that a resolution is found in order to maintain a harmonious and productive work environment. The ability to bridge differences through mediation is the means to put power back in the hands of those who nurture the relationships they are in.

Bibliography

Agusti-Panareda, Jordie. "Power Imbalances in Mediation: Questioning Some Common Assumptions." Dispute Resolution Journal ***59, no. 2 (May-Jul 2004). http://0-web.ebscohost.com.aupac.lib.athabascau.ca (accessed June 9, 2009).***

Astor, Hilary. "Mediator Neutrality: Making Sense of Theory and Practice." Social & Legal Studies ***16, no. 2 (2007). http://0-sls.sagepub.com.aupac.lib.athabascau.ca (accessed July 7, 2009).***

Bowling, Daniel and David Hoffman. "Bringing Peace into the Room: The Personal Qualities of the Mediator and Their Impact on Mediation."In Mediation: The Roles of Advocate and Neutral***. New York: Aspen Publishers, Inc., 2006.***

Charon, Joel M. Symbolic Interactionism: An Introduction, An Interpretation, An Integration***. Upper Saddle River: Pearson Prentice Hall, 2007.***

Chornenki, G. "Exchanging 'Power Over' for 'Power With'." In Dispute Resolution: Readings and Case Studies***, edited by Julie Macfarlane, 471-472. Toronto: Emond Montgomery Publications Limited, 2003.***

Davis, Albie M. and Richard A. Salem. "Dealing with Power Imbalances in the Mediation of Interpersonal Disputes." Mediation Quarterly***, no. 6 (December 1984). http://0-web.ebscohost.com.aupac.lib.athabascau.ca (accessed June 9, 2009).***

Deutsch, Morton. The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes***. New Haven: Yale University Press, 1973.***

Folberg, Jay and Alison Taylor. Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation***. San Francisco: Jossey-Bass Inc. Publishers, 1984.***

Gewurz, Ilan G. "(Re)Designing Mediation to Address the Nuances of Power Imbalances." Conflict Resolution Quarterly ***19, no. 2 (Winter 2001). http://0-web.ebscohost.com.aupac.lib.athabascau.ca (accessed June 9, 2009).***

Mayer, Bernard. The Dynamics of Conflict Resolution: A Practitioner's Guide***. San Francisco: Jossey-Bass Inc. Publishers, 2000.***

Mayer, Bernard. "The Dynamics of Power in Mediation and Negotiation." Mediation Quarterly ***16 (1987: Summer). http://0-pao.chadwyck.com.aupac.lib.athabascau.ca (accessed June 9, 2009).***

Moore, Christopher W. The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict. ***San Francisco: Jossey-Bass Inc. Publishers, 2003.***

Pfeffer Jeffrey. Managing With Power: Politics and Influence in Organizations***. Boston: Harvard Business School Press, 1992.***

Roberts, Marian. Developing the Craft of Mediation: Reflections on Theory and Practice***. London: Jessica Kingsley Publishers, 2007.***

Weinstein, Rebecca Jane. Mediation in the Workplace: A Guide for Training Practice and Administration***. Westport: Quorum Books, 2001.***

Wilmot, William W. and Joyce L. Hocker. Interpersonal Conflict***. Boston: McGraw Hill, 2001.***

1 William W. Wilmot and Joyce L. Hocker, *Interpersonal* Conflict, 6th ed. (Boston: McGraw Hill, 2001), 115.
2 Rebecca Jane Weinstein, *Mediation in the Workplace: A Guide for Training Practice and Administration*, (Westport: Quorum Books, 2001), 30.
3 Jeffrey Pfeffer, *Managing With Power: Politics and Influence in Organizations*, (Boston: Harvard Business School Press, 1992), 30.
4 Bernard Mayer, *The Dynamics of Conflict Resolution: A Practitioner's Guide*, (San Francisco: Jossey-Bass Inc. Publishers, 2000), 54.
5 G. Chornenki, "Exchanging 'Power Over' for 'Power With'," in *Dispute Resolution: Readings and Case Studies*, ed. Julie Macfarlane (Toronto: Emond Montgomery Publications Limited, 2003), 471.
6 E-mail correspondence with Mediator C, July 21, 2009. Correspondence with all mediators was sent in confidence; the names of the interviewees are withheld by mutual agreement.
7 Ibid.
8 Joel M. Charon, *Symbolic Interactionism: An Introduction, An Interpretation, An Integration*, 9th ed. (Upper Saddle River: Pearson Prentice Hall, 2007), 113.
9 G. Chornenki, "Exchanging 'Power Over' for 'Power With'," in *Dispute Resolution: Readings and Case Studies*, ed. Julie Macfarlane (Toronto: Emond Montgomery Publications Limited, 2003), 471.
10 E-mail correspondence with Mediator A, June 16, 2009.
11 Jordie Agusti-Panareda, "Power Imbalances in Mediation: Questioning Some Common Assumptions," *Dispute Resolution Journal* 59, no. 2 (May-Jul 2004): 28, http://0-web.ebscohost.com.aupac.lib.athabascau.ca (accessed June 9, 2009).
12 Ilan G. Gewurz, "(Re)Designing Mediation to Address the Nuances of Power Imbalances," *Conflict Resolution Quarterly* 19, no. 2 (Winter 2001): 136, http://0-web.ebscohost.com.aupac.lib.athabascau.ca (accessed June 9, 2009).
13 Morton Deutsch, *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*, (New Haven: Yale University Press, 1973), 85.
14 William W. Wilmot and Joyce L. Hocker, *Interpersonal* Conflict, 6th ed. (Boston: McGraw Hill, 2001), 115.
15 E-mail correspondence with Mediator A, June 16, 2009.
16 William W. Wilmot and Joyce L. Hocker, *Interpersonal Conflict*, 6th ed. (Boston: McGraw Hill, 2001), 111.
17 E-mail correspondence with Mediator A, June 16, 2009.
18 Bernard Mayer, *The Dynamics of Conflict Resolution: A Practitioner's Guide*, (San Francisco: Jossey-Bass Inc. Publishers, 2000), 52.
19 Christopher W. Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 3rd ed. (San Francisco: Jossey-Bass Inc. Publishers, 2003), 280.
20 Ilan G. Gewurz, "(Re)Designing Mediation to Address the Nuances of Power Imbalances," *Conflict Resolution Quarterly* 19, no. 2 (Winter 2001): 139, http://0-web.ebscohost.com.aupac.lib.athabascau.ca (accessed June 9, 2009).
21 Daniel Bowling and David Hoffman, "Bringing Peace into the Room: The Personal Qualities of the Mediator and Their Impact on Mediation," in *Mediation: The Roles of Advocate and Neutral* (New York: Aspen Publishers, Inc., 2006), 142.
22 Jay Folberg and Alison Taylor, *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, (San Francisco: Jossey-Bass Inc. Publishers, 1984), 186.
23 Hilary Astor, "Mediator Neutrality: Making Sense of Theory and Practice," *Social & Legal Studies* 16, no. 2 (2007): 236, http://0-sls.sagepub.com.aupac.lib.athabascau.ca (accessed July 7, 2009).
24 E-mail correspondence with Mediator C, July 21, 2009.
25 Albie M. Davis and Richard A. Salem, "Dealing with Power Imbalances in the Mediation of Interpersonal Disputes," *Mediation Quarterly*, no. 6 (December 1984): 19, http://0-web.ebscohost.com.aupac.lib.athabascau.ca (accessed June 9, 2009).
26 Albie M. Davis and Richard A. Salem, "Dealing with Power Imbalances in the Mediation of Interpersonal Disputes," *Mediation Quarterly*, no. 6 (December 1984): 19, http://0-web.ebscohost.com.aupac.lib.athabascau.ca (accessed June 9, 2009).
27 E-mail correspondence with Mediator A, June 16, 2009; Mediator B, June 26, 2009; Mediator C, July 21, 2009.
28 Marian Roberts, *Developing the Craft of Mediation: Reflections on Theory and Practice*, (London: Jessica Kingsley Publishers, 2007), 105.
29 Ibid., 179.
30 Bernard Mayer, "The Dynamics of Power in Mediation and Negotiation," *Mediation Quarterly* 16 (1987: Summer): 75, http://0-pao.chadwyck.com.aupac.lib.athabascau.ca (accessed June 9, 2009).
31 E-mail correspondence with Mediator C, July 21, 2009.
32 Joel M. Charon, *Symbolic Interactionism: An Introduction, An Interpretation, An Integration*, 9th ed. (Upper Saddle River: Pearson Prentice Hall, 2007), 110.
33 E-mail correspondence with Mediator B, June 26, 2009.
34 E-mail correspondence with Mediator A, June 16, 2009.
35 Albie M. Davis and Richard A. Salem, "Dealing with Power Imbalances in the Mediation of Interpersonal Disputes," *Mediation Quarterly*, no. 6 (December 1984): 23, http://0-web.ebscohost.com.aupac.lib.athabascau.ca (accessed June 9, 2009).
36 E-mail correspondence with Mediator A, June 16, 2009.
37 E-mail correspondence with Mediator C, August 8, 2009.

L'influence du pouvoir sur la médiation en milieu de travail

« La question de savoir qui a le pouvoir n'a pas de réponse définitive - même en cas de déséquilibre, chaque partie a des sources de pouvoir. » *[Traduction]*

- William Wilmot et Joyce Hocker[1]

Penny van den Berg, CD a été un membre des Forces canadiennes pendant plus de 15 ans et elle termine son passage au domaine de la médiation. Elle est diplômée de l'université du Manitoba, avec une majeure en psychologie et une mineure en gestion. En juin 2012, Penny terminera son certificat de compétence en médiation au Resolution Centre et elle commence une formation en médiation familiale au Riverdale Mediation.

Introduction

La structure du milieu de travail est souvent de nature hiérarchique comme le démontre la relation entre un superviseur et un subalterne, ce qui est nécessaire à la « réussite du système[2] » [Traduction]. La réussite repose sur les superviseurs et les subalternes qui coopèrent en permanence et à leur avantage réciproque dans le milieu de travail. Tant que l'environnement de travail demeure favorable, cette relation demeure fructueuse. Toutefois, comme dans toutes les relations, des facteurs de stress surviennent, ce qui ouvre la possibilité d'un conflit en milieu de travail. Les facteurs qui peuvent y contribuer comprennent les heures supplémentaires, la reconnaissance, les responsabilités, l'aptitude à communiquer, le rendement au travail, et les personnalités. Heureusement, bon nombre de milieux de travail ont en place divers modes de règlement des différends, dont la médiation.

Au sein du processus de médiation, chacun contribue son propre type de pouvoir, qu'il soit inhérent ou de source externe, réel ou perçu. À l'aide d'exemples glanés d'entretiens avec des médiateurs qui se spécialisent en conflit en milieu de travail, cet article décrit l'influence du pouvoir sur la médiation. En premier lieu, les dix types usuels de pouvoir et la façon dont le pouvoir peut être perçu sont analysés. En outre, l'analyse est abordée du point de vue de l'exercice d'un pouvoir de façon négative et de façon positive dans le milieu de travail en ce qui concerne la médiation. Les exemples de médiation utilisés au cours de cet article sont tirés de véritables cas fournis par des professionnels de la médiation. En conclusion à l'examen de l'influence du pouvoir, le rôle du médiateur et son pouvoir au sein du processus sont analysés, y compris la contribution du médiateur en termes de pouvoir et de stratégies pour répondre au déséquilibre de pouvoir réel ou perçu entre les parties au conflit.

Le pouvoir

Le pouvoir est défini comme « la capacité potentielle d'influencer le comportement, de changer le cours des événements, de vaincre la résistance, et de faire en sorte que les personnes accomplissent des choses qu'elles ne feraient pas autrement »[3] [Traduction]. La *capacité* est la disposition ou la faculté permettant à une personne d'agir; lors de l'exercice de la capacité, le changement se produit. Le changement peut donner lieu à un résultat positif ou négatif selon la façon dont les capacités sont exercées.

Le pouvoir peut découler de sources externes et internes, ce que Bernard Mayer désigne le pouvoir structurel et le pouvoir personnel. Les pouvoirs structurels reposent sur des états de fait comme la réalité juridique au sein d'un différend ou le statut que l'on détient alors que les pouvoirs personnels sont des attributs particuliers décrits comme la persévérance, les compétences, ou les convictions[4]. Les dix types usuels de pouvoir sont indiqués au tableau 1 :

« Pouvoir dominateur » et « pouvoir partagé »

Les descriptions qui indiquent que le pouvoir signifie la puissance, le contrôle, la force et être responsable désignent le « pouvoir dominateur[5] » [Traduction]. Si l'usage d'un pouvoir est abusif ou mal interprété, la façon dont le pouvoir sur l'autre est exercée peut nuire aux relations professionnelles. Dans un contexte organisationnel où les relations de superviseur à subordonné sont la norme, ce n'est pas nécessairement la personne qui détient l'autorité formelle qui conserve le pouvoir de façon continue. Un médiateur décrit une situation où un employé qui est fortement impliqué dans le syndicat et qui est un intimidateur notoire, use de son pouvoir sur son superviseur. Durant le processus de médiation, une situation survient où un déballage d'idées est requis pour résoudre une question. Le superviseur, se sentant quelque peu intimidé, se laisse persuader de transférer un employé à un autre poste. Ce résultat n'est dans l'intérêt véritable ni du superviseur ni de l'organisme et la direction le désapprouve[6].

Nonobstant la connotation clairement péjorative que revêt le concept de pouvoir dominateur, l'exercice de son pouvoir sur

« La norme idéale pour les disputes Canadiennes »

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

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

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

une autre personne peut améliorer le processus de règlement de différend. L'exemple qui suit illustre comment un superviseur use de son pouvoir personnel pour influencer favorablement une rencontre de médiation :

> La partie A, le superviseur, s'exprimait clairement et faisait preuve d'une grande aptitude d'écoute active... La partie B avait le sentiment que, dès le début de la médiation, la partie A l'écoutait et la comprenait. C'était la première fois que les parties examinaient les questions et, par conséquent, la partie B a été soulagée et réconfortée. De ce fait, la voie a été ouverte pour que les deux parties aient une meilleure compréhension et résolvent leurs questions[7]. [Traduction]

> Joel Charon, spécialiste en sciences sociales, indique : « Tenter de régler tout problème qui concerne d'autres personnes exige une communication permanente qui encourage la créativité, la réciprocité, et une évaluation continue des possibilités et des résultats, et tout ceci requiert que l'on se mette à la place de l'autre[8] » [Traduction].

La partie A possède la capacité de comprendre la question selon le point de vue de la partie B, ce qui permet à la partie B d'exprimer clairement ses préoccupations. Le dialogue a permis une clarification et une compréhension qui ont amélioré la relation de travail existante.

Le pouvoir peut créer un environnement favorable et peut être le facteur qui incite les parties à obtenir une résolution d'un commun accord. Genevieve Chornenki décrit cet effort commun comme un exercice conjoint, ou un « pouvoir partagé[9] » [Traduction] axé sur l'élaboration de solutions qui répondent le mieux aux besoins des deux parties. Dans l'exemple suivant, la partie A use de son pouvoir d'expert/de l'information et de son pouvoir personnel pour aider la partie B. Le médiateur explique.

> La partie A avait une plus grande compétence en relations interpersonnelles que la partie B. Lorsque j'ai expliqué un peu la théorie du conflit aux parties pour démontrer comment leur conflit s'est produit, la première partie (la partie A) a compris rapidement la dynamique de ce qui s'était produit. À compter de ce moment, pendant le reste du processus, la partie A a aidé l'autre partie à comprendre comment elles en étaient arrivées à un conflit et à trouver ensemble une solution[10]. [Traduction]

Le pouvoir est une dynamique sinueuse qui existe entre les personnes; Jordie Agusti-Panareda le décrit comme une « force relationnelle, qui émerge, est en évolution et qui agit dans tous les sens[11] » [Traduction] et Ilan Gewurz ajoute en outre « qu'il est reconstruit en permanence grâce à l'interaction des parties[12] » [Traduction]. Il met en jeu l'effet combiné des attributs personnels et des relations que la personne a avec l'environnement, les autres, et la situation[13].

Une dynamique complexe existe entre les personnes lorsqu'elles s'engagent dans un processus de règlement de différend. Bien que des types apparents de pouvoir peuvent être présents, le pouvoir doit être approprié à la personne sur qui le pouvoir sera exercé. William Wilmot et Joyce Hocker affirment que « la question de savoir qui a le pouvoir n'a pas de réponse définitive - même en cas de déséquilibre, chaque partie a des sources de pouvoir[14] » [Traduction]. Ce qui peut sembler être un type de pouvoir à l'un peut ne pas retenir l'attention d'un autre, ce qui donne lieu à un glissement du rapport de forces. Les personnes peuvent estimer qu'elles ont davantage de pouvoir qu'en réalité, ce qui peut donner lieu à une surestimation de soi par rapport à l'autre. Dans ce prochain exemple, la partie A surestime son autorité formelle par rapport au pouvoir personnel de la partie B, ce qui donne lieu à un glissement du pouvoir de la partie A à la partie B.

Type de pouvoir	Description
Autorité formelle	Ce type de pouvoir découle d'un poste établi dans la structure formelle d'une organisation et est dévolu à ceux qui occupent un poste de contrôle et qui ont de l'influence. Les exemples comprennent les dirigeants, les officiers militaires, les représentants élus, les parents.
Pouvoir d'expert/de l'information	La connaissance est en elle-même puissance et elle peut être partagée, dissimulée ou découverte. Elle est en outre liée au niveau de formation d'une personne dans un domaine en particulier.
Pouvoir des relations	Il découle du lien d'une personne à des personnages et des organismes puissants.
Pouvoir des ressources	Les ressources sont de forme concrète ou abstraite. Les ressources concrètes peuvent être évaluées comme l'argent, l'immobilier, ou le personnel. Les ressources abstraites se traduisent par des attributs comme l'intégrité, la confiance, ou l'aptitude à communiquer. Restreindre ou refuser des ressources requises ou obliger les autres à consacrer des ressources sont des façons négatives d'exercer ce pouvoir.
Pouvoir de procédure	Le contrôle du processus et non le pouvoir de décision (tel qu'il est illustré par le pouvoir que détient un juge).
Pouvoir de sanction	La capacité réelle ou perçue de causer un préjudice ou de nuire à la capacité d'une partie de faire valoir un droit.
Pouvoir de nuire	L'aptitude à provoquer une gêne en raison de mesures comme une grève perlée, le harcèlement, ou l'ingérence sans détenir la capacité de dicter des conséquences importantes ou d'imposer des sanctions.
Pouvoir des habitudes	Être en mesure de tenter d'enrayer le changement. C'est le désir de maintenir le statu quo étant donné que l'on pense qu'il est plus facile de maintenir un arrangement ou un plan d'action que de le changer.
Pouvoir moral	Soit faire appel aux valeurs, aux croyances ou aux valeurs éthiques des autres, soit les dénigrer. Ce pouvoir découle de la conviction que l'on a raison.
Pouvoir personnel	Les attributs personnels que l'on possède. Ces caractéristiques peuvent magnifier les autres sources de pouvoir comme il est décrit pour l'autorité formelle. En outre, ils peuvent être des facteurs importants pour déterminer dans quelle mesure les besoins sont comblés, ou la persévérance dont on fait preuve.

Tableau 1

Source : Bernard Mayer, « The Dynamics of Power in Mediation and Negotiation », Mediation Quarterly 16 (1987 : été): p. 78, http://0- pao.chadwyck.com.aupac.lib.athabascau.ca (consulté le 9 juin 2009).

> La partie A estime que son grade (l'autorité formelle) peut être à son avantage; toutefois, la partie B (sans grade) ne reconnait pas le grade comme un facteur dans la médiation... lorsque la partie A tente d'utiliser cette autorité formelle, la partie B lui dit sans délai qu'elle n'est pas membre des forces armées et que le grade de la partie A ne signifie rien pour elle. La partie A ne fait plus appel à son grade durant la médiation.[15] [Traduction]

En sus des types évidents de pouvoir, les autres sources ne sont pas toujours apparentes. Il peut en résulter qu'une personne ait une perception ou une croyance à l'égard d'une autre. Les personnes sont souvent enclines « à penser que l'autre détient davantage de pouvoir[16] » [Traduction], ce qui arrive bon nombre de fois étant donné que les personnes ne dressent pas un bilan véritable des pouvoirs personnels et structurels dont elles disposent. En conséquence, une personne peut se trouver en position d'infériorité. Les personnes croient leurs perceptions, sans égard à leur exactitude, jusqu'à preuve du contraire. L'exemple suivant démontre comment une telle croyance a empêché une partie de saisir qu'elle aussi avait une influence sur le processus. N'eût été la reconnaissance de son type de pouvoir par le médiateur, une impasse permanente du processus aurait eu lieu : « ... bien que le déséquilibre évident de pouvoir (l'autorité formelle) favorisait l'autre partie (A), le déséquilibre de pouvoir réel et moins apparent (le pouvoir de sanction) la favorisait, ce qui a permis à la partie B d'être davantage à l'aise avec le processus et d'être en mesure de participer au processus sur un pied d'égalité[17] » [Traduction]. L'action de conférer aux personnes concernées la capacité à exercer certains pouvoirs est un élément important d'une médiation efficace. Mayer reconnait que les personnes « requièrent suffisamment de pouvoir pour que les autres doivent au minimum tenir compte de leurs préoccupations et suffisamment de pouvoir pour résister à toute solution qui viole leurs intérêts[18] » [Traduction]. Chaque personne possède un type de pouvoir, un élément essentiel qui permet un dialogue constructif lors d'une médiation, étant donné que « chaque partie doit avoir un moyen quelconque d'influencer l'autre partie », indique Christopher Moore, « pour que des négociations formelles puissent être entamées[19] » [Traduction]. Le médiateur a aidé la partie B à comprendre qu'elle détenait un pouvoir dont elle ignorait l'existence. Grâce à cette compréhension, la partie B avait les moyens nécessaires pour poursuivre la médiation.

Types de médiation : adapter pour faciliter

Tel qu'il a été démontré, la *façon* dont on exerce le pouvoir n'est qu'un seul aspect de la dynamique du pouvoir. Le rôle du médiateur est un autre facteur pratique du règlement de différend. Les types de médiation remplissent une fonction importante dans l'efficacité des mesures prises à l'égard de la dynamique du pouvoir[20]. Étant donné que bon nombre de types différents sont employés au sein de la profession, les médiateurs efficaces ont l'aptitude de demeurer flexibles dans leur approche selon les personnalités et la dynamique en jeu. Au-delà des techniques et de la formation, Daniel Bowling et David Hoffman estiment que les qualités personnelles du médiateur influent grandement sur le processus de médiation et son résultat, même au point d'être « une des sources les plus importantes » contribuant à « l'efficacité de la médiation[21] » [Traduction].

Jay Folberg et Alison Taylor soulignent qu'il n'incombe pas au médiateur d'être « responsable d'équilibrer toutes les relations[22] » [Traduction]. Toutefois, Hilary Astor affirme l'importance de l'examen de la relation de pouvoir, non seulement entre les parties, mais en outre « l'obligation du médiateur de réfléchir sur son propre pouvoir, sous toutes ses formes, sur les relations de pouvoir entre les parties et de prendre en compte toutes ces dynamiques de pouvoir[23] » [Traduction]. Il a le devoir de clarifier les rôles et les fonctions des participants et de demeurer à l'affût de tout exercice de pouvoir qui peut être au détriment des participants ou saper le processus. Tel qu'il a été démontré plus haut, à la fois le médiateur et les parties peuvent ne pas reconnaître l'*étendue* du pouvoir que chaque partie détient; par conséquent, il est important de suspendre son jugement sauf si le pouvoir est exercé de façon inappropriée.

Le maintien de l'égalité procédurale est un élément important qui incombe au médiateur. Le choix d'un endroit neutre et l'attribution des sièges peuvent sembler des détails insignifiants; toutefois ils ouvrent la voie à désamorcer toute perception de parti pris. Au sein du ministère de la Défense nationale, lorsque l'on traite de membres des forces armées, « nous demandons aux membres des forces armées s'il leur convient de se présenter en tenue civile. En outre, nous demandons aux parties s'il leur convient qu'on les appelle par leur prénom. De ce fait, les grades des personnes sont minimisés, ce qui aide à créer un environnement où les parties se sentent plus à l'aise. La structure des grades est quelques fois perçue comme un pouvoir à connotation péjorative[24] » [Traduction]. Albie Davis et Richard Salem affirment que le médiateur indique l'égalité des parties « en contrôlant la façon... de les saluer, de leur attribuer un siège, de leur adresser la parole et de leur répondre[25] » [Traduction]. Cette démonstration de comportement respectueux indique à chaque partie la façon de « traiter d'égal à égal avec l'autre[26] » [Traduction]. Durant la médiation préalable et la médiation, le médiateur doit être à l'affût de toute stratégie qui tente d'exercer un pouvoir de façon négative. Lorsqu'un déséquilibre en raison de l'exercice d'un pouvoir de façon négative se présente, les stratégies utilisées par les médiateurs comprennent ce qui suit :

> Parfois, la capacité d'une partie à dominer la conversation est perçue comme l'exercice d'un pouvoir de façon négative; par conséquent, à titre de

TORYS LLP

DAVIS LLP
LEGAL ADVISORS SINCE 1892

médiateur, j'assure que l'autre partie a un « temps de parole »;
Poser des questions est une bonne façon de contrecarrer l'exercice d'un pouvoir de façon négative par une partie. Par exemple, je pose des questions corrélatives à une personne qui est perçue comme ayant un pouvoir moral ou des habitudes : que se passerait-il si vous faisiez xyz ? Quel en serait le résultat probable ?;
Nommez le déséquilibre de pouvoir perçu et soulignez la tentative d'une partie d'en tirer profit. Réitérez le rôle du médiateur... et la prémisse que les deux parties sont de bonne foi pour tenter véritablement de résoudre leurs différences grâce à une communication ouverte, honnête; et
Convoquez des réunions distinctes et demandez ce qui se passe pour cette personne (une vérification de la perception) et nommez le comportement et exprimez votre préoccupation, demandez des commentaires et analysez différentes possibilités de procéder[27]. [Traduction]

Le degré de participation personnelle est laissé à la discrétion du médiateur; toutefois, il doit maintenir un équilibre délicat afin d'assurer que ses paroles ou ses actions ne sont pas interprétées comme un abus ou l'exercice de « formes ingénieuses de pouvoir[28] » [Traduction]. Le médiateur doit faire, avec diligence, l'examen de sa propre participation durant le processus. Marian Roberts souligne une question importante et décisive que les professionnels devraient se poser : « à quel moment l'exercice de mon autorité cesse-t-il de défendre les objectifs importants, et devient au contraire un abus de pouvoir... l'exercice d'une pression inacceptable sur une partie ou les deux qui, de ce fait, prennent des mesures qu'elles n'auraient pas autrement prises ou s'abstiennent de prendre des mesures qu'elles auraient autrement prises[29] » [Traduction]? Il ne faut pas sous-estimer l'importance de cette réflexion.

Lorsqu'un conflit fondé sur les positions survient en milieu de travail, le pouvoir peut « correspondre à la coercition, à un esprit de non coopération, et à une rupture des communications[30] » [Traduction]. Ce mésusage de pouvoir peut se poursuivre durant le processus de médiation. Un certain nombre de conflits présentent un tel déséquilibre extrême de pouvoir entre les parties, qu'il relève de la discrétion du médiateur de décider s'il faut mettre fin à la médiation ou si la médiation doit même débuter. Le médiateur C, par exemple, a décidé de ne pas convoquer une rencontre de médiation en raison d'un problème en matière de sécurité étant donné que la colère d'une partie était tellement grande qu'elle rendait impossible la médiation :

> L'autre partie était vexée que la médiation ne procèderait pas. J'ai expliqué à la personne que j'estimais que la médiation n'était pas possible en raison de sa colère. Grâce à une analyse a posteriori, j'estime que j'aurais dû passer davantage de temps avec elle, et peut-être inclure son travailleur social (qui l'aidait à gérer sa colère), pour la préparer à une conversation difficile. J'étais un médiateur inexpérimenté et j'étais inquiet de ne pas savoir m'y prendre si la situation devenait trop volatile[31]. [Traduction]

Charon souligne : « Ceux qui affirment leur pouvoir dans une situation peuvent percevoir l'autre personne comme un objet avec lequel on peut jouer et que l'on peut pousser à son gré. Réticents à voir une situation du point de vue de l'autre ou incapables de ce faire, ils créent une situation où seules la force et la crainte caractérisent la relation[32] » [Traduction]. Face à une situation conflictuelle, il n'est pas rare que les personnes usent de leur pouvoir pour arriver à leurs fins, ce qui, bon nombre de fois, donne lieu à un déséquilibre de pouvoir, perçu ou réel. Le médiateur B estime « qu'il y a des personnes qui voient la vie d'une façon telle qu'il leur est difficile de reconnaître qu'ils abusent ou effraient une autre personne en usant de leur pouvoir » [Traduction]. Il continue en affirmant : « Les personnes qui se sentent vraiment victimisées sont moins aptes à reconnaître qu'elles-mêmes usent de leur pouvoir[33] » [Traduction]. Une partie ou les deux peuvent estimer qu'elles dominent l'autre ou qu'elles sont dominées par l'autre; quel qu'il en soit, davantage de méfiance et de ressentiment peuvent se manifester.

La crainte peut même être intégrée à un déséquilibre de pouvoir réel ou perçu. Le médiateur A explique : « Nombre de fois, l'appréhension que l'autre utilise un déséquilibre de pouvoir n'est autre chose que cela - une appréhension, [toutefois] le dé-

The Gold Standard for Canadian Disputes
La norme de référence en matière de différends au Canada
ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.
Setting the Standard
Our National Arbitration Rules and National Mediation Rules are widely accepted as the gold standard for domestic disputes.
To receive copies of the rules for distribution call Mena at:
416-487-4733 or 1-877-475-4353 mena@adrcanada.ca
Fixation de la norme
Nos Règles d'arbitrage nationales et Règles nationales de médiation sont reconnu comme étant la norme idéale en matière de règlement des conflits à l'échelle national.
Pour recevoir des copies de ces règles aux fins de distribution, appellez Mena au :
416-487-4733 ou 1-877-475-4353 mena@adrcanada.ca

séquilibre de pouvoir ne se manifeste jamais durant la médiation en soi » [Traduction]. Cette appréhension devient le « facteur de motivation » [Traduction] pour s'engager dans le processus de médiation étant donné que la partie estime que ce déséquilibre l'empêche d'obtenir un règlement satisfaisant par un autre processus[34].

Tout simplement passer du temps avec les parties ensemble, ou dans des réunions distinctes[35], peut être une approche fructueuse à traiter un déséquilibre de pouvoir. Lorsque des réunions distinctes sont requises, il est essentiel de démontrer un traitement juste et équitable des deux parties; cette stratégie peut aider les parties à continuer la médiation jusqu'à un règlement.

Sources externes de pouvoir

Jusqu'à présent, l'analyse a été axée sur l'exercice de pouvoir par les parties au sein du processus de médiation. Toutefois, il y a des situations où des sources externes de pouvoir contrecarrent la capacité du médiateur à poursuivre la médiation. Le médiateur A décrit une situation où des représentants de soutien à une partie, ne participant pas de bonne foi, ont utilisé des tactiques liées au pouvoir pendant la médiation, ce qui a eu comme conséquence de mettre fin à la médiation :

> Nonobstant la signature d'une entente de médiation et l'acceptation des règles de base à l'égard du comportement requis des parties, les personnes de soutien à la médiation (trois représentants syndicaux) ont toutes adopté un comportement perturbateur pour tenter d'intimider l'autre partie (la direction). Une personne tapait un crayon sur le bureau et le lançait d'un geste exagéré chaque fois qu'elle entendait quelque chose qui lui disconvenait. Les deux autres démontraient une agressivité passive en faisant semblant d'être polies et coopératives tout en posant expressément des questions « innocentes » qui étaient conçues pour envenimer le conflit. En éveillant l'hostilité de l'autre partie et en rendant le processus laborieux, elles assuraient que les questions de fond n'étaient en aucun temps entièrement analysées et que des solutions sérieuses n'étaient pas présentées[36]. [Traduction]

Dans le cas précédant, une source de pouvoir externe a été accordée par association à la partie. La dynamique de cette médiation est devenue plus complexe en raison de la participation des représentants; néanmoins, elle illustre clairement l'usage agressif du pouvoir de nuire et de sanction qui est devenu le motif de mettre fin au processus.

Les sources externes peuvent également être favorables au processus de médiation. Le représentant syndical d'une partie a efficacement exercé son pouvoir personnel et d'expert pour avancer le processus. Le représentant syndical « a posé des questions très importantes et éclairantes au gestionnaire » [Traduction], élucidant des renseignements « pour aider à démêler un malentendu qu'avaient le représentant et l'employé » [Traduction]. Grâce au fait qu'il était directement accessible, il a pu partager son expertise et donner « des conseils éclairés à l'égard de la convention collective qui ont été utiles au gestionnaire[37] » [Traduction].

Les deux exemples donnent un aperçu de l'influence directe de sources externes sur le résultat de la médiation. Sans tenir compte de ce qui a fomenté le conflit avant la médiation, c'est le pouvoir externe qui a eu une grande répercussion sur le déroulement de la médiation; l'un a aidé à avancer le processus alors que l'autre a mené à la cessation de la médiation.

Conclusion

Le pouvoir a un rôle important dans la médiation, qu'il provienne des participants, du médiateur, ou de sources externes. À titre individuel, le pouvoir est un trait que chacun possède, qu'il soit inhérent ou de sources externes. C'est un trait saillant dont chaque partie a besoin pour exprimer ses intérêts par le dialogue : l'élément essentiel de la médiation. N'importe laquelle des dix sources de pouvoir décrites peut être présente pendant une médiation en milieu de travail; toutefois, l'objectif visé par son exercice peut soit être favorable, soit nuire au processus. Une source de pouvoir perçue par une partie peut être sans importance à l'autre et donner lieu à un glissement de pouvoir. Le transfert de l'habilitation, c'est-à-dire la capacité acquise d'une partie de faire entendre son point de vue, a lieu continuellement pendant que les parties sont engagées dans le processus. Néanmoins, lorsque le rapport de forces est tellement déséquilibré qu'il met en jeu la participation de l'une des parties, le médiateur a l'obligation d'intervenir, de ce fait exerçant son pouvoir sur la médiation. Le médiateur peut utiliser diverses approches disponibles et il demeure essentiel, quelle que soit la stratégie (ou pouvoir) utilisée, qu'elle soit appropriée à la situation et aux personnalités en cause. Il peut même en résulter la cessation du processus. Pour assurer un juste exercice de son pouvoir au cours du processus, le médiateur doit constamment examiner sa participation pour assurer qu'elle est perçue comme impartiale et conforme aux objectifs du processus. La dynamique du pouvoir est fluide au sein de la médiation. Quoique stimulante, elle requiert un suivi continu de la part du médiateur qui doit voir à ce que tous les participants, internes et externes au processus, usent de leur pouvoir de façon à avancer le processus vers un règlement.

Le pouvoir est un élément indéfectible de toute relation. Lorsque des relations formalisées en milieu de travail sont soumises à des frictions en raison du mésusage ou de l'interprétation fautive du pouvoir, il est essentiel de trouver une solution afin de maintenir un milieu de travail harmonieux et productif. La capacité d'aplanir les difficultés grâce à la médiation est le moyen de redonner le pouvoir à ceux qui soignent les relations dans lesquelles ils sont.

COX & PALMER

Liste de références

Agusti-Panareda, Jordie. « Power Imbalances in Mediation : Questioning Some Common Assumptions ». ***Dispute Resolution Journal*** 59, no. 2 (Mai - juillet 2004). http://0-web.ebscohost.com.aupac.lib.athabascau.ca (consulté le 9 juin 2009).

Astor, Hilary. « Mediator Neutrality : Making Sense of Theory and Practice ». ***Social & Legal Studies*** 16, no.2 (2007). http://0-sls.sagepub.com.aupac.lib.athabascau.ca (consulté le 7 juillet 2009).

Bowling, Daniel et David Hoffman. « Bringing Peace into the Room : The Personal Qualities of the Mediator and Their Impact on Mediation ». Dans ***Mediation : The Roles of Advocate and Neutral***. New York : Aspen Publishers, Inc., 2006.

Charon, Joel M. ***Symbolic Interactionism : An Introduction, An Interpretation, An Integration***. Upper Saddle River : Pearson Prentice Hall, 2007.

Chornenki, G. « Exchanging 'Power Over' for 'Power With' ». Dans ***Dispute Resolution: Readings and Case Studies***, publié sous la direction de Julie Macfarlane, p. 471-472. Toronto : Emond Montgomery Publications Limited, 2003.

Davis, Albie M. et Richard A. Salem. « Dealing with Power Imbalances in the Mediation of Interpersonal Disputes ». ***Mediation Quarterly***, no. 6 (Décembre 1984). http://0-web.ebscohost.com.aupac.lib.athabascau.ca (consulté le 9 juin 2009).

Deutsch, Morton. ***The Resolution of Conflict : Constructive and Destructive Processes***. New Haven : Yale University Press, 1973.

Folberg, Jay et Alison Taylor. ***Mediation : A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation***. San Francisco : Jossey-Bass Inc. éditeur, 1984.

Gewurz, Ilan G. « (Re)Designing Mediation to Address the Nuances of Power Imbalances ». ***Conflict Resolution Quarterly*** 19, no. 2 (Hiver 2001). http://0-web.ebscohost.com.aupac.lib.athabascau.ca (consulté le 9 juin 2009).

Mayer, Bernard. ***The Dynamics of Conflict Resolution : A Practitioner's Guide***. San Francisco : Jossey-Bass Inc. éditeur, 2000.

Mayer, Bernard. « The Dynamics of Power in Mediation and Negotiation ». ***Mediation Quarterly*** 16 (1987 : été). http://0-pao.chadwyck.com.aupac.lib.athabascau.ca (consulté le 9 juin 2009).

Moore, Christopher W. ***The Mediation Process : Practical Strategies for Resolving Conflict.*** San Francisco : Jossey-Bass Inc. éditeur, 2003.

Pfeffer Jeffrey. ***Managing With Power : Politics and Influence in Organizations***. Boston : Harvard Business School Press, 1992.

Roberts, Marian. ***Developing the Craft of Mediation : Reflections on Theory and Practice***. London : Jessica Kingsley éditeur, 2007.

Weinstein, Rebecca Jane. ***Mediation in the Workplace : A Guide for Training Practice and Administration***. Westport : Quorum Books, 2001.

Wilmot, William W. et Joyce L. Hocker. ***Interpersonal Conflict***. Boston : McGraw Hill, 2001.

1 William W. Wilmot et Joyce L. Hocker, *Interpersonal* Conflict, 6e éd. (Boston : McGraw Hill, 2001), p. 115.
2 Rebecca Jane Weinstein, *Mediation in the Workplace : A Guide for Training Practice and Administration*, (Westport : Quorum Books, 2001), p. 30.
3 Jeffrey Pfeffer, *Managing With Power : Politics and Influence in Organizations*, (Boston : Harvard Business School Press, 1992), p. 30.
4 Bernard Mayer, *The Dynamics of Conflict Resolution : A Practitioner's Guide*, (San Francisco : Jossey-Bass Inc. éditeur, 2000), p. 54.
5 G. Chornenki, « Exchanging 'Power Over' for 'Power With' » in *Dispute Resolution : Readings and Case Studies*, éd. Julie Macfarlane (Toronto : Emond Montgomery Publications Limited, 2003), p. 471.
6 Correspondance électronique avec le médiateur C, le 21 juillet 2009. Les communications avec tous les médiateurs ont été faites sous le sceau du secret; d'un commun accord, les noms des personnes interrogées ne sont pas divulgués.
7 Ibid.
8 Joel M. Charon, *Symbolic Interactionism: An Introduction, An Interpretation, An Integration*, 9e éd. (Upper Saddle River : Pearson Prentice Hall, 2007), p. 113.
9 G. Chornenki, « Exchanging 'Power Over' for 'Power With' » dans *Dispute Resolution : Readings and Case Studies*, éd. Julie Macfarlane (Toronto : Emond Montgomery Publications Limited, 2003), p. 471.
10 Correspondance par voie électronique avec le médiateur A, le 16 juin 2009.
11 Jordie Agusti-Panareda, « Power Imbalances in Mediation : Questioning Some Common Assumptions », *Dispute Resolution Journal* 59, no. 2 (Mai - juillet 2004) : p. 28, http://0-web.ebscohost.com.aupac.lib.athabascau.ca (consulté le 9 juin 2009).
12 Ilan G. Gewurz, « (Re)Designing Mediation to Address the Nuances of Power Imbalances », *Conflict Resolution Quarterly* 19, no. 2 (Hiver 2001) : p. 136, http://0-web.ebscohost.com.aupac.lib.athabascau.ca (consulté le 9 juin 2009).
13 Morton Deutsch, *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*, (New Haven : Yale University Press, 1973), p. 85.
14 William W. Wilmot et Joyce L. Hocker, *Interpersonal* Conflict, 6e éd. (Boston: McGraw Hill, 2001), p. 115.
15 Correspondance électronique avec le médiateur A, le 16 juin 2009.
16 William W. Wilmot et Joyce L. Hocker, *Interpersonal Conflict*, 6e éd. (Boston : McGraw Hill, 2001), p. 111.
17 Correspondance électronique avec le médiateur A, le 16 juin 2009.
18 Bernard Mayer, *The Dynamics of Conflict Resolution : A Practitioner's Guide*, (San Francisco : Jossey-Bass Inc. éditeur, 2000), p. 52.
19 Christopher W. Moore, *The Mediation Process : Practical Strategies for Resolving Conflict*, 3e éd. (San Francisco : Jossey-Bass Inc. éditeur, 2003), p. 280.
20 Ilan G. Gewurz, « (Re)Designing Mediation to Address the Nuances of Power Imbalances », *Conflict Resolution Quarterly* 19, no. 2 (Hiver 2001) : p. 139, http://0-web.ebscohost.com.aupac.lib.athabascau.ca (consulté le 9 juin 2009).
21 Daniel Bowling et David Hoffman, « Bringing Peace into the Room : The Personal Qualities of the Mediator and Their Impact on Mediation », dans *Mediation: The Roles of Advocate and Neutral* (New York : Aspen Publishers, Inc., 2006), p. 142.
22 Jay Folberg et Alison Taylor, *Mediation : A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, (San Francisco : Jossey-Bass Inc. éditeur, 1984), p. 186.
23 Hilary Astor, « Mediator Neutrality : Making Sense of Theory and Practice », *Social & Legal Studies* 16, no.2 (2007) : p. 236, http://0-sls.sagepub.com.aupac.lib.athabascau.ca (consulté le 7 juillet 2009).
24 Correspondance électronique avec le médiateur C, le 21 juillet 2009.
25 Albie M. Davis et Richard A. Salem, « Dealing with Power Imbalances in the Mediation of Interpersonal Disputes », *Mediation Quarterly*, no. 6 (Décembre 1984) : p, 19, http://0-web.ebscohost.com.aupac.lib.athabascau.ca (consulté le 9 juin 2009).
26 Albie M. Davis et Richard A. Salem, « Dealing with Power Imbalances in the Mediation of Interpersonal Disputes », *Mediation Quarterly*, no. 6 (Décembre 1984) : p. 19, http://0-web.ebscohost.com.aupac.lib.athabascau.ca (consulté le 9 juin 2009).
27 Correspondance électronique avec le médiateur A, le 16 juin 2009; le médiateur B, le 26 juin 2009; le médiateur C, le 21 juillet 2009.
28 Marian Roberts, *Developing the Craft of Mediation : Reflections on Theory and Practice*, (London : Jessica Kingsley éditeur, 2007), p. 105.
29 Ibid. p. 179.
30 Bernard Mayer, « The Dynamics of Power in Mediation and Negotiation », *Mediation Quarterly* 16 (1987 : été): p. 75, http://0-pao.chadwyck.com.aupac.lib.athabascau.ca (consulté le 9 juin 2009).
31 Correspondance par voie électronique avec le médiateur C, le 21 juillet 2009.
32 Joel M. Charon, *Symbolic Interactionism : An Introduction, An Interpretation, An Integration*, 9e éd. (Upper Saddle River: Pearson Prentice Hall, 2007), p. 110.
33 Correspondance électronique avec le médiateur B, le 26 juin 2009.
34 Correspondance électronique avec le médiateur A, le 16 juin 2009.
35 Albie M. Davis et Richard A. Salem, « Dealing with Power Imbalances in the Mediation of Interpersonal Disputes », *Mediation Quarterly*, no. 6 (Décembre 1984): p. 23, http://0-web.ebscohost.com.aupac.lib.athabascau.ca (consulté le 9 juin 2009).
36 Correspondance électronique avec le médiateur A, le 16 juin 2009.
37 Correspondance électronique avec le médiateur C, le 8 août 2009.

TransCanada

ADR CONNECT
ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.
Find a Mediator, Arbitrator, Trainer or other ADR Specialist with our unique Search Engine
http://www.adrcanada.ca/findapro.cfm

Integral Mediation

Brian Jarrett, J.D., LL.M., Ph.D. University of Alaska Fairbanks

Introduction

From a sociological perspective, *branding* can produce a much needed counter-weight to the institutional inertia that resists positive change in an established social field (Abbott, 2001). *Branding* can help marshal energies that challenge the existing social order by offering legitimated alternatives. In the contemporary mediation field brands have emerged that have challenged the existing legal order. For example, the Harvard facilitative or interest-based method has produced a much needed alternative to the standard positional bargaining approach common in the legal field (Fisher and Ury, 1981). The Harvard Method frees disputants from their oft-overly constrictive legal positions, allowing them to explore a wider array of solutions, based on the parties' underlying interests. Branding has helped this method emerge as a prominent approach to mediation which has proven both theoretically simple and robustly applicable to a host of disputing environments.

Nevertheless, there is a potential dark-side to branding and the mediation community is now confronting it. Branding can engender unsavory bickering and fatuous claims of supremacy, supplanting a genuine debate about the relative merits of each approach. Moreover, the finely-textured and fluid nature of social conflict and its associated multi-causality resists any exclusive a priori approach. Accordingly, it is unlikely that any mediation approach can make a legitimate claim of superior exclusive application. Yet, several practitioners attempt to do just this, espousing an unwavering commitment to their chosen approach across various disputing contexts and throughout the mediation process.[1]

To understand why mediators claim to use one espoused approach despite practice evidence to the contrary it is important to understand the sociological and market-place forces influencing mediators, as social actors. Because mediation arose more as a practice than a theoretically-derived discipline, its theoretical base has not developed in a consistent nor coherent fashion (Deutsch, 2000). This is largely because practitioners have had little time to document and even less motivation to share their practices with academicians, with whom they have little in common (Deutsch, 2000). Academicians, for their part, have often demonstrated a greater deference to theories generated in the hallowed halls of academe over folk-wisdoms, intuitions, and mediator narratives emerging directly from practice (Deutsch, 2000). The net effect has been a continuing disconnect between theory and practice. Consequently, in the absence of careful documentation and robust, coherent theory development mediation organizations have simply sought market advantage by promoting their particular approach over alternatives.

To break out of this self-limiting trajectory, it is imperative for the mediation community to explore theory-to-practice connections and potential syntheses among competing approaches where such reflects the realities of practice. Equally the community needs to identify and acknowledge differences between approaches where they truly exist. Perhaps it is time to turn this whole *brand* supremacy phenomenon on its head. Mediation's clients would surely be the principle beneficiaries of such an exercise, as they tend to be more concerned with effective practice and positive results over mediator claims of brand distinction and supremacy. The mediation community should therefore consider a discussion aimed at exploring a diversity of approaches and potential integration based on actual practice, i.e., an *integral* approach.

Arguably, this discussion must start with a practice-derived theory of mediation. I have spent the last few years actively facilitating such a discussion among practitioners; a project I christened *The Integral Mediation Project.* Its focus is both the integration of theory and practice as well as the reconciliation among approaches where appropriate. It is the intention of the project to see this integral approach grow as a viable *open-source* option at the various mediation centers and universities providing mediation training. The project provides a kind of professional space akin to Jurgen Habermas' *public sphere* for the mediation community in which to explore a plurality of approaches emerging in the rigors and throes of various practices (Habermas, 1980, 1984, 1987, 1990).[2]

In the mediation field, there is evidence that brand bickering has engendered a stifled discourse replete with expedient commercial and political speech which, in turn, has produced blind spots, theory-to-practice gaps, marginalization, alienation, and rules for professional ethics that are out of step with the exigencies of everyday mediation practice (Farned, 2010, Jarrett, 2007, 2009; Riskin, 1994, 1996, 2003). This result is highly ironic in a field whose raison-d'être purports to be the effective resolution of conflicts through a free exchange of ideas. The mediation community therefore needs a *public space* for free debate; a professional discourse which bridges various approaches while respecting differences where such emerge in the mediator's practice experience. Moreover, such an approach could serve to bridge the theory-to-practice gaps and other ailments that currently bedevil the mediation field.

This paper represents an invitation toward an integral approach. *Integral Mediation* is pragmatic. It explores strategies and techniques that work best in the moment they are needed, even if they contradict *a priori* theoretical commitments. Its focus

is on function over form. As soon as a strategy or technique becomes ineffective, the *integral* mediator must let it go, in favor of more effective ones. Indeed, such flexibility and adaptation lies at the very heart and soul of mediation. The *integral* approach is motivated by the discovery of maximum value in any mediated exchange. Recognizing that social interaction is always shifting, the *integral* approach must pursue adaptive strategies rather than a fixed theoretical frame. *Integral Mediation* must therefore be grounded in adaptive practice.

Importantly, the integral approach does not seek to exclude or denigrate alternative approaches. Rather, it simply acknowledges the reality that certain mediation approaches are becoming increasingly entrenched and institutionalized. By denigrating or, alternatively ignoring the institutionalized approaches the integral method would simply create yet another competing *brand*, which risks reproducing the same brand-bickering exchange that now beleaguers mediation practitioners. Instead, the integral approach represents a true alternative—an open-source meta-practice available to any practitioner committed to exploring and expanding integration.

Part I of this essay presents the policy rationale for *Integral Mediation* and invites the mediation community to consider a protocol for developing integral practice. Part II provides an analytical schema acknowledging and comparing prominent contemporary approaches. Part III explores, in particular, the difficulties with the neutrality and impartiality ethics and suggests how to develop ethics more integral to actual mediation practice.

I. The Policy Rational for *Integral Mediation*

Standard IX[3] of the jointly-adopted mediator ethics code of the Association for Conflict Resolution (ACR), the American Bar Association (ABA), and the American Arbitration Association (AAA) provides the rational basis for the integral approach. Pursuant to Standard IX mediators should foster diversity within the mediation field, make mediation accessible to clients, assist the public in developing an improved understanding of, and appreciation for, mediation, and to demonstrate respect for differing points of view within the field. See Standard IX.

> "Standard IX. Advancement Of Mediation Practice
>
> A. A mediator should act in a manner that advances the practice of mediation. A mediator promotes this Standard by engaging in some or all of the following:
>
> 1. Fostering diversity within the field of mediation…
>
> B. A mediator should demonstrate respect for differing points of view within the field, seek to learn from other mediators and work together with other mediators to improve the profession and better serve people in conflict."[4]

Standard IX provides the aspiration that mediators should advance the practice of mediation, by fostering diversity and respect for different approaches within the mediation field. If respect for diversity and differing points of view in the mediation field is to be meaningful both academics and practitioners need a professional space in which they can engage in critical debate. Arguably, Standard IX therefore countenances and even supports a professional space in which mediators work out compatibilities and incompatibilities through a good faith dialogue.

Over the last five years, having interviewed 155 practitioners, I have concluded that this does not appear to be happening with the vigor one would hope for an emerging professional field. Instead, the field is often deadlocked by claims of brand distinction and supremacy (Farned, 2010; Jarrett, 2009). Not infrequently, the voices of various devotees seek to distinguish and even, in some instances, exclude alternative mediation approaches on both philosophical and theoretical grounds (Farned, 2010; Jarrett, 2009; Riskin, 1994, 1996, 2003). In the past few years, I reported evidence that seemingly mutually exclusive approaches are often driven, in significant part, by a strong desire to create a marketing edge (Farned, 2010; Jarrett, 2007, 2009).

Market competitors seek to distinguish themselves in their espoused uniqueness. Seeking distinction through exclusion may be good for the career of the particular proponent(s) making such claims, but arguably detrimental to discovering best practices in mediation. Moreover, claims of brand distinction and supremacy that attempt to exclude alternatives often thwart the possibilities of an authentic practice-based discourse. The result is a dead-end debate based on marketing and political concerns that will ultimately lead to the impoverishment and contraction of mediation as valuable service for the community.

In light of aspiration, and perhaps, ethical imperative contained in Standard IX, the mediation community needs a forum to actively develop integrative possibilities.[5] But a truly integral approach cannot simply be an exercise in which mediators simply throw together divergent approaches in an arbitrary and capricious manner. Rather an integral approach must work out the practical logic of each approach and its associated claims to distinction in order to demonstrate both authentic difference and potential integration. The integral approach, while seeking genuine goodness of fit between theory and practice and amongst various practices, must not dismiss genuine incompatibilities where these flow naturally from practice. Otherwise the integral approach will likely produce the same stifling dead-end debate that has befallen other approaches.

Nothing in Standard IX requires integration at the expense of unique practical applications. *Integral mediation* consistent with Standard IX should permit a myriad of approaches that further unique goals and objectives in mediation, often associated with divergent disciplines of origin, such as law, social work, psychology, counseling, sociology, and business, etc. In fact, the added value of *integral mediation* is that it expressly recognizes and acknowledges divergent approaches to mediation. Moreover, it challenges those who assert the supremacy of one approach over others to demonstrate such supremacy in the circumstances in which it is practiced. *Integral mediation* seeks meaningful synthe-

sis between approaches at a practical level, where possible, without sacrificing the underlying commitments upon which these approaches are based. In short, any synthesis must flow organically from the logic of practice.

II. An Analytic Framework for Contemporary Mediation

It is imperative that we vigorously explore the connections between ontology (social reality), epistemology (knowledge of social reality), and social interaction to move beyond bickering mediation factions. As discussed in the introduction, the mediation field, an activity of otherwise great promise, remains bedeviled by theory-to-practice gaps. Arguably, because we have been too quick to accept claims of espoused practice without due critical analysis we have failed to map out and develop clear connections between ontology, epistemology, and mediated social interactions.

From the interpretive paradigm in social science, the very nature of social reality implies that epistemology is always negotiated in any mediated interaction. Accordingly, mediators, along with their clients, engage in a process in which they co-create social reality and determine relevant facts in each and every instance of mediation. One simple reason that mediators often denigrate alternative approaches is that they do not accept other versions of ontology, epistemology, and interaction. Unfortunately, this refusal to integrate approaches thwarts the potential for mediation because it denies the very fact that mediated interactions can be, by their very nature, uncertain and chaotic.

In truth, there is no *one-size-fits-all* in mediation. Mediators often make the mistake of claiming they have found the *one-size* approach but this ignores the nature of social reality. At mediator conferences one often hears mediators promoting their *a priori* fixed model, arguing that their chosen model not only describes social interaction but also defines ontology and epistemology in the *very* terms of the model they have produced. From the interpretive sociological paradigm, no matter how great its accuracy, a map should never be confused with the territory it purports to describe. Accordingly, no matter how good the mediation brand is, it is still limited precisely because it is just a brand.

Arguably, we also need to acknowledge mediation is essentially a complex adaptive system, and as such, must always adjust to successfully navigate new situations (Ruhl, 2009). There is simply far too much complexity in social interactions for mediators to steer those interactions based on unnecessary self-imposed constraints. As practitioners readily attest knowledge of disputant reality and interaction can shift at any given moment in mediation, based on a host of interacting social factors, e.g. changes in the relative power of the parties, shifting social location in the larger community, increasing knowledge, shifting attorney influence, and the like. In short, by its nature, social reality tends to be negotiated and emergent in mediated social interactions. It therefore seems puzzling why mediators would be so quick to espouse a fixed a priori approach in the face of such realities. Arguably, they do so because market-forces compel them to do so. Branding is the result.

While the integral approach, as an alternative, is eclectic, one cannot simply throw different approaches together and hope they will somehow fit. This eclectic tack would not do justice to the unique texture of each approach. In addition, doing a mediation-light version of several differing approaches would be unproductive because it would likely produce a poor rendition of the original approaches, resulting in their muddling. This is because interactions associated with each approach may connect to differing and oft-mutually exclusive ontologies and epistemologies. Logical consistency is required.

Mediation brand proponents often confuse interaction with ontology and epistemology and insist that their particular interactive method proves their slant on social reality and its relevant facts. This can result in a reification of the particular approach. The integral approach avoids this by reminding us negotiated ontology and epistemology determine social interaction and vice versa in each instance of mediation. *Integral mediation* simply recognizes that coherent ontology, epistemology, and interaction emerge in mediation and that the mediator's role is to help the parties develop and maintain coherence between them. Correspondence and convergence between these elements is what produces meaning and adds value for the parties, as they struggle with their dispute, in any given instance. The integral approach recognizes the role of the mediator is to help the parties discover instances of shared meaning.

A. Acknowledging Contemporary Mediation Approaches

After surveying the opinions of 155 mediators over five years, I discovered surprisingly that a significant number (61) would simply prefer to ignore the existing contemporary *brands* and develop an empirically based alternative. Yet to ignore existing approaches would do the very thing the branding process has already done, i.e., to dismiss the alternatives. For this reason, it is it important to recognize other contemporary approaches and acknowledge how they differ with respect to ontology, epistemology, interaction and mediator interventions.

The four prominent contemporary approaches are facilitative/interest-based, evaluative, transformative and narrative (Bush and Folger, 1996; Jarrett, 2009; Riskin, 1994, 1996, 2003; Winslade and Monk, 2000). Each claims a different ontology and epistemology. From each flow the logical mediator interventions, strategies, and tactics. For the sake of convenience the focus is limited to these four, although one could conceivably use this schema for any mediation approach that comes along. See *Figure 2*.

By comparing and contrasting each, we can see why there is often tension and dissonance between them. The social world is framed differently in each. Moreover, mediators see their role differently in each. For facilitative/interest-based mediators the world is a modernist reality in which observations can reveal essential interests motivating legal positions (Fisher and Ury,

Application - Hierarchy of Integration					
Category	**Sociological Frame**	**Facilitative/ Interest-based**	**Evaluative**	**Transformative**	**Narrative**
Ontological	Social Reality	Essentialist	Historical	Humanist	Post-modern
Epistemological	Knowledge of Social Reality	Interest-Oriented	Precedential	Relational	Social Constructivist
Disputant Behavior	Social Interaction	Conflict over competing interests	Competition for most persuasive legal position	Conflict as a Failure to recognize fellow humanity	Conflicting Narratives
Mediation Approach	Brand Commitment	Focus on Interests	Establish and apply Precedent	Provide opportunities for mutual empowerment and recognition	Deconstruct/ Reconstruct Narratives
Chosen Intervention - Declared Goals, Strategies and Tactics	Espoused Practice	Move parties from Positions to Interests	Provide parties with an assessment	Encourage and Reinforce instances of empowerment and recognition	Surface dominant and subordinate narratives and establish functional shared narrative

Figure 2

1981, Moore, 1996). For these mediators, revealing underlying interests diffuses disputes, producing interest-based solutions (Fisher and Ury, 1981, Moore, 1996). For evaluative mediators conflicts are resolvable through the application of precedent and previous authority through which one guides the parties (Levin, 2000-2001; Stark, 1997). Accordingly, providing evaluations to the parties is the best way to resolve disputes (Levin, 2000-2001; Stark, 1997). For transformative mediators the world is a humanist challenge in the face of which humans and communities can evolve morally (Bush and Folger, 1995). For this approach, encouraging in a non-directive way moments of mutual *empowerment* and *recognition* to encourage moral growth is the best-practice for mediators (Bush and Folger, 1995). For narrative mediators the world is socially constructed through language. Therefore narrative mediators strive to enter the *language game* leading parties from conflict-saturated narratives to conflict-reduced narratives (Winslade and Monk; 2000).

In sum, we may have put the cart before the horse. That is, each approach seems to have first established its own interaction rituals and corresponding method and then proceeded to map out a social world based on the requirements of the method. The chosen ritualized intervention *becomes* the social frame or world-view for any and every social conflict. A truly integral approach must surely work the other way around, first unpacking ontology and epistemology in a self-critical fashion before seeking methods that seek to address them. Only then will we effectively tackle conflict in all its complexity.

B. Sourcing Many Disciplines of Origin

A struggle has emerged between competing disciplines of origin in the mediation field (Abbott, 2001; Jarrett, 2007, 2009). In particular, there appears to be a struggle over the relative value of fundamental skills associated with each source discipline. For example, lawyers often claim knowledge of the law and the legal system as a special claim of distinction in the mediation marketplace. Similarly, social worker, sociologists, psychologists, and counselors often claim special skills regarding knowledge of social processes and socially-useful interventions. Further, anthropologists claim specialized knowledge about the parties' cultural backgrounds and disputing contexts. Still further, labor relations experts, managers, business professionals, and accountants claim respective skills in management, appraisal, and evaluation.

In fact, divergent disciplines of origin naturally contribute diverging ideas about ontology, epistemology, and corresponding skill sets. Some see this as a problem because they are concerned one source-discipline, in a struggle over turf, may come to dominate mediation practice at the expense of others. However, this result can be avoided by acknowledging a host of useful skills sets associated with each discipline of origin. The integral approach can add value by integrating and improving mediation through inclusion of these skill sets and the process of their continual refinement.

Any successful inter-disciplinary dialogue cannot privilege one discipline over others but rather must acknowledge the unique value-added component of each approach. In so doing, it provides a strong basis for mediator educational development. For example, it may be that some legal training is useful for mediators dealing with particular disputes, where legal issues play a prominent role. We could then work to identify the legal knowledge most useful to mediators and build this knowledge base into mediation training. Similarly, certain counseling intervention skills might also be useful where continuing co-disputant interaction is important. This knowledge could also be identified and included in mediation training. The same is true for each of the disciplines of origin. Moreover, as new disciplines emerge, as in, for example, On-line Dispute Resolution (ODR), new internet emerging communication technologies, video-conferencing, etc. the integral approach would also welcome their added-value components. By adopting this on-going value-capture approach mediation can continue to evolve, improve, and effectively redefine itself.

C. Affirming The Role of Culture

Culture is attaining a position of greater importance in conflict resolution as social interactions in the world become increasingly inter-connected and globalized (Fernando, 2010). So too is the need to learn methods that help us understand the variance in culture and its differential effects on settlement processes (Fernando, 2010). It is wholly unrealistic to expect the cultural environment to adjust to the mediator. But this is what a number of mediators currently do when they apply their respective methods to conflicts arising in a cultural environment that differs from the one in which their methods originate. It is therefore important that our mediation interventions recognize and adjust to suit the particular cultural context

in which the dispute emerges.

From a sociological perspective, changes in the cultural *field* affect the mutually agreed-upon aspects of ontology, epistemology, and social interaction, in mediation (Bourdieu, 1977, 1992). The integral approach must continually adjust itself to shifts in the cultural *field*. Arguably, no fixed-commitment approach can adjust adequately to the finely textured shifts produced by cultural forces. In fact, it is not unreasonable to expect mediation approaches lifted from one cultural milieu to be naturally disconnected from practice in the other cultural *fields* in which they are applied. Accordingly, a priori commitments to any of the approaches in *Figure 2* might actually work against value shifts consonant with human experience, depending on the particular cultural *field*.

Cultural and collective identity can loom large in many so-called resource-based disputes (Rothman, 1997; Volkan, 1997). In fact, such issues can dwarf the relative importance of resource-based interests in these matters (Rothman, 1997). Jay Rothman (1997) has aptly developed this theme and demonstrated its application in his work. Cultural and identity-based values shape epistemology and social interaction. Identity is particular to each society (Volkan, 1997). The *integral* approach must recognize that participants from different cultures must first acknowledge each others' differing value commitments before attempting to address other issues, including economic interests. This is precisely because the very nature of social reality, including symbolic meaning, is negotiated in mediation. Even though the parties do not share their respective cultural values they must at least accept that they are real and meaningful for their respective parties—these values reflect and carry cultural capital.

D. Exploring Practice Sectors

The majority of interviewees were in favor of preserving the larger mediation field as a distinct identity. Most argued that if we allow mediation to simply splinter into each of the sectors in which it is applied, it risks becoming just another constrained, bureaucratized activity (Weber, 1947, 1976). In effect, what we then call 'mediation' risks losing its vigor and potential for human emancipation. On the other hand, idealizing social conflict in a *one-size-fits-all* analysis with no recognition of sectoral contingencies is naïve. This approach would also ultimately and ironically impoverish mediation, because it would not fully acknowledge the realities of modern bureaucratic life in which people have to live (Weber, 1947, 1978). In the extreme it would become an idealistic exercise without a materially-based connection. Therefore, the integral approach must lie somewhere between these two extremes—capable of both autonomy from and connection with recognized bureaucracies and supporting legal processes.

Despite differences, it is evident that certain sectors and associated practice groups are situated much more closely to certain others. In fact, it is a useful exercise to consider potential groupings where practices might share similar themes. After interviewing 155 practitioners, I noticed that several distinct practice-group categories emerged based on shared practice themes. Consider the following sector groupings. Family, estate, elder, and child protection mediation tend to share common concerns about the best interests of vulnerable family members. Victim-offender mediation, school, peer mediation, family-group conferencing, and talking circles often focus on the rehabilitation and socialization of young people. Commercial, construction, consumer, and personal injury mediation often resolve contract rights and industry-norm violations and attendant compensation. Community and Neighborhood-Justice mediation, despite an apparent myriad of conflict themes share the common goal of restoring on-going relations and peace in local neighborhoods. Employment, workplace civil rights, and mediated labor relations focus on resolving disputes in the workplace and promoting industrial peace.

While one might disagree as to the exact groupings, it becomes evident natural affinities exist that may benefit from common practice development. It becomes equally evident that natural differences exist which require caution in migrating logic and practice from one sector to another. Future research that explores the essence of various sectors and mediator adaptations would be of great value. This is a theme that is yet to be fully developed in the mediation community.

III. Identifying *Integral* Practice Ethics

In order to develop ethics more integral to mediation the mediation community must develop its own more unambiguous practice-based ethics—*integral ethics*. In a survey of mediator ethics codes I discovered that almost all of them require the mediator to be either *neutral* and/or *impartial* (Jarrett, 2006). On the surface this sounds well and good and even desirable. As part of this study, when mediators were asked what they meant by *impartiality* and *neutrality*, it appeared that mediators had several divergent and sometimes contradictory notions of what these terms actually mean. Therefore, before we can even attempt to adopt these ethics we need to figure out what exactly they mean. Moreover, even if we could determine what these two terms actually mean, they may still not represent best practices in mediation.

The *neutrality* and *impartiality* ethics appear to have emerged from the juridical doctrine that judges must maintain the perception of impartiality so that litigants will view the judge's authority as legitimate and more freely comply with unfavorable decisions (Bourdieu, 1986; Jarrett, 2006). Mediation organizations appear to have un-reflexively adopted these notions in whole cloth, rather than establishing their own ethics that respond to the finely textured needs of mediation practice (Mayer, 2004). This is an unintended consequence of the fixed doctrinal approach to mediation, which produces these kinds of blind-spots and mimicry. Arguably, merely adopting juridical ethics will ultimately impoverish and institutionalize mediation because it renders mediation *court-light*, preventing it from developing organically as its own independent practice. If legally derived ethics worked without mediation then we wouldn't need mediation in the first place. Mediation came along because there was an obvious need for it as a

complement to the standard litigation map and now we are ironically in danger of thwarting its potential through excessive deference to legalistic ethics.

To make matters worse, *impartiality* or *neutrality* in any abstract sense in mediation may well be impossible, so as to make such a requirement absurd and meaningless (Jarrett, 2006, 2009; Mayer, 2004). We know, from the reflexive and interpretive-science perspective, observers are always working to understand and explore their own biases. Ironically, for *verstehen*, a key concept of Max Weber's sociology, mentioned above, exploring one's own biases is the only way one can truly see social reality in an unbiased fashion (Weber, 1947, 1976). The problem is that imposing the *neutrality* and *impartiality* ethics on the mediator means that that practitioner cannot openly admit bias and partiality without risking potential condemnation, poor evaluations, and even potential reprisal by the parties. If the mediator could admit and explore bias reflexively with the parties she may well come to gain a far more impartial view of the social conflict and be of greater assistance to the parties in their efforts to resolve their dispute.

Imposing *neutrality* and *impartiality* may not only weaken the potential of mediation practice it might even exclude certain forms of mediation, contrary to Standard IX promulgated by ACR, AAA, and ABA, discussed above.[6] It would indeed appear that the *neutrality* and *impartiality* ethics contradict the diversity ethic contained in Standard IX. Certain mediation practices that do not align themselves with standard legal doctrine may be the casualties of imposing whole-cloth ethics without modification from originating source disciplines. For example, ho'oponopono practitioners in Hawaii, Peace-making mediation among Native groups in North America, and South East Asians have reported that imposing *neutrality* and *impartiality* requirements would actually work to undermine effective practice (Honeyman, 2004; Jarrett, 2009).

Often indigenous protocols work best through the mediation work of wise and respected *Elders*. These *Elders* are often effective precisely because they are connected to the parties by relation or social proximity. To require such a practitioner to have no prior relations with parties or biases toward certain issues including family, community, and health might well prove counter-productive to the mediation process (Honeyman, 2004; Jarrett, 2006, 2009). Yet the Uniform Mediation Act, adopted in several states, like many organizational ethics codes prescribes *impartiality*, unless expressly waived by the parties.[7] Do we simply redefine and exoticize their practices to exclude them from the reach of mediation's logic and debate? This may well effectively eliminate Wise-Elder Mediation as a form of practice because it cannot be so narrowly constrained.

One can apply the same logic to several sectors of practice including, among others, victim-offender mediation, family mediation, child-protection mediation. For example, in family disputes, it would be unreasonable to require the family mediator to remain neutral and unbiased toward the interests of the child. Like-wise, in victim-offender mediation cases it would be unreasonable to expect the mediator to remain issue-neutral on matters of serious crime. Surely, in these areas, we would reasonably expect the mediator to be expressly biased and evidently partial. Crime victims have a right to be free of crime and children have a right to good parenting, respectively. In the vignette, for example, we would surely all hope that the mediator would favor the best interests of the child and depart from neutrality on this issue, where necessary.

In sum, these simple examples quickly demonstrate the problem of imposing inappropriate ethics on the practice of mediation. Placing unnecessary and misleading restrictions on mediators only impairs their ability to engage in effective practice. The problem is that mediation cannot be easily normalized as a dispute-resolution process, so we need integral ethics that represent the finely textured variations associated with each manifestation of practice. The integral approach must therefore develop conduct codes that permit a variety of approaches. Integral codes could define mediators broadly as those third parties who assist others to negotiate their conflicts and then work out directives for particular applications. Regarding the *neutrality* and *impartiality* ethics, in particular, the integral approach would pursue ethics that support mediation fairness, so that all sides are fully informed and have a reasonable chance to communicate their respective point of view, rather than imposing judicial ethics based on courtroom norms. Fairness could be maintained, for example, by requiring mediators to encourage the parties to seek independent legal advice regarding any mediated settlement. In conclusion, the integral approach requires us to re-think our notions of what constitutes good mediation ethics.

Conclusion

If mediation is to succeed as a valuable multi-disciplinary practice, it is imperative that the mediation community acknowledge and support the *integral approach* implied in Standard IX of the ABA, ACR, and AAA respective ethics codes.[8] Currently there is a substantial gap between theory and practice and an unduly constrained conception of what mediation can be. A significant part of the problem stems from a reluctance on the part of the mediation community to challenge claims of brand distinction emerging in the mediation field. While branding may serve to increase market-share for its respective brand proponents, unchallenged, it risks unduly restricting and thereby impoverishing mediation as a coherent and integrated professional activity. The challenge for the mediation community is both modest and ambitious at the same time. It is modest in that it requires the mediation community to acknowledge and validate what is already happening in the practice of mediation. It is ambitious in that it invites the mediation community to explore and clearly articulate integral possibilities which call into question claims of brand exclusivity and superiority. In a nutshell, *integral mediation* represents the brand-free open-source alternative. As such it invites both scholars and practitioners to work in concert to explore, expand, and inter-relate various aspects of mediation theory and practice in order to unlock mediation's great potential.

References

Abbott, A. (2001). Chaos of Disciplines. Chicago: ***University Of Chicago Press.***

Abramson, H. (1997). Selecting Mediators And Representing Clients In Cross-Cultural Disputes. Cardozo Journal of Conflict Resolution, ***7, 253-275.***

Bourdieu, P. (1977). Outline of a Theory of Practice***. Cambridge and New York: Cambridge University Press.***

_____. (1986). The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field. Hastings Law Journal***, 38 (5), 814-853.***

_____.(1992). Invitation to a Reflexive Sociology***. Chicago: University of Chicago Press.***

Bush, R. A. B. and Folger, J. (1995). The Promise Of Mediation: Responding To Conflict Through Empowerment And Recognition. ***San Francisco: Jossey-Bass Ltd.***

Deutsch, M. and Coleman, P. T. (Eds.). (2000). The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice. ***San Francisco: Jossey-Bass Publishers.***

Farned, D. (2010). The Unauthorized Practice Of Counseling: Renewing A Much Needed Discussion For Mediators, Rutgers Conflict Resolution***. 8(1):1-13.***

Fernando, S. (Ed.) (2010). "Glocal" Working: Living and Working Across the World with Cultural Intelligence. Milan: Franco Angeli.

Fisher, R. and Ury, W. (1981). Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In***. New York: Houghton Mifflin Company.***

Guthrie, C., Rachlinski, J.J., and Wistrich, A.J., (2007). Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. Cornell Law Review, ***93, 1-44.***

Honeyman, C. et al. (2004). Skill is Not Enough: Seeking Connectedness and Authority in Mediation. Negotiation Journal ***20, 489-511.***

Jarrett, B. (2006). "Mediators as "Neutrals" in Dispute Resolution: A Case of Contested Identity 1-6. May 25, 2006 Ph.D. Dissertation, University of Hawai'i at Manoa.

Jarrett, B. (2009) "The Future of Mediation" Journal of Dispute Resolution. ***2009,*** 49-75.

Levin, M. S. (2000-2001). Propriety of Evaluative Mediation: Concerns about the Nature and Quality of an Evaluative Opinion. Ohio State Journal of Dispute Resolution.***16, 267.***

Lubell, M.K & Scholz, J.T. (2001). Cooperation, Reciprocity, and the Collective Action Heuristic. American Journal of Political Science. ***45:1, 160-178.***

Mayer, B. (2004). Beyond Neutrality: Confronting the Crisis in Conflict Resolution. San Francisco: Jossey-Bass. Moore, C. (1996). The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict, 2nd ed., San Francisco: Jossey-Bass Publishers.

Nisbett, R. E. & DeCamp, W.T. (1977), 'Telling More Than We Can Know: Verbal Reports on Mental Processes', Psychological Review***, 84, 231-259.***

Harper-Collins Publishers.Riskin, L. (1994). Mediator Orientations, Strategies and Techniques, Alternatives to High Cost Litigation***. 12:111.***

_____ .(1996). Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed, HARV. NEGOT. L. REV***. 1:7.***

_____ .(2003). Decision-making In Mediation: The New Old Grid And The New New Grid System, Notre Dame Law Review. ***79:1.***

Rothman, J.(1997). Resolving ***Identity-Based Conflict:*** In Nations, Organizations, and Communities. ***San Francisco, CA: Jossey-Bass Publishers.***

Ruhl, J. B. (2009). Thinking of Mediation as a Complex Adaptive System Brigham Young University Law Review***, March 5, 2009. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1354171. Retrieved August 8, 2011.***

Smith M.J. (1998). Social Science in Question***. London, Thousand Oaks and New Delhi; Sage Publications.***

Stark, J. H. (1997). The Ethics of Mediation Evaluation: Some Troublesome Questions and Tentative Questions from an Evaluative Lawyer-Mediator, S. TEX. L. REV. ***38, 769.***

Volkan, V. D. (1997.) Bloodlines: From Ethnic Pride to Ethnic Terrorism. New York: Farrar, Straus and Giroux.

Volpe, M. & Chandler, D. (2001). Resolving and Managing Conflicts in Academic Communities: The Emerging Role of the 'Pracademic'. Negotiation Journal***, 17(3), 245-255.***

Weber, M. (1947) "Legitimate Authority and Bureaucracy." In D. S. Pugh (Ed.) Organization Theory***, London: Cox & Wyman Ltd.***

_____. (1978). Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology ***California: University of California Press (Translation1978).***

Winslade, J. & Monk, G. (2000). Narrative Mediation: A New Approach to Conflict Resolution***. San Francisco: Jossey-Bass Publishers.***

1 In numerous case interviews (155), I found mediators would initially report their espoused approach only to reveal later in private that they had serious doubts about being able to maintain their given approach throughout the entirety of any given mediation. In fact, mediators would often reveal that they felt the need to maintain a public commitment to one approach to continue to receive referrals from various groups, organizations, and institutions.

2 Jurgen Habermas defines the public sphere as follows.
"…a discursive space in which individuals and groups congregate to discuss matters of mutual interest and, where possible, to reach a common judgment. …a theater in modern societies in which political participation is enacted through the medium of talk" and "a realm of social life in which public opinion can be formed."

3 Standard IX Code of Ethics for Mediators. Adopted by the American Bar Association, the American Arbitration Association, and the Association for Conflict Resolution. http://www.mediate.com/pdf/ModelStandardsofConductforMediatorsfinal05.pdf Retrieved August 8, 2011.

4 Ibid.

5 Ibid.

6 Ibid.

7 Uniform Mediation Act, promulgated by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Website: http://www.mediate.com/articles/umafinalstyled.cfm Retrieved August 8, 2011.

8 Ibid.

ADR Institute of Canada Annual National Conference -
ADRIC 2012: Guiding Beacon to Best Practices in ADR, October 25-26, 2012 Halifax

Join our list of generous SPONSORS:

Diamond Level
- FMC Law - Fraser Milner Casgrain LLP

Gold Level
- Deloitte & Touche LLP
- Insurance Bureau of Canada
- PricewaterhouseCoopers LLP

Silver Level
- Borden Ladner Gervais LLP
- Cox & Palmer
- MNP LLP
- Marsh Canada Limited
- Osler, Hoskin & Harcourt LLP
- Saint Mary's University
- University of New Brunswick / Canadian Institute for Conflict Resolution

Bronze Level
- Burnet, Duckworth & Palmer LLP
- Centre for Conflict Resolution Studies, Centre for Life-Long Learning, University of PEI
- William G. Horton Professional Corporation

To inquire about the benefits of Sponsorships,
please call Janet: 416-487-4733 or 1-877-475-4353, ext 105

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

La médiation intégrale

Brian Jarrett, J.D., LL.M., Ph.D. Université de l'Alaska à Fairbanks

Introduction

D'un point de vue sociologique, la *valorisation d'une marque* peut apporter un contre-poids opportun à l'inertie institutionnelle qui s'oppose au changement positif dans un domaine social établi (Abbott, 2001). La *valorisation d'une marque* peut guider les forces qui contestent l'ordre social existant en offrant des solutions de rechange valables. Dans le domaine actuel de la médiation, des marques qui remettent en question l'ordre juridique existant ont vu le jour. Par exemple, la méthode Harvard de facilitation ou axée sur les intérêts a donné lieu à une solution de rechange opportune à l'approche classique de négociation sur positions courante dans le domaine juridique (Fisher et Ury, 1981). La méthode Harvard libère les parties de leurs positions en droit souvent étroites, ce qui permet d'explorer une vaste gamme de solutions, selon les intérêts de base des parties. L'image de marque a contribué à établir cette méthode à titre d'approche remarquable de la médiation dont à la fois la simplicité théorique et l'application effective à bon nombre de situations conflictuelles ont été démontrées.

Néanmoins, la valorisation d'une marque cache un côté sombre et le milieu de la médiation le découvre présentement. La valorisation d'une marque peut donner lieu à des reproches déplaisants et à de vides revendications de suprématie, ce qui supplante un véritable débat sur les mérites particuliers de chaque approche. En outre, la nature fluide et très subtilement structurée du conflit social dont les causalités sont complexes ne se prête pas à une démarche a priori exclusive. Par conséquent, il est peu probable qu'une seule approche de la médiation puisse revendiquer de façon légitime que son application exclusive est supérieure. Pourtant, bon nombre de professionnels tentent précisemment de ce faire, en raison de leur adhésion inébranlable à une seule approche dans diverses situations conflictuelles et tout au long du processus de médiation[1].

Afin de comprendre pourquoi les médiateurs affirment qu'ils n'utilisent qu'une seule approche alors que la pratique indique le contraire, il est important de comprendre les forces sociologiques et du marché qui influent sur les médiateurs, en tant qu'acteurs sociaux. Étant donné que la médiation est issue de la pratique et non d'une discipline théorique, son fondement théorique n'a pas été élaboré de façon cohérente (Deutsch, 2000). Il en est ainsi en raison du peu de temps et de motivation que les professionnels ont eu pour documenter et partager leur pratique avec les universitaires, avec lesquels ils ont peu en commun (Deutsch, 2000). Les universitaires, quant à eux, ont souvent démontré plus d'égards aux théories conçues dans l'enceinte sacro-sainte du monde universitaire qu'à la sagesse populaire, à l'intuition, et aux comptes rendus des médiateurs de leur pratique (Deutsch, 2000). Le résultat net est un décalage permanent entre la théorie et la pratique. Par conséquent, en l'absence d'une documentation solide et minutieuse, les organismes de médiation qui élaborent des théories cohérentes ont simplement cherché à obtenir un avantage commercial par la promotion de leur approche particulière par rapport aux autres.

Afin de sortir de ce carcan, il est impératif que le milieu de la médiation examine les liens entre la théorie et la pratique et la synthèse possible d'approches concurrentes lorsqu'elle reflète la réalité de la pratique. De même, le milieu doit définir et reconnaître les différences entre les approches là où elles existent vraiment. Il est sans doute temps de renverser cette tendance à la suprématie de l'*image de marque*. Les clients qui ont recours à la médiation seraient assurément les principaux bénéficiaires d'une telle démarche, étant donné qu'ils se préoccupent davantage de la pratique effective et des résultats favorables que des déclarations des médiateurs à l'égard de la suprématie d'une marque et de la différenciation des marques. Par conséquent, le milieu de la médiation devrait envisager une discussion axée sur l'examen de diverses approches et d'une intégration possible fondée sur la pratique véritable, c'est-à-dire une approche *intégrale*.

Sans doute, cette discussion doit commencer par une théorie de la médiation tirée de la pratique. J'ai passé ces dernières années à faciliter activement une telle discussion entre les professionnels; c'est un projet que j'ai nommé le *Projet de la médiation intégrale*. Il est axé à la fois sur l'intégration de la théorie et de la pratique, et sur la réconciliation des approches, le cas échéant. L'objectif du projet est de voir cette approche intégrale devenir une option *ouverte* viable au sein des divers centres de médiation et universités qui offrent une formation en médiation. Le projet fournit un type d'espace professionnel semblable à l'*espace public* de Jurgen Habermas au sein duquel le milieu de la médiation peut examiner une pluralité d'approches nées des rigueurs et des affres des diverses pratiques (Habermas, 1980, 1984, 1987, 1990)[2].

Dans le domaine de la médiation, il apparaît que les querelles de marques ont donné lieu à un discours restreint qui regorge de propos politiques et commerciaux opportuns qui, à leur tour, engendrent des angles morts, des écarts entre la théorie et la pratique, la marginalisation, l'aliénation, et des règles de déontologie professionnelle qui ne sont pas en phase avec les exigences de la pratique quotidienne de la médiation (Farned, 2010, Jarrett, 2007, 2009; Riskin, 1994, 1996, 2003). Ce résultat est très curieux dans un domaine dont la raison d'être se targue d'être le règlement efficace de différends grâce au libre échange de points de vue. En conséquence, le milieu de la médiation a besoin d'un *espace public* de libre discussion; un discours professionnel qui réunit les diverses méthodes tout en respectant les différences lorsqu'elles surviennent dans l'expérience du médiateur. En outre, une telle approche pourrait combler le fossé entre la théorie et la pratique et les autres lacunes

qui minent présentement le domaine de la médiation.

Cet article est une invitation à une approche intégrale. La *médiation intégrale* est pragmatique. Elle étudie les stratégies et les techniques qui fonctionnent le mieux au moment où elles sont requises, même si elles contredisent *a priori* des adhésions théoriques. Elle est axée sur la fonction plutôt que sur la forme. Dès qu'une stratégie ou une technique devient inefficace, le médiateur qui adhère à la *médiation intégrale* doit l'abandonner en faveur de stratégies ou techniques plus efficaces. En effet, cette flexibilité et cette adaptation sont au cœur de la médiation et son essence même. L'approche *intégrale* est fondée sur la découverte de la valeur maximale de tout échange dans le cadre de la médiation. En tenant compte de l'interaction sociale qui est en constante évolution, l'approche *intégrale* doit approfondir des stratégies adaptatives plutôt qu'un cadre théorique fixe. La *médiation intégrale* doit par conséquent être fondée sur une pratique adaptative.

Il est important de souligner que l'approche *intégrale* ne cherche pas à exclure ou à dénigrer d'autres méthodes. Elle reconnaît simplement le fait que certaines approches en médiation deviennent de plus en plus fixées et institutionnalisées. En dénigrant ou subsidiairement en ignorant les approches institutionnalisées, la méthode intégrale ne ferait que créer une autre *marque* concurrente, ce qui pourrait reproduire le même échange querelleur sur les marques qui afflige présentement les professionnels de la médiation. Au contraire, l'approche intégrale représente une véritable possibilité - une métapratique ouverte disponible à tout professionnel qui désire examiner et élargir l'intégration.

La partie I de cet article présente le fondement de la *médiation intégrale* et invite le milieu de la médiation à envisager un protocole en vue de l'élaboration d'une pratique intégrale. La partie II fournit un schéma analytique qui reconnaît et compare les approches actuelles importantes. La partie III examine en particulier les difficultés liées à la déontologie en matière de neutralité et d'impartialité et propose une façon d'élaborer une déontologie plus intégrée à la pratique actuelle en médiation.

I. Le fondement de la *médiation intégrale*

La règle IX[3] du code de déontologie des médiateurs adopté conjointement par l'Association for Conflict Resolution (ACR), l'American Bar Association (ABA), et l'American Arbitration Association (AAA) fournit le fondement rationel de l'approche intégrale. En vertu de la règle IX, les médiateurs doivent encourager la diversité dans le domaine de la médiation, rendre la médiation accessible aux clients, aider le public à avoir une meilleure compréhension et appréciation de la médiation, et faire preuve de respect envers les points de vue différents dans le domaine. Voir la règle IX.

> « Règle IX. Avancement de la médiation
> A. Le médiateur doit agir d'une façon qui contribue à l'avancement de la médiation. Le médiateur respecte cette norme en contribuant à quelques-unes ou à toutes les mesures suivantes :
> 1. encourager la diversité dans le domaine de la médiation…
> B. Le médiateur doit faire preuve de respect des points de vue différents dans le domaine, chercher à apprendre des autres médiateurs et travailler avec les autres médiateurs afin d'améliorer la profession et mieux répondre aux besoins des personnes qui sont parties à un différend.[4] »

[Traduction]

La règle IX indique la mesure souhaitée, c'est-à-dire que les médiateurs doivent contribuer à l'avancement de la médiation, en encourageant la diversité et le respect de méthodes différentes au sein de la profession. Pour que le respect de la diversité et de points de vue différents dans le domaine de la médiation ait un sens, il faut qu'à la fois les universitaires et les professionnels aient un espace professionnel dans lequel ils peuvent participer à un débat ouvert à la critique. Il est permis de penser que, de ce fait, la règle IX admet et appuie même un espace professionnel dans lequel les médiateurs peuvent résoudre les compatibilités et incompatibilités grâce à un dialogue de bonne foi.

Au cours des cinq dernières années, après avoir interrogé 155 professionnels, j'arrive à la conclusion qu'il ne semble pas que ce soit en train de se réaliser avec la vigueur à laquelle nous sommes en droit de nous attendre d'un nouveau domaine professionnel. Au contraire, le domaine est souvent dans l'impasse en raison de prétentions de marque distinctive et de suprématie de marque (Farned, 2010; Jarrett, 2009). Il n'est pas rare que divers adeptes cherchent à différencier et même, dans certains cas, à exclure d'autres méthodes de médiation en raison de motifs philosophiques et théoriques à la fois (Farned, 2010; Jarrett, 2009; Riskin, 1994, 1996, 2003). Au cours des dernières années, j'ai fourni des preuves que des approches qui semblent s'exclure mutuellement sont bon nombre de fois dictées par une volonté de créer un avantage commercial (Farned, 2010; Jarrett, 2007, 2009).

Les concurrents sur le marché cherchent à se distinguer grâce à la spécificité de leur approche. La différenciation au moyen de l'exclusion peut aider un adepte en particulier dans sa carrière, toutefois il est permis de penser que ce sera au détriment de la découverte de meilleures pratiques en médiation. En outre, les prétentions de marque distinctive et de suprématie de marque qui visent à en exclure d'autres contrecarrent souvent la possibilité de tenir de véritables propos fondés sur la pratique. Il en résulte un débat sans issue fondé sur des préoccupations politiques et commerciales qui mènera ultimement à l'appauvrissement et au relâchement de la médiation à titre de service important offert à la collectivité.

Compte tenu des mesures souhaitées et, peut-être même, de l'obligation en matière de déontologie contenues à la règle IX, le milieu de la médiation requiert un lieu de débat afin d'élaborer effectivement des possibilités intégratives[5]. Toutefois, une approche intégrale véritable ne doit pas être qu'un simple exercice lors duquel des médiateurs mettent ensemble des approches divergentes de façon arbitraire. Au

contraire, l'approche intégrale doit résoudre la logique appliquée de chaque approche et des revendications connexes de distinction en vue de démontrer à la fois une véritable différence et une possible intégration. L'approche intégrale, tout en cherchant un véritable ajustement de la théorie à la pratique, ne doit pas faire abstraction de véritables incompatibilités lorsque ces dernières découlent de la pratique. Autrement, l'approche intégrale donnera lieu probablement au même débat stérile et sans issue qui s'est enlisé à l'égard d'autres méthodes.

Rien dans la règle IX n'exige l'intégration au détriment d'applications uniques pratiques. La *médiation intégrale* conforme à la règle IX permettra une myriade d'approches qui servent des objectifs uniques en médiation, souvent associés à des disciplines de base divergentes, comme le droit, le travail social, la psychologie, le counselling, la sociologie, et le commerce, etc. De fait, la valeur ajoutée de la *médiation intégrale* est qu'elle reconnaît expressément les approches divergentes en médiation. En outre, elle met au défi ceux qui affirment la suprématie d'une approche sur les autres de démontrer cette suprématie dans les circonstances dans lesquelles elle est appliquée. La médiation intégrale cherche à établir en pratique une synthèse significative des approches, autant que possible, sans sacrifier les principes sous-jacents sur lesquels ces approches sont fondées. En bref, toute synthèse doit découler de façon naturelle de la logique de la pratique.

II. Un cadre d'analyse de la médiation actuelle

Il est impératif que nous examinions de façon approfondie les liens entre l'ontologie (la réalité sociale), l'épistémologie (la connaissance de la réalité sociale), et l'interaction sociale afin de laisser derrière les factions querelleuses de la médiation. Tel qu'il a été analysé dans l'introduction, le domaine de la médiation, une activité dont le potentiel est autrement élevé, demeure miné par des écarts entre la théorie et la pratique. Il est permis de penser, étant donné que nous avons été trop empressés d'accepter des revendications de pratique unique sans une analyse critique appropriée, que nous n'avons pas réussi à établir et à élaborer des liens clairs entre l'ontologie, l'épistémologie, et les interactions sociales qui font l'objet de la médiation.

Selon le paradigme interprétatif des sciences sociales, la nature même de la réalité sociale laisse entendre que l'épistémologie est toujours négociée dans toute interaction qui est l'objet d'une médiation. Par conséquent, les médiateurs, au même titre que leurs clients, participent à un processus dans lequel ils créent ensemble la réalité sociale et déterminent les faits pertinents dans tous les cas, sans exception, de médiation. Les médiateurs dénigrent bon nombre de fois les autres approches pour une simple raison : ils n'acceptent pas d'autres versions de l'ontologie, de l'épistémologie, et de l'interaction. Malheureusement, ce refus d'intégrer les approches contrecarre le potentiel de la médiation étant donné qu'il nie le fait même que les interactions en médiation peuvent, par leur nature même, être incertaines et chaotiques.

En réalité, il n'y a pas de solution *unique* en médiation. Les médiateurs commettent souvent l'erreur de prétendre qu'ils ont trouvé l'approche *universelle*, ce qui, toutefois, ignore la nature de la réalité sociale. Lors de colloques de médiateurs, l'on entend souvent des médiateurs qui font la promotion de leur modèle fixé *a priori*, affirmant que le modèle choisi non seulement décrit l'interaction sociale mais également définit l'ontologie et l'épistémologie selon les termes *mêmes* du modèle qu'ils ont établi. Selon le paradigme interprétatif sociologique, peu importe son exactitude, il ne faut pas confondre une carte avec le territoire qu'elle prétend décrire. Par conséquent, peu importe que la marque de médiation soit bonne, elle demeure limitée justement parce qu'elle n'est qu'une marque.

Il est permis de penser que nous devons également reconnaître que la médiation est essentiellement un système complexe adaptatif, et, de ce fait, doit toujours s'ajuster afin de réussir à gérer de nouvelles situations (Ruhl, 2009). Les interactions sociales présentent tout simplement trop de complexité pour que les médiateurs puissent diriger ces interactions selon des contraintes inutiles qu'ils se sont imposées. Comme les professionnels le reconnaissent d'emblée, la connaissance de la réalité et de l'interaction des parties peut changer à tout moment durant la médiation, selon une gamme de facteurs sociaux interactifs, par exemple les changements au pouvoir relatif des parties, la situation sociale changeante dans la collectivité plus étendue, l'acquisition de connaissances, l'influence changeante de l'avocat, et autres du même genre. En bref, de par sa nature, la réalité sociale est souvent négociée et nouvelle dans les interactions sociales en médiation. Par conséquent, il est curieux que les médiateurs soient si rapides à adopter une approche fixée a priori, face à de telles réalités. Il est permis de penser qu'ils le font en raison des forces du marché qui les y obligent. La valorisation de la marque en est le résultat.

Bien que l'approche intégrale, à titre de solution de rechange, soit éclectique, on ne peut pas simplement mettre ensemble différentes approches et espérer qu'elles cadrent ensemble. Cet assemblage éclectique ne pourrait rendre justice à la texture unique de chaque approche. En outre, une version simplifiée de plusieurs approches différentes serait improductive étant donné qu'elle ne serait qu'une piètre interprétation des approches originales, ce qui ne ferait qu'embrouiller les approches. Il en est ainsi en raison du fait que les interactions associées à chaque approche peuvent être liées à des ontologies et des épistémologies différentes qui souvent s'excluent mutuellement. Une cohérence logique est requise.

Les adeptes de marques en médiation confondent souvent l'interaction avec l'ontologie et l'épistémologie et insistent que leur méthode interactive en particulier appuie leur point de vue sur la réalité sociale et ses faits pertinents. Il peut en résulter une réification de l'approche en particulier. L'approche intégrale évite ce piège en nous rappelant que l'ontologie et l'épistémologie négociées déterminent l'interaction sociale et inversement dans chaque cas de médiation. La *médiation intégrale* ne fait que reconnaître qu'une ontologie, une épistémologie et une interaction cohéren-

tes voient le jour dans la médiation et que le rôle du médiateur consiste à aider les parties à élaborer et à maintenir une cohérence entre elles. La correspondance et la convergence de ces éléments sont ce qui donne un sens et ajoute de la valeur pour les parties, alors qu'elles se démènent avec leur différend, dans tous les cas. L'approche intégrale reconnaît que le rôle du médiateur est d'aider les parties à découvrir des cas de sens commun.

A. Reconnaître les approches de la médiation actuelle

Après avoir examiné les opinions de 155 médiateurs sur une période de cinq ans, j'ai constaté que, curieusement, un nombre important (61) préfèrent tout simplement ignorer les *marques* existantes et élaborer une solution de rechange selon une méthode empirique. Néanmoins, ignorer les approches existantes serait en faire autant que le processus de valorisation de marque accomplit déjà, c'est-à-dire rejeter les autres possibilités. Pour cette raison, il est important de reconnaître les autres approches existantes et la façon dont elles se différencient en matière d'ontologie, d'épistémologie, d'interaction et d'interventions du médiateur.

Les quatre principales approches actuelles sont l'approche de facilitation/fondée sur les intérêts, l'approche d'évaluation, l'approche transformatrice et l'approche narrative (Bush et Folger, 1996; Jarrett, 2009; Riskin, 1994, 1996, 2003; Winslade et Monk, 2000). Chacune fait état d'une ontologie et d'une épistémologie différentes. Il découle de chacune les interventions, les stratégies et les tactiques logiques du médiateur. Pour des raisons pratiques, nous nous limitons à analyser ces quatre, bien que l'on puisse éventuellement utiliser ce schéma à toute approche en médiation qui se présente. Voir la *Figure 2*.

À la suite de la comparaison et du contraste entre elles, nous pouvons voir pourquoi il y a souvent une tension et une dissonance entre elles. Le cadre social est défini de façon différente dans chacune. En outre, les médiateurs voient leur rôle différemment dans chacune. Pour les médiateurs qui adoptent l'approche de facilitation/fondée sur les intérêts, le monde est une réalité moderniste dans laquelle les observations peuvent révéler les intérêts essentiels qui motivent les positions juridiques (Fisher et Ury, 1981, Moore, 1996). Selon ces médiateurs, révéler les intérêts sous-jacents désamorce les conflits, ce qui donne lieu à des solutions fondées sur les intérêts (Fisher et Ury, 1981, Moore, 1996). Pour les médiateurs qui adoptent l'approche d'évaluation, les conflits peuvent se résoudre par l'application de précédents et de décisions antérieures grâce auxquels l'on guide les parties (Levin, 2000-2001; Stark, 1997). Par conséquent, fournir des évaluations aux parties est la meilleure façon de résoudre les différends (Levin, 2000-2001; Stark, 1997). Pour les médiateurs qui adoptent l'approche transformatrice, le monde pose un défi humaniste qui permet aux personnes et aux collectivités d'évoluer sur le plan moral (Bush et Folger, 1995). Selon cette approche, encourager de façon non directive des moments d'*habilitation* et de *reconnaissance* mutuelles pour encourager la croissance morale est la meilleure pratique pour les médiateurs (Bush et Folger, 1995). Pour les médiateurs qui adoptent l'approche narrative, le monde est construit socialement grâce au langage. Par conséquent, ces médiateurs cherchent à participer au *jeu de langage* afin d'orienter les parties à partir de narrations imprégnées de conflits vers des narrations où les conflits sont minimisés (Winslade et Monk; 2000).

En somme, nous avons peut-être mis la charrette devant les bœufs. C'est-à-dire que chaque approche semble avoir établi en premier son propre rituel d'interaction et la méthode correspondante et, par la suite, avoir défini un monde social fondé sur les exigences de la méthode. L'intervention ritualisée choisie *devient* le cadre social ou la vision du monde pour tout conflit social. Une véritable approche intégrale doit sûrement fonctionner à l'inverse, c'est-à-dire en premier lieu, examiner l'ontologie et l'épistémologie de façon autocritique avant de chercher des méthodes pour y répondre. À ce moment uniquement, pouvons-nous nous attaquer efficacement au conflit dans toute sa complexité.

B. Les disciplines de base

Une lutte a vu le jour entre les disciplines de base concurrentes dans le domaine de la médiation (Abbott, 2001; Jarrett, 2007, 2009). En particulier, il semble y avoir un débat sur la valeur relative des compétences fondamentales associées à chaque discipline de base. Par exemple, les avocats prétendent souvent que leur connaissance du droit et du système juridique est un gage de distinction sur le marché de la médiation. De la même façon, les travailleurs sociaux, les sociologues, les psychologues, et les conseillers prétendent à des compétences particulières en matière de connaissance des processus sociaux et d'interventions socialement utiles. En outre, les anthropologues revendiquent une connaissance spécialisée du contexte culturel des parties et du contexte des différends. En sus, les experts en relations du travail, les gestionnaires, les entrepreneurs, et les comptables revendiquent respectivement

Application - Hiérarchie de l'intégration

Catégorie	Cadre sociologique	Facilitation/ fondée sur les intérêts	Évaluative	Transformatrice	Narrative
Ontologique	Réalité sociale	Essentialiste	Historique	Humaniste	Post-moderne
Épistémologique	Connaissance de la réalité sociale	Axée sur les intérêts	Axée sur les précédents	Relationnelle	Socioconstructiviste
Comportement de la partie	Interaction sociale	Conflit à l'égard d'intérêts concurrents	Concurrence afin d'assurer la position juridique la plus convaincante	Conflit en tant qu'échec à reconnaître notre humanité commune	Narrations contradictoires
Approche de médiation	Adhésion à une marque	Axée sur les *intérêts*	Établir et appliquer un *précédent*	Fournir des possibilités d'*habilitation* et de *reconnaissance* mutuelles	Déconstruire/ reconstruire les narrations
Intervention choisie - Objectifs, stratégies et tactiques déclarés	Pratique adoptée	Diriger les parties à partir de leurs *positions* vers leurs *intérêts*	Fournir aux parties une *évaluation*	Encourager et renforcer les cas d'*habilitation* et de *reconnaissance*	Faire ressortir les *narrations dominantes* et *subordonnées* et établir une narration commune fonctionnelle

Figure 2

des compétences en gestion, en valorisation, et en évaluation.

En fait, les différentes disciplines de base contribuent inévitablement des idées différentes sur l'ontologie, l'épistémologie, et les ensembles de compétences correspondants. Certains y voient un problème étant donné qu'ils craignent qu'une discipline de base, dans des rivalités de clocher, puisse dominer la pratique en médiation au détriment des autres. Toutefois, ce résultat peut être évité si l'on reconnaît une gamme de compétences utiles associées à chaque discipline de base. L'approche intégrale peut ajouter de la valeur en intégrant et en améliorant la médiation grâce à l'inclusion de ces compétences et du processus de leur perfectionnement continu.

Tout dialogue interdisciplinaire réussi ne peut favoriser une discipline plutôt qu'une autre, mais doit au contraire reconnaître l'élément à valeur ajoutée unique à chaque approche. Ce faisant, il fournit une base solide au perfectionnement des médiateurs. Par exemple, il se peut qu'une certaine formation juridique soit utile aux médiateurs qui traitent de différends spécifiques, où les questions juridiques jouent un rôle important. Nous pourrions alors travailler pour établir les connaissances juridiques les plus utiles aux médiateurs et inclure cette base de connaissances à la formation des médiateurs. De la même façon, certaines compétences en matière d'intervention liées au counseling pourraient également être utiles lorsque l'interaction continue des parties est importante. Ces connaissances pourraient également être définies et comprises dans la formation des médiateurs. Il en est de même pour chacune des disciplines de base. En outre, au fur et à mesure que de nouvelles disciplines voient le jour, comme, par exemple, le règlement de différends en ligne, de nouvelles technologies de communication internet, la visioconférence, etc., l'approche intégrale accueillera également leurs éléments à valeur ajoutée. Grâce à cette approche de récupération continue de la plus-value, la médiation peut continuer d'évoluer, de s'améliorer, et de se redéfinir efficacement.

C. L'affirmation du rôle de la culture

La culture occupe une position de plus grande importance dans le règlement de différends étant donné que les interactions sociales à l'échelle mondiale deviennent de plus en plus reliées et mondialisées (Fernando, 2010). Il en est de même du besoin d'apprendre des méthodes qui nous aident à comprendre les différences culturelles et leurs incidences spécifiques sur le processus de règlement (Fernando, 2010). Il est tout à fait irréaliste de penser que l'environnement culturel s'ajustera au médiateur. Toutefois, c'est ce qu'un nombre de médiateurs font présentement lorsqu'ils appliquent leur méthode respective aux différends qui surviennent dans un environnement culturel différent de celui d'où provient leur méthode. Par conséquent, il est important de le reconnaître et d'ajuster nos interventions en médiation afin qu'elles répondent au contexte culturel particulier dans lequel est né le différend.

D'un point de vue sociologique, les changements dans le *domaine* culturel ont des répercussions sur les aspects mutuellement convenus de l'ontologie, l'épistémologie, et les interactions sociales en médiation (Bourdieu, 1977, 1992). L'approche intégrale doit s'ajuster en permanence aux changements dans le *domaine* culturel. Il est permis de penser qu'aucune approche dont la méthode est fixée ne peut s'ajuster adéquatement aux changements subtils générés par les forces culturelles. En fait, il n'est pas déraisonnable de penser que les approches de médiation tirées d'un milieu culturel ne soient évidemment pas en lien avec la pratique dans d'autres *domaines* culturels où elles sont appliquées. Par conséquent, l'adhésion a priori à une des approches de la *Figure 2* peut en fait aller à l'encontre des changements de valeurs conformes à l'expérience humaine, selon le *domaine* culturel particulier.

L'identité culturelle et collective peut être un facteur important dans bon nombre de différends soi-disant fondés sur les ressources (Rothman, 1997; Volkan, 1997). En fait, de telles questions peuvent éclipser l'importance relative des intérêts fondés sur les ressources dans ces matières (Rothman, 1997). Jay Rothman (1997) a judicieusement élaboré ce thème et démontré son application dans son travail. Les valeurs culturelles et fondées sur l'identité forment l'épistémologie et l'interaction sociale. L'identité est propre à chaque société (Volkan, 1997). L'approche *intégrale* doit reconnaître que chacun des participants de cultures différentes doit en premier reconnaître l'adhésion de chacun d'entre eux à des valeurs différentes avant de tenter de répondre à d'autres questions, y compris les intérêts économiques. Il en est ainsi étant donné que, précisemment, la nature même de la réalité sociale, y compris la signification symbolique, est négociée en médiation. Bien que les parties ne partagent pas leurs valeurs culturelles respectives, elles doivent accepter au minimum qu'elles sont réelles et significatives pour les parties concernées - ces valeurs reflètent et représentent un capital culturel.

D. L'examen des secteurs de pratique

La majorité des personnes interrogées étaient en faveur de conserver le domaine de médiation plus étendu comme une unité distincte. La plupart ont indiqué que si nous laissons la médiation se scinder en chacun des secteurs où elle est appliquée, elle pourrait ne devenir qu'une activité limitée, bureaucratisée parmi d'autres (Weber, 1947, 1976). En fait, ce que nous appelons la « médiation » pourrait perdre sa vigueur et son potentiel d'aider à l'émancipation. D'autre part, l'idéalisation du conflit social dans une analyse universelle sans tenir compte des imprévus sectoriels est naïve. En fin de compte et paradoxalement, cette approche appauvrirait la médiation, étant donné qu'elle ne reconnaîtrait pas tout à fait les réalités du monde moderne bureaucratique dans lequel les

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

personnes doivent évoluer (Weber, 1947, 1978). À l'extrême, elle deviendrait un exercice idéaliste sans lien objectif. Par conséquent, l'approche intégrale doit se situer entre ces deux extrêmes - capable à la fois d'autonomie par rapport aux bureaucraties reconnues et d'un lien avec les bureaucraties reconnues, tout en appuyant les processus juridiques.

Nonobstant les différences, il est évident que certains secteurs et groupes de pratique y associés se situent plus près de certains que d'autres. En fait, un exercice utile consiste à étudier des regroupements possibles lorsque les pratiques partagent des thèmes semblables. Après avoir interrogé 155 professionnels, j'ai constaté que plusieurs catégories distinctes de groupes de pratique se forment selon des thèmes de pratique communs. Examinons les regroupements de secteurs suivants. La médiation en matière de famille, de successions, d'aînés et de protection de la jeunesse a généralement en commun des préoccupations à l'égard de l'intérêt véritable de membres de la famille vulnérables. La médiation entre une victime et son agresseur, la médiation scolaire, la médiation par des pairs, les conférences avec des groupes de familles, et les cérémonies du cercle de guérison sont souvent axées sur la réhabilitation et la socialisation de jeunes. La médiation en matière de commerce, de construction, de consommation, et de lésion corporelle traite souvent de droits contractuels, de violations de normes industrielles et d'indemnisation y afférente. Malgré une apparente myriade de thèmes de conflits, la médiation au sein de la communauté et la médiation en matière de justice de quartier partagent l'objectif commun de rétablir des relations stables et la paix dans les quartiers. La médiation en matière d'emploi, de droits de la personne en milieu de travail, et de relations de travail est axée sur le règlement de différends en milieu de travail et la promotion de la bonne entente dans le monde du travail.

Bien que l'on puisse contester les regroupements précis, il devient évident que des affinités naturelles existent qui pourraient tirer profit de l'élaboration de pratiques communes. Il est également évident que des différences naturelles existent qui demandent une attention particulière lorsqu'on déplace la logique et la pratique d'un secteur à un autre. Une recherche additionnelle qui étudie l'essence des divers secteurs et les adaptations des médiateurs seraint d'une grande valeur. Ce thème n'a pas encore été pleinement élaboré dans le milieu de la médiation.

III. Définir les règles de déontologie intégrales en matière de pratique

Afin d'élaborer des règles de déontologie plus solidaires de la médiation, le milieu de la médiation doit élaborer ses propres règles de déontologie non ambigües fondées sur la pratique - la *déontologie intégrale*. Dans une étude de codes de déontologie de médiateurs, j'ai constaté que presque tous exigent que le médiateur soit *neutre* et/ou *impartial* (Jarrett, 2006). En surface, cela semble très bien et même souhaitable. Dans le cadre de cette étude, lorsque l'on demande aux médiateurs ce qu'ils entendent par *impartialité* et *neutralité*, il appert que les médiateurs ont plusieurs concepts divergents et quelques fois contradictoires sur ce que ces termes signifient en fait. Par conséquent, avant même de penser à adopter cette déontologie, nous devons établir ce qu'ils signifient exactement. En outre, même si nous pouvons déterminer ce que ces deux termes signifient en fait, ils peuvent ne pas représenter les meilleures pratiques en médiation.

La *neutralité* et l'*impartialité* en matière de déontologie semblent venir de la doctrine judiciaire qui indique que les juges doivent maintenir une perception d'impartialité afin que les parties considèrent l'autorité du juge comme légitime et se conforment plus aisément aux décisions défavorables (Bourdieu, 1986; Jarrett, 2006). Les organismes de médiation semblent avoir adopté sans trop de réflexion ces concepts dans leur ensemble, plutôt que d'établir leur propre déontologie qui réponde aux subtils besoins de la pratique en médiation (Mayer, 2004). C'est une conséquence imprévue d'une approche théorique fixée à la médiation, qui donne lieu à ce type de préjugés et de mimétisme. Il est permis de penser que simplement adopter la déontologie judiciaire peut en fin de compte appauvrir et institutionnaliser la médiation étant donné que la médiation devient une version *simplifiée* du processus judiciaire, ce qui l'empêche d'évoluer naturellement à titre de pratique indépendante. Si la déontologie juridique fonctionnait bien sans la médiation, nous n'aurions pas besoin de la médiation en premier lieu. La médiation est née du besoin évident d'un complément au schéma classique de litige et, maintenant, nous sommes curieusement en danger de contrecarrer son potentiel en raison d'égards excessifs accordés à une déontologie rigoriste.

Pour aggraver la situation, l'*impartialité* ou la *neutralité*, au sens abstrait de ces ter-

National Arbitration and Mediation Rules

Les Règles nationales d'arbitrage et de médiation

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

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

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

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

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

mes, peuvent être impossibles en médiation, ce qui rend une telle exigence absurde et vide de sens (Jarrett, 2006, 2009; Mayer, 2004). Nous savons, du point de vue des sciences réflexives et interprétatives, que les observateurs s'appliquent toujours à comprendre et à découvrir leurs propres partis pris. Curieusement, en ce qui a trait au *verstehen*, un concept clé de la sociologie de Max Weber, tel qu'il est mentionné plus haut, l'examen de ses propres partis pris est le seul moyen de voir véritablement la réalité sociale de façon impartiale (Weber, 1947, 1976). Le problème réside en l'obligation des médiateurs de respecter la déontologie en matière de *neutralité* et d'*impartialité*, ce qui empêche les professionnels d'avouer ouvertement leur parti pris et leur partialité sans encourir de possibles condamnations, de piètres évaluations, et même des représailles des parties. Si le médiateur peut admettre et examiner, réflexivement, son parti pris avec les parties, il peut adopter un point de vue beaucoup plus impartial du conflit social et aider davantage les parties à résoudre leur différend.

L'obligation de *neutralité* et d'*impartialité* peut non seulement déstabiliser la pratique de la médiation et son potentiel, mais elle peut également exclure certains types de médiation, contrairement à la règle IX adoptée par l'ACR, l'AAA, et l'ABA, tel qu'il a été mentionné plus haut[6]. En fait, il appert que la déontologie en matière de neutralité et d'impartialité contredit la déontologie en matière de diversité indiquée à la règle IX. Certaines pratiques de médiation qui ne sont pas conformes à la doctrine juridique classsique peuvent faire les frais de l'obligation de respecter une déontologie faite tout d'une pièce sans modification des disciplines de base dont elle provient. Par exemple, les professionnels du ho'oponopono à Hawaii, les médiateurs en matière de rétablissement de la paix chez les groupes autochtones en Amérique du Nord, et les professionnels de l'Asie du Sud-Est indiquent que le fait d'imposer des exigences en matière de *neutralité* et d'*impartialité* aurait la conséquence en fait d'entraver une pratique efficace (Honeyman, 2004; Jarrett, 2009).

Les protocoles autochtones fonctionnent souvent le mieux grâce au travail de médiation de *Sages*. Ces *Sages* sont souvent efficaces précisément en raison de leurs liens avec les parties, que ce soit des liens de parenté ou un lien de proximité sociale. L'exigence que de tels professionnels n'aient aucun lien antérieur avec les parties ni de parti pris à l'égard de certaines questions, y compris la famille, la collectivité, et la santé, peut être nuisible au processus de médiation (Honeyman, 2004; Jarrett, 2006, 2009). Néanmoins, *l'Uniform Mediation Act*, adoptée par plusieurs États, comme plusieurs codes de déontologie adoptés par des organismes, prévoit l'*impartialité*, sauf si les parties y renoncent expressément[7]. Doit-on tout simplement redéfinir et isoler leurs pratiques afin de les exclure de la portée de la logique de la médiation et du débat sur la médiation? La médiation par les Sages serait peut-être effectivement éliminée à titre de type de pratique étant donné qu'elle ne peut pas être circonscrite si étroitement.

Une logique semblable peut être appliquée à plusieurs secteurs de la pratique, y compris, entre autres, la médiation entre la victime et son agresseur, la médiation familiale, la médiation en matière de protection de la jeunesse. Par exemple, dans une médiation familiale, il est déraisonnable d'exiger que le médiateur demeure neutre et sans parti pris à l'égard de l'intérêt de l'enfant. De même, dans des cas de médiation entre une victime et son agresseur, il est déraisonnable de penser que le médiateur demeure neutre sur des questions de crimes graves. Il est incontestable que, dans ces domaines, nous nous attendons, de façon raisonnable, à ce que le médiateur ait ouvertement un parti pris et soit, de toute évidence, partial. Les victimes d'actes criminels ont droit à leur bien-être et les enfants ont droit à une bonne éducation, respectivement. Dans l'exemple pré-cité, nous souhaitons tous que le médiateur favorise l'intérêt de l'enfant et délaisse au besoin la neutralité dans ces cas.

FMC
LAW

En somme, ces exemples simples démontrent, de façon concise, le problème d'imposer une déontologie inappropriée à la pratique de la médiation. Apporter des restrictions inutiles et trompeuses à la pratique des médiateurs ne fait que diminuer la capacité des médiateurs à effectuer une pratique efficace. Le problème à l'égard de la médiation est qu'elle ne peut pas être normalisée sans difficultés à titre de mode de règlement de différend; par conséquent, nous avons besoin d'une déontologie intégrale qui comprend les variations subtiles associées à chaque type de pratique. L'approche intégrale doit, de ce fait, élaborer des codes de conduite qui permettent une variété d'approches. Ces codes peuvent définir les médiateurs de façon large comme des tiers qui aident les autres à négocier leurs différends et établissent alors des directives pour des applications particulières. En ce qui a trait à la déontologie en matière de *neutralité* et d'*impartialité*, en particulier, l'approche intégrale favorise une déontologie qui appuie l'équité en médiation, afin que toutes les parties soient dûment informées et aient une possibilité raisonnable de communiquer leur point de vue, et non qui impose une déontologie judiciaire fondée sur des normes tirées des tribunaux de droit commun. L'équité peut être maintenue, par exemple, grâce à une exigence que les médiateurs encouragent les parties à obtenir des conseils juridiques indépendants à l'égard de tout règlement à la suite d'une médiation. En conclusion, l'approche intégrale requiert que nous repensions nos concepts à l'égard de ce qui constitue une bonne déontologie en matière de médiation.

Conclusion

Afin d'assurer la réussite de la médiation à titre de pratique pluridisciplinaire valable, il est impératif que le milieu de la médiation reconnaisse et appuie l'*approche intégrale* qui découle de la règle IX des codes de déontologie respectifs de

l'ABA, de l'ACR, et de l'AAA[8]. Il existe présentement un écart important entre la théorie et la pratique et une conception indûment limitée de ce que la médiation peut être. Une partie importante du problème découle de la réticence du milieu de la médiation à contester les affirmations de distinction de marque qui voient le jour dans le domaine de la médiation. Bien que la valorisation d'une marque puisse être utile à l'augmentation de parts de marché des proposants de marques distinctives, si cette démarche n'est pas contestée, elle peut restreindre indûment la médiation et, de ce fait, l'appauvrir à titre d'activité professionnelle cohérente et intégrale. Le défi que le milieu de la médiation doit relever est à la fois modeste et ambitieux. Il est modeste en ce qu'il requiert que le milieu de la médiation reconnaisse et valide ce qui se produit déjà dans la pratique de la médiation. Il est ambitieux en ce qu'il invite le milieu de la médiation à examiner et à articuler clairement des possibilités intégrales qui remettent en question des revendications d'exclusivité et de suprématie de marques. En bref, la *médiation intégrale* représente une solution de rechange ouverte et libre de toute marque. À ce titre, elle incite à la fois les universitaires et les professionnels à travailler ensemble afin d'examiner et d'étendre les divers aspects de la théorie et de la pratique de la médiation, et d'établir les liens entre ces dernières, afin de valoriser l'énorme potentiel de la médiation.

Liste de références

Abbott, A. (2001). ***Chaos of Disciplines. Chicago :*** University Of Chicago Press.

Abramson, H. (1997). Selecting Mediators And Representing Clients In Cross-Cultural Disputes. ***Cardozo Journal of Conflict Resolution,*** 7, 253-275.

Bourdieu, P. (1977). ***Outline of a Theory of Practice***. Cambridge et New York : Cambridge University Press.

_____. (1986). The Force of Law : Toward a Sociology of the Juridical Field. ***Hastings Law Journal***, 38 (5), 814-853.

_____.(1992). ***Invitation to a Reflexive Sociology***. Chicago : University of Chicago Press.

Bush, R. A. B. et Folger, J. (1995). ***The Promise Of Mediation : Responding To Conflict Through Empowerment And Recognition.*** San Francisco : Jossey-Bass Ltd.

Deutsch, M. et Coleman, P. T. (éd.). (2000). ***The Handbook of Conflict Resolution :*** Theory and Practice. San Francisco : Jossey-Bass Publishers.

Farned, D. (2010). The Unauthorized Practice Of Counseling : Renewing A Much Needed Discussion For Mediators, ***Rutgers Conflict Resolution***. 8(1):1-13.

Fernando, S. (éd.) (2010). « Glocal » Working : Living and Working Across the World with Cultural Intelligence. Milan : Franco Angeli.

Fisher, R. et Ury, W. (1981). ***Getting to Yes : Negotiating Agreement Without Giving In***. New York : Houghton Mifflin Company.

Guthrie, C., Rachlinski, J.J., et Wistrich, A.J., (2007). Blinking on the Bench : How Judges Decide Cases. ***Cornell Law Review,*** 93, p. 1-44.

Honeyman, C. et coll. (2004). Skill is Not Enough : Seeking Connectedness and Authority in Mediation. ***Negotiation Journal*** 20, p. 489-511.

Jarrett, B. (2006). « Mediators as "Neutrals" in Dispute Resolution : A Case of Contested Identity » p. 1-6. Le 25 mai 2006. Mémoire de doctorat, Université de Hawai'i à Manoa.

Jarrett, B. (2009) « The Future of Mediation », ***Journal of Dispute Resolution.*** 2009, p. 49-75.

Levin, M. S. (2000-2001). Propriety of Evaluative Mediation : Concerns about the Nature and Quality of an Evaluative Opinion. ***Ohio State Journal of Dispute Resolution.***16, p. 267.

Lubell, M.K et Scholz, J.T. (2001). Cooperation, Reciprocity, and the Collective Action ***Heuristic. American Journal of Political Science.*** 45:1, p. 160-178.

Mayer, B. (2004). ***Beyond Neutrality : Confronting the Crisis in Conflict Resolution.*** San Francisco : Jossey-Bass. Moore, C. (1996). ***The Mediation Process : Practical Strategies for Resolving Conflict,*** 2e éd., San Francisco : Jossey-Bass Publishers.

Nisbett, R. E. et DeCamp, W.T. (1977), « Telling More Than We Can Know : Verbal Reports on Mental Processes », ***Psychological Review***, 84, p. 231-259.

Harper-Collins Publishers.Riskin, L. (1994). Mediator Orientations, Strategies and Techniques, ***Alternatives to High Cost Litigation***. 12:111.

_____ .(1996). Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques : A Grid for the Perplexed, ***HARV. NEGOT. L. REV***. 1:7.

_____ .(2003). Decision-making In Mediation : The New Old Grid And The New New Grid System, ***Notre Dame Law Review.*** 79:1.

Rothman, J.(1997). ***Resolving*** Identity-Based Conflict : ***In Nations, Organizations, and Communities.*** San Francisco, CA : Jossey-Bass Publishers.

Ruhl, J. B. (2009). Thinking of Mediation as a Complex Adaptive System ***Brigham Young University Law Review***, le 5 mars 2009. Disponible au SSRN: http://ssrn.com/abstract=1354171. Consulté le 8 août 2011.

Smith M.J. (1998). ***Social Science in Question***. London, Thousand Oaks et New Delhi; Sage Publications.

Stark, J. H. (1997). The Ethics of Mediation Evaluation : Some Troublesome Questions and Tentative Questions from an Evaluative Lawyer-Mediator, ***S. TEX. L. REV.*** p. 38, 769.

Volkan, V. D. (1997.) ***Bloodlines : From Ethnic Pride to Ethnic Terrorism.*** New York : Farrar, Straus and Giroux.

Volpe, M. et Chandler, D. (2001). Resolving and Managing Conflicts in Academic Communities : The Emerging Role of the « Pracademic ». ***Negotiation Journal***, 17(3), p. 245-255.

Weber, M. (1947) « Legitimate Authority and Bureaucracy. » Dans D. S. Pugh (Ed.) ***Organization Theory***, London : Cox & Wyman Ltd.

_____. (1978). ***Economy and Society : An Outline of Interpretive Sociology*** California : University of California Press (Traduction de 1978).

Winslade, J. & Monk, G. (2000). ***Narrative Mediation : A New Approach to Conflict Resolution***. San Francisco : Jossey-Bass Publishers.

1 Lors de plusieurs rencontres (155), j'ai constaté que les médiateurs indiquent initialement l'approche qu'ils adoptent et ce n'est que plus tard, en privé, qu'ils révèlent qu'ils ont de sérieux doutes à l'égard du maintien de leur approche donnée durant toute une médiation donnée. En fait, les médiateurs indiquent souvent qu'ils se sentent obligés de maintenir une adhésion publique à une seule approche afin que divers groupes, organismes et institutions continuent d'aiguiller des clients vers eux.

2 Jurgen Habermas définit l'espace public de la façon suivante. « …un espace de discussion dans lequel des personnes et des groupes s'assemblent pour discuter de sujets d'intérêt commun et, le cas échéant, souscrire à un jugement commun... un théâtre des sociétés modernes dans lequel la participation politique se traduit au moyen de la parole » et « un domaine de la vie sociale dans lequel l'opinion publique puisse être formée ». [Traduction]

3 La règle IX du Code de déontologie des médiateurs (Standard IX Code of Ethics for Mediators). Adopté par l'American Bar Association, l'American Arbitration Association, et l'Association for Conflict Resolution. http://www.mediate.com/pdf/ModelStandardsofConductforMediatorsfinal05.pdf Consultée le 8 août 2011.

4 Ibid.

5 Ibid.

6 Ibid.

7 Uniform Mediation Act, adoptée par le National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Site Web : http://www.mediate.com/articles/umafinalstyled.cfm Consultée le 8 août 2011.

8 Ibid.

Sponsorship Opportunities for ADRIC 2012:

October 25-26, 2012, Halifax

ADR Canada's Annual National Conference draws top ADR practitioners and users of ADR services from across the country by showcasing the latest developments in ADR practice excellence.

Ensure that your firm is not left out - sponsorships are accepted on a first-come first-served basis – call today to choose your level of participation to support the McGowan Luncheon, the Cocktail Reception, breakfasts, coffee breaks or sessions. Benefits include free attendance, speaking opportunities, prominent display of corporate logo, inclusion in all conference advertising materials and more.

Delegates attend plenary sessions on the morning of the first day then enjoy the McGowan Luncheon and a presentation by keynote speaker:

The Honourable Mr. Justice Thomas Albert Cromwell, Supreme Court of Canada.

After the lunch and a brief award ceremony, delegates then select from a variety of workshops from four specialty streams. Topics cover such areas as:

- Business Development and Marketing – Social Media and more
- Managing Intergenerational Issues between Parties in the Workplace
- Negotiation versus Litigation and Confrontation: ADR and First Nations
- Disputes Resolution in Municipal and Provincial Workplaces
- Undiscovered Niches
- Consumer Feedback: What do Users Want in an Arbitrator?
- Using ADR to Resolve Individual Issues in Class Actions
- Collaborative Family Law and Advocacy

Call today to become a sponsor at Canada's premier ADR event!

Contact Janet McKay, Business Development Manager (janet@adrcanada.ca, 1-877-475-4353 ext. 105) to request a sponsorship package and reserve your place today!

Benefits of Membership with the Institute / Avantages aux membres de l'Institut

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

Benefits of Membership

In addition to the many practical benefits of membership relating to education, networking, advertising and accreditation opportunities, members are part of an organization that will take them into the future. Some of the benefits of membership are outlined below:

Designations:

A member in good standing can apply for accreditation as a Chartered Mediator, Chartered Arbitrator or Qualified Mediator. These designations are recognized nationally and internationally and signify to the public, and to those referring clients, that an ADR practitioner has achieved a particular level of skill and experience. Individuals who hold these designations therefore enjoy a competitive advantage. Professionals who have earned these designations stand above the crowd.

The letters behind a professional's name mean something. That's why we work towards them and that's why members of the public gravitate to them. A professional designation is your way of differentiating yourself and conveying your level of achievement to prospective users of your services.

Users of ADR services, or lawyers and other professionals referring clients, feel confident selecting ADR professionals with designations granted by ADR Canada. In making their selections, users are choosing individuals whose performance has been reviewed and assessed by a committee of senior and respected practitioners who have verified that the professional is working at a particular level.

Highly experienced members can apply for the Chartered Mediator, (C.Med.) or Chartered Arbitrator, (C. Arb.) designations. These high level, senior designations are known and respected across Canada and internationally. This is the most senior designation offered by the Institute.

Members with extensive training and some practice experience can apply for the "Qualified Mediator", designation that indicates they have been judged to be practicing at an intermediate level. *For more information on these designations www.adrcanada.ca/resources/designation.cfm*

Practice standards and a regulatory framework:

Users of ADR services are warned to steer clear of unaffiliated professionals so membership in the ADR Institute, the largest and most respected organization of ADR professionals in Canada, is a competitive advantage that sets you apart from ADR practitioners who are not associated with a strong organization.

In addition, Institute members are held accountable to practice standards that include a Mediator's Code of Conduct and a National Code of Ethics. Practitioners not associated with any organization are accountable to no one, making them a more risky choice for ADR users.

Complaints about members who breach the standards set out in these documents can be brought to the attention of the Board of Directors of the affiliate or national for investigation and potential discipline as per the procedure set out in Regulations issued under the By-laws of the ADR Institute of Canada, or by disciplinary processes set by the province. There is, therefore, an avenue of redress for users of ADR services who feel the service they have received breaches ADRIC's practice standards.

In effect, the Institute provides an infrastructure that allows ADR practitioners to be self-regulating professionals.

Canada's largest association of ADR professionals:

Listing on our national database, ADR Connect, is now free with the cost of membership - and there is no better way of getting your name in front of thousands of potential users - nationally and internationally. You can list your areas of expertise, your designations, biographical details or add your resume and calendar to your listing. Users can search by name, geographic area, practice area and language. This web site provides our members with invaluable national and international advertising opportunities.

Preferred liability insurance coverage:

ADR Institute of Canada has negotiated a competitive professional liability insurance rate for our members with Encon Group Inc. through Marsh Canada. *For rates, applications and further information www.adrcanada.ca/resources/insurance.cfm*

Canadian Arbitration and Mediation JOURNAL:

With a cross-Canada editorial Board of some of the foremost mediators and arbitrators in Canada, the Canadian Arbitration and Mediation JOURNAL provides insights and information on issues of central concern to ADR professionals from all provinces. To write for the JOURNAL contact Mary Anne Harnick, Executive Director.

The annual national conference:

Each year, ADR Canada brings together leading professionals from across the country to discuss the ADR issues of immediate and long-term relevance to members and friends of the Institute. The conference is an invaluable networking and learning opportunity that is available to members at a reduced rate.

Advertise
Affichez votre publicité

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

Advertise in the Canadian Arbitration and Mediation Journal
Ask for a rate card: janet@adrcanada.ca

Affichez votre publicité dans le Journal canadien d'arbitrage et de médiation
Informez-vous sur les tarifs : janet@adrcanada.ca
416-487-4733 • 877-475-4353

We congratulate the following members of ADR Canada who received the designation of Chartered Mediator, Chartered Arbitrator or Qualified Mediator:

Félicitations aux membres suivants de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada qui ont reçu la désignation de Médiateur/Médiatrice agréé(é), Arbitre agréé(é) ou Médiateur/Médiatrice Qualifiée(e) :

New C.Meds / Nouveaux Méd.A :

Elser Lee Archer, C.Med (ON)
Albert Benesh, C.Med (SK)
Paul Blakeney, C.Med (AB)
Lynn Catzman, C.Med (ON)
Catherine R. Downer, C.Med (ON)
Maria A. Fortugno, C.Med (SK)
Brenda Hooper, C.Med (BC)
Kelly Jones, C.Med (MB)
Kathleen J. Kelly, C.Med (ON)
Helen Lightstone, C.Med (ON)
Barbara Madonik, C.Med (ON)
Danielle Martin, C.Med (ON)
Stephen R. Morrison, C.Med (ON)
James Musgrave, C.Med (ADRAI)
Debra Schmidt, C.Med (AB)
Gilles Simart, C.Med (QC)
Corinne L. Sklar, C.Med (ON)
Isolina Varano, C.Med (ON)
Joann Webb, C.Med (ON)
Heather White, C.Med (ADRAI)
Karen Wilcox, C.Med (SK)

New C.Arbs / Nouveaux Arb.A :

Thomas G. Keast, C.Arb (BC)
Kathleen J. Kelly, C.Arb (ON)
Patricia S. Lane, C.Arb (BC)
Charles (Chuck) D. Matheson, C.Arb (ON)
Stephen R. Morrison, C.Arb (ON)
George W. Taylor, C.Arb (ON)

New Q.Meds / Nouveaux Méd.Q :

Jeanette Bicknell, Q.Med (ON)
Calabrina Boyajian, Q.Med (ON)
Cathie Brenner, Q.Med (ON)
Laurie Calverley, Q.Med (AB)
Michael L. Davidson, Q.Med (ON)
Gwen Day, Q.Med (AB)
Gayle Desmeules, Q.Med (AB)
Kathleen E. DeWitt, Q.Med (AB)
Jonathan Elston, Q.Med (ON)
Steve Flynn, Q.Med (ON)
Robert G. Gernon, Q.Med (ON)
Dana Holmes, Q.Med (ON)
Heather Lynn Holubowich, Q.Med (AB)
Deanna Koebernick, Q.Med (AB)
Tammy Marie Kynock, Q.Med (AB)
Tammy Jane Legault, Q.Med (AB)
Harold S. Lenfesty, Q.Med (ON)
Leanne Marie Leverick, Q.Med (AB)
Peter Manousos, Q.Med (AB)
Ethan (Jerry) Mings, Q.Med (ON)
Tricia Morris, Q.Med (ON)
Robert Neron, Q.Med (ON)
Blaine F. Patterson, Q.Med (AB)
Violet C. Pergel, Q.Med (AB)
Katherine A. Popaleni, Q.Med (ON)
Denise Robertson, Q.Med (ON)
Reg Shandro, Q.Med (AB)
Holly Turner, Q.Med (AB)

Règles nationales d'arbitrage et Régles nationales de médiation

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

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

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

SAFEWAY™
Canada Safeway Limited

ADR Institute of Canada Fellows

Past Presidents/ Anciens présidents

1974-1975 L. J. McGowan
1975-1976 J. T. Fisher
1977-1979 W. E. Hickey
1979-1981 P. B. Walters
1981-1981 B. V. Orsini
1981-1984 Joseph W. Myers
1984-1985 W. John C. Stikeman
1985-1986 Norman A. Richards
1986-1988 William G. Geddes
1988-1990 C. H. Laberge
1990-1991 D. C. Andrews
1991-1994 H. J. Wilkinson
1994-1995 Joanne H. Goss
1995-1997 Roman Evancic
1997-1999 Gervin L. Greasley
1999-2000 Heather A. de Berdt Romilly
2000-2001 Allan Stitt
2001-2002 Kent Woodruff
2002-2004 Barry C. Effler
2004-2007 P. David McCutcheon
2007-2009 Donald E. Short

Fellows/ Distingués

Archie M. Doyle, BSc (EE), MEIC, PEng.
Basil V. Orsini, CMP, CIE, MCIQS, FCIArb
Carson F. Morrison, BE, MSc, FEIC, PEng.
Charles H. Laberge, BComm, MBA, C.Arb.
David C. Elliott, C.Arb.
David Lemco, C.Arb.
Donald M. Batten, FCIArb., FIIC, FAIC
E. Leonard Weldon, Q.C.
H.D.C. Hunter, BA, MA, C.Arb.
Harold J. Wilkinson, PEng.
John A. Tuck, Q.C.
Joseph W. Myers
Lionel J. McGowan
Paul B. Walters, BASc, MBA, MEIC, PEng.
Philippe Ferland
Professor Roger Fisher
W. John Stikeman, MBE
William G. Geddes, LL.B., BSc, Civil Eng, C.Arb., Mediator
William R. Kay
Winston E. Hickley, LLD, FEIC, PEng.

Honorary Fellows/ Distingués honoraires

B.W. Vigrass
Past Director and Secretary,
The Chartered Institute of Arbitrators

Cedric Barclay
Past President
The Chartered Institute of Arbitrators

Robert Coulson
Past President
American Arbitration Association

Richard J. Soper
Past President
The Chartered Institute of Arbitrators

Directors Emeritus/ Directeurs émérite

Alex S. Hamilton
Andrew G. Farquharson, BSc, PEng.
Angus McClaskey
Archie M. Doyle, BSc (EE), MEIC, PEng.
Carson F. Morrison, BE, MSc, FEIC, PEng.
Clifford A. Lincoln, FCIArb, FCII, FHC.
D.M. Batten, FCIArb., FIIC.
David L. Campbell, BSc, PEng.
Douglas V. Gonder
Francois Beauregard
Frank A. Wright, LLB, FCIArb, FCIS.
Gervin L. Greasley, C.Arb.
H.D.C. Hunter, BA, MA, C.Arb.
R.F. Legget, O.C. Deng, FRSC
W.F. James, PhD, FRSC, PEng
William J. Hartnett
William R. Kay
Winston E. Hickley, LLD, FEIC, PEng.

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

National Office / Bureau national

ADR Institute of Canada, Inc.
L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc.
Suite 405, 234 Eglinton Avenue East
Toronto, ON M4P 1K5

Toll-free: 1-877-475-4353
Tel: 416-487-4733
Fax: 416-487-4429
Email: admin@adrcanada.ca
Internet: www.adrcanada.ca

Affiliates / Affiliées

BRITISH COLUMBIA
British Columbia Arbitration and Mediation Institute
510 - 700 West Pender St.
Vancouver, BC V6C 1G8
Toll-free: 1-877-332-2264 (in BC)
Tel: 604-736-6614
Fax: 604-736-6611
Email: info@bcami.com
Internet: www.bcami.com

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 S7H 5P1
Toll-free: 1-866-596-7275
Fax: 1-855-487-4429
email: info@adrsaskatchewan.ca
internet: www.ardsaskatchewan.ca

MANITOBA
Arbitration and Mediation Institute of Manitoba Inc.
P.O. Box 436, RPO Corydon
Winnipeg, MB R3M 3V3
Tel: 1-855-529-8666
Fax: 1-855-487-4429
Email: info@amim.ca
Internet: www.amim.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
Fax: 902-435-3084
Email: admin@adratlantic.ca
Internet: www.adratlantic.ca