Vol. 20, No. 2

Fall/Winter 2011 - Automne/Hiver 2011

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

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

INSIDE this issue

Message from the President 3
Message du président 4
Message from the Editorial Board 5
Mot du comité de rédaction 6
Important Notice: Continuing Education and Engagement 7
Avis important : Formation continue et participation 7
Sports in ADR: Roundtable Discussion 8
Table ronde sur le processus de règlement extrajudiciaire PRD (Prévention et règlement des différends) dans le domaine sportif 19
Sauvageau Holdings v. Farah: 31
Sauvageau Holdings c. Farah : 34
Opening the Mediation Window in the Arbitration House 37
Apporter la pierre de la médiation à l'édifice de l'arbitrage 40
Collaborative Law and Estates Matters 44
Le droit collaboratif et les questions successorales 47
Mediators' Power: A Study of Mediators' Views about the Sources of Power they Possess and Use 50
Le pouvoir du médiateur : Une étude de l'opinion des médiateurs sur les sources de pouvoir qu'ils détiennent et exercent 57

2011 Winners of the Lionel J. McGowan Awards of Excellence
Lauréats du prix d'excellence Lionel J. McGowan 2011

Regional / régional :
Barbara Landau LLM, PhD., C.Med, CFM

The ADR Institute of Canada wishes to congratulate this year's winners of the Lionel J. McGowan Awards of Excellence.

These awards recognize outstanding contribution to ADR as a profession on a regional or national basis.

L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada tient à féliciter les lauréats 2011 des Prix d'excellence Lionel J. McGowan.

Ces prix reconnaissent la contribution exceptionnelle aux modes de PRD en tant que profession au niveau régional ou national.

Regional / régional :
Camilla Witt, QC

Who are we?

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

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

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

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

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

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

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

Qui sommes nous?

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

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

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

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

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

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

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

ADR Institute of Canada Corporate Members

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

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

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

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

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

Vol. 20, No. 2
Fall/Winter 2011 -
Automne/Hiver 2011

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

Executive Director / Directrice générale
Mary Anne Harnick

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

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

Bookkeeper/Administrator / Aide-comptable / Administrateur
Rob Linkiewicz

Administrative Assistant / Adjointe administrative
Brenda Lesperance

Layout / Mise en page
Whizard Graphics

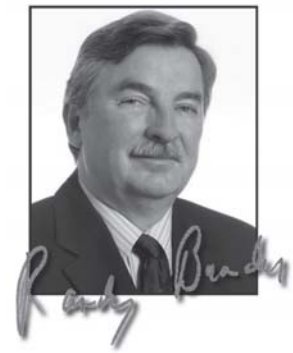
Canadian Arbitration and Mediation Journal (ISSN 1192-537X) is published twice a year by the ADR Institute of Canada, Inc. © 2011, All rights reserved. Reproduction or transmittal, in whole or in part, in any form or by any means, or its storage in a retrieval system, without prior permission of the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

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

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

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

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



Message from the President

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

As those of you who attended the ADRIC National Conference in Vancouver in late October already know, the B. C. affiliate developed an outstanding program. Plenary sessions were both thought provoking and entertaining, with Jim Doswell reminding us of debts owing to First Nations and Sharon Sutherland helping us see the development of ADR as portrayed in the Media – from LA Law to Fairly Legal to its coming of age in Oz.

The workshop choices provided great in-depth information to a wide range of ADR professionals with excellent sessions on impact of culture in mediation, the strengths and weaknesses of Med Arb, The Business of Seniors and Effective Management of Commercial Arbitrations – and those are just the sessions I personally attended!

And as we enter the New Year we also see many of our Chartered Mediator members finalizing their Continuing Education and Engagement forms for submission, having reached the required 100 points. For those who acquired their C.Med before 2009, submissions are due March 31, 2012. For those who acquired their C.Med after 2009, the CEE is due 3 years from the date at which the designation was acquired. Q.Meds are required to reach 60 points and to provide notice of completion of 3 mediations within 3 years of the date they acquired their Q.Med. The CEE program is vital to ensuring the strength of the C.Med and Q.Med brand, nationally and internationally.

We enter the New Year with tremendous initiatives underway, including national training programs accessible to any interested affiliate, a corporate member drive to ensure users are well represented among our membership, a new roster for the Portfolio Management Association of Canada, and marketing plans that will assist all members and all affiliates in strengthening and preserving our image as providers of Gold Standard ADR.

Finally, we congratulate our affiliates for their excellent initiatives and growth, with compliments to the Atlantic Provinces affiliate, which has almost tripled its membership over the past year. With our Atlantic Provinces affiliate so active, it is exciting to announce that we will be holding ADRIC 2012 in Halifax next Fall.

Good wishes to members across Canada for the Holiday Season.

Submit Your Proposals

Présentez vos propositions

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

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

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

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

Message du président

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

Comme ont pu constater ceux qui ont participé à la conférence nationale de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, tenue à Vancouver à la fin octobre, l'affiliée de la Colombie-Britannique a élaboré un programme exceptionnel. Les séances plénières donnaient matière à réflexion tout en étant divertissantes, grâce à Jim Doswell qui nous a rappelé notre dette envers les Premières Nations et à Sharon Sutherland qui nous a aidé à voir l'évolution de la PRD selon le rendu des médias - de LA Law à Fairly Legal au moment où elle vient à maturité dans Oz.

Les choix d'ateliers fournissaient aux professionnels de PRD de divers domaines une excellente information en profondeur, dont les ateliers exceptionnels sur l'incidence de la culture sur la médiation, les forces et les faiblesses de la Méd-Arb, les affaires des ainés, et la gestion des arbitrages commerciaux - et ce ne sont que les ateliers auxquels j'ai assisté!

À l'approche de la Nouvelle Année, nous constatons que bon nombre de nos membres médiateurs agréés mettent au point leur formulaire de production de rapport à l'égard de la formation continue et la participation, étant donné qu'ils ont accumulé les 100 points requis. Les spécialistes dont le titre de médiateur agréé a été accordé avant 2009, doivent retourner leur formulaire au plus tard le 31 mars 2012. Ceux dont le titre a été accordé après 2009, doivent retourner leur formulaire trois ans à partir de la date à laquelle le titre leur a été accordé. Les spécialistes détenant le titre de médiateur qualifié sont tenus d'accumuler 60 points et de donner un avis qu'ils ont effectué 3 médiations sur une période de trois ans à partir de la date à laquelle le titre leur a été accordé. Le programme de formation continue et de participation est essentiel afin de maintenir le prestige des titres, à l'échelle nationale et internationale.

Nous commençons la nouvelle année avec d'importantes initiatives en cours, y compris les programmes de formation nationaux accessibles à toute société affiliée qui le désire, une campagne de recrutement de membres partenaires pour assurer que les utilisateurs soient bien représentés au sein de l'Institut, une nouvelle liste pour l'Association des gestionnaires de portefeuille du Canada, et un plan marketing qui aidera tous les membres et toutes les affiliés à renforcer et maintenir notre image de marque, à l'effet que nous sommes l'exemple idéal de fournisseurs de PRD.

Enfin, nous félicitons nos affiliées pour leurs excellentes initiatives et leur croissance, et nos compliments à l'affiliée des Provinces atlantiques dont le nombre de membres a presque triplé au cours de la dernière année. Notre affiliée des Provinces atlantiques étant tellement active, nous sommes heureux d'annoncer que la conférence 2012 de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada aura lieu à l'automne prochain à Halifax.

Nos meilleurs vœux de la saison des Fêtes à tous nos membres au Canada.

FMC LAW

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
- 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

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

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

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

For many of us who practice in the alternative dispute resolution field, we often narrowly associate the processes of arbitration and mediation with commercial and family law disputes and tend to consider these processes from the limited view of counsel or the client. It is very easy to lose sight of the fact all forms of alternative dispute resolution, not solely arbitration and mediation, have application to a wide spectrum of matters. Moreover, in analyzing the pros and cons and ins and outs of these methods of dispute resolution, it is critical to approach this analysis from all perspectives – those of counsel, clients and the adjudicator/facilitator. It is with this diversified perspective that the true value of alternative dispute resolution can be appreciated.

The Fall/Winter 2011 edition of the *Canadian Arbitration and Mediation Journal* reminds us of the true reach and breadth of alternative dispute resolution, in terms of the available methods of dispute resolution, the types of disputes to which these methods are applied and the various perspectives brought to bear in these processes.

This issue includes an article by Carol Craig on the applicability of collaborative law to estate matters. Collaborative law, while still a relatively new form of alternative dispute resolution, has been successfully applied to the resolution of family law disputes in an expeditious and cost effective manner. At a time when legal costs are becoming of increasing concern to clients, the author highlights that collaborative law would have a welcome and effective role to play in the resolution of a wide variety of estate disputes.

For those of you interested in applying your alternative dispute resolution skill set to a new practice area, this edition includes a roundtable discussion on how to break into the sports ADR field. Our distinguished roundtable participants include Richard McLaren of Innovative Dispute Resolution Ltd., Henri Alvarez of Fasken Martineau DuMoulin, Stephen Drymer of Norton Rose, Ian Pulver of Pulver Sports and Jim Smellie of Gowling Lafleur Henderson.

Jennifer Bergman's article entitled "Mediators' Power: Sources of Power Possessed by Mediators and How They Are Used" brings to the forefront the perspective and role played by mediators in the mediation of disputes, highlighting the various powers exerted, or available to be exerted, by mediators enabling them to actively influence the mediation process and the outcome achieved.

The article by Nadja Alexander entitled "Opening the Mediation Window in the Arbitration House" explores the role of mediation in cross-border arbitration proceedings and the pitfalls that practitioners must be mindful of to ensure that the blending of these facilitative processes is done in a manner that maintains the integrity of both processes and ensures procedural fairness to the participants therein.

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

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

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

Bon nombre d'entre nous qui pratiquons dans le domaine du règlement extrajudiciaire de différends associons les processus d'arbitrage et de médiation aux différends liés au droit commercial et au droit de la famille et nous sommes enclins à examiner ces processus du point de vue restreint de l'avocat ou du client. Il est très facile d'oublier que tous les modes de règlement extrajudiciaire de différends, non seulement l'arbitrage et la médiation, conviennent à une vaste gamme de questions. En outre, lors de l'analyse du pour et du contre de ces méthodes de règlement de différends, il est essentiel d'aborder cette analyse de tous les points de vue - celui de l'avocat, du client et de l'arbitre/facilitateur. Ce n'est qu'à la lumière de ces divers points de vue que la réelle valeur du règlement extrajudiciaire de différends peut être appréciée.

Le numéro Automne/Hiver 2011 du *Journal d'arbitrage et de médiation canadien* souligne la véritable portée et envergure du règlement extrajudiciaire de différends, en termes de méthodes disponibles de règlement de différends, de types de différends auxquelles ces méthodes s'appliquent et des divers points de vue dont il faut tenir compte dans ces processus.

Ce numéro comprend un article de Carol Craig sur l'applicabilité du droit collaboratif en matière successorale. Bien qu'il soit un mode de règlement extrajudiciaire de différends encore relativement nouveau, le droit collaboratif a été mis en œuvre de façon prompte et efficiente dans le cadre de règlement de différends liés au droit de la famille. Alors que les frais juridiques deviennent une source de préoccupation croissante pour les clients, l'auteur montre que le droit collaboratif a un rôle apprécié et efficace à jouer dans le règlement d'une vaste gamme de différends en matière successorale.

À l'égard de ceux d'entre vous qui cherchez un nouveau domaine où mettre en pratique vos compétences en règlement extrajudiciaire de différends, ce numéro comprend une table ronde sur la façon de pénétrer dans le domaine des sports. Les participants distingués à notre table ronde sont Richard McLaren de Innovative Dispute Resolution Ltd., Henri Alvarez de Fasken Martineau DuMoulin, Stephen Drymer de Norton Rose, Ian Pulver de Pulver Sports et Jim Smellie de Gowling Lafleur Henderson.

L'article de Jennifer Bergman, « Le pouvoir du médiateur : les sources de pouvoir que le médiateurs détiennent et comment ils l'exercent », met en évidence le point de vue des médiateurs et le rôle qu'ils jouent dans la médiation de différends, et souligne les divers pouvoirs que les médiateurs exercent ou peuvent exercer, ce qui leur permet d'influer activement sur le processus et le résultat obtenu.

L'article de Nadja Alexander, « Apporter la pierre de la médiation à l'édifice de l'arbitrage », étudie le rôle de la médiation dans les procédures d'arbitrage international et les embuches dont les professionnels doivent tenir compte afin d'assurer que ces processus de facilitation soient harmonisés de façon à maintenir l'intégrité de chacun des processus et d'assurer aux participants l'équité en matière de procédure.

Au nom du comité de rédaction, nous espérons que vous apprécierez ce numéro du Journal. Nous attendons avec impatience tout commentaire que vous avez sur ce numéro et tout apport que vous voulez amener à de prochains numéros.

Macleod Dixon LLP

Appraisal Institute of Canada

Institut canadien des évaluateurs

IMPORTANT NOTICE

Continuing Education and Engagement Program (CEE)

In March 2009, the ADR Institute of Canada created the Continuing Education and Engagement Program (CEE). The Program is intended to ensure the continuing education and commitment of those members of our organization who have achieved either the Chartered Mediator designation, the most senior designation awarded by the Institute, or the Qualified Mediator designation. The CEE Program is part of our continuing effort to ensure quality and consistently demonstrate what we are known for - Gold Standard ADR™

If you acquired your **Chartered Mediator** designation on or prior to March 31, 2009, you are required to earn a total of 100 points and file your reporting form with us by **March 31, 2012.** If you received your C.Med after this date, you are required to file your reporting form 3 years from the date on which you were granted the C.Med.

As a **Qualified Mediator**, if you received your Q.Med on or prior to November 30, 2009, you are required to earn a total of 60 points by **November 30, 2012**. If you received your designation after November 30, 2009, you must submit the form 3 years from the date you were granted the designation.

As a Qualified Mediator you must also have completed 3 actual (sole) mediations within the 3-year period if you did not have 3 mediations completed when you were granted your Q.Med designation. If when you were granted your C.Med you had already completed 3 actual (sole) mediations, then you meet these criteria and need not provide further evidence.

Please note that the instructions and point system may be found at:
http://www.adrcanada.ca/resources/documents/cmedinstructions.pdf

The Reporting Form, which is the only document you are required to return to us, can be found at:
http://www.adrcanada.ca/resources/documents/CMedQMedCEReportingFormFinal3_000.doc

Please forward your reporting form and cheque for $90 (plus applicable taxes) payable to ADR Canada to:

Manager of Designations, Mena Sestito, ADR Institute of Canada, 234 Eglinton Ave. East, Suite 405, Toronto, Ontario M4P 1K5 by mail or email to mena@adrcanada.ca or fax to (416) 487-4429.

If you have any concerns or questions, please call or send an email message to Mena.

Thank you for your co-operation on this very important matter.

AVIS IMPORTANT

Programme de formation continue et de participation

En mars 2009, l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada a instauré le Programme de formation continue et de participation. Le Programme a pour but d'assurer la formation continue et la participation des membres de notre organisme à qui le titre de médiateur agréé, le plus haut titre de l'Institut, ou le titre de médiateur qualifié ont été accordés. Le Programme est une partie intégrale de notre travail constant pour assurer la qualité et démontrer de façon constante ce qui fait notre renommée - le Gold Standard ADR™

Si vous détenez le titre de **médiateur agréé** depuis le 31 mars 2009 ou avant, vous devez accumuler 100 points et nous retourner le formulaire de production de rapport au plus tard le **31 mars 2012.** Si le titre vous a été accordé après cette date, vous devez déposer votre formulaire de rapport trois ans à partir de la date à laquelle le titre vous a été accordé.

Si vous détenez le titre de **médiateur qualifié** depuis le 30 novembre 2009 ou avant, vous devez accumuler 60 points au plus tard le **30 novembre 2012**. Si votre titre vous a été accordé après le 30 novembre 2009, vous devez nous remettre le formulaire trois ans à partir de la date à laquelle le titre vous a été accordé.

En tant que médiateur qualifié, vous devez également avoir effectué trois véritables médiations, à titre de médiateur unique, au cours de la période de trois ans si vous n'aviez pas effectué trois médiations lorsque le titre de médiateur qualifié vous a été accordé. Si vous aviez effectué trois véritables médiations, à titre de médiateur unique, lorsque le titre de médiateur qualifié vous a été accordé, en conséquence vous respectez ce critère et vous n'avez pas à en fournir d'autre preuve.

Veuillez noter que les directives et la méthode de points peuvent être consultées au :
http://www.adrcanada.ca/resources/documents/Med_A_DIRECTIVESETMETHODEDESPOINTS_000.pdf

Le formulaire de production de rapport, qui est le seul document que vous devez nous retourner, est disponible au :
http://www.adrcanada.ca/resources/documents/Med_A_Formulairedecompterendudeformationpermanente_000.pdf

Veuillez remettre votre formulaire de production de rapport et votre chèque de 90 $ (plus les taxes applicables) à l'ordre de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada au :

Manager of Designations, Mena Sestito, ADR Institute of Canada, 234 Eglinton Ave. East, Suite 405, Toronto, Ontario M4P 1K5 par poste ou courriel à mena@adrcanada.ca ou télécopie au (416) 487-4429.

Si vous avez des préoccupations ou des questions, veuillez communiquer avec Mena par téléphone ou courriel.

Nous vous remercions de votre coopération à cette importante question.

Sports in ADR: Roundtable Discussion

We asked four experienced Sports ADR practitioners from across Canada to share their insights on breaking into this interesting area. We invite you to "listen in" on their roundtable discussion on that subject.

Richard McLaren
Innovative Dispute Resolution Ltd.

Henri Alvarez
Fasken Martineau DuMoulin LLP

Stephen Drymer
Norton Rose OR S.E.N.C.R.L., s.r.l. / LLP

Ian Pulver
Pulver Sports

Jim Smellie
Gowlings

RICHARD MCLAREN: I'd like to start by asking each of you to describe your particular involvement in alternative dispute resolution matters in sport in two or three minutes at the most. Can we start with you Stephen?

STEPHEN DRYMER: Sure. First of all, thanks Richard. It's a pleasure to be part of this group. My academic background is political science and law. I also spent two years as an investment broker between college and law school. Nothing whatsoever to do with sport. Academically, nothing in particular to do with ADR either. I got into ADR, and sport ADR more specifically, having begun as a litigator at Ogilvy Renault doing primarily commercial litigation. I was fortunate quite early in my career to become involved in international commercial arbitration, which was, I suppose, my introduction to alternative dispute resolution more generally. That led me to become a lot more involved over time in mediation and conciliation and other forms of dispute resolution.

It was almost by fluke, but it was a lucky fluke for me, that I discovered that such a practice as sport ADR existed. As you know, Rich, I was a young lawyer at the time. I was working on a number of matters with a colleague named Yves Fortier. This goes back I guess about twelve years or so. Yves received a call one day – it may have been from you, even – asking him to serve as an arbitrator in a sport arbitration; a case involving the selection of athletes to the Canadian Olympic team. And I'm confident that if he were sitting next to me he'd nod his head and say that this is true: as soon as he hung up the telephone he called me to ask, "What is this sport arbitration thing"? So I looked into it and actually learned about it along with Yves, who has gone on to become, as you know, one of Canada's great sport arbitrators. That was my introduction to the field. A couple of years later I was asked to work with you, Rich, in a minor role developing what became the first ever code of procedure for sport arbitration in Canada, the "ADR-Sport-RED" code (currently the Sport Dispute Resolution Code of Canada). Eventually I started to work as an arbitrator in that system. And I also currently work as counsel to the World Anti-Doping Agency, not in Canada, but internationally.

RICHARD: Great. Thanks Stephen. So let's just go through this alphabetically. Ian Pulver.

IAN PULVER: Yes. Good afternoon. Thanks for including me in this round table. I attended the University of British Columbia Law School from 1987 to 1990. Fresh out of law school I articled in Toronto but spent most of my time with the National Hockey League Players' Association (NHLPA). I spent fifteen years as counsel at the NHL Players' Association, really right out of law school, you know I was thrown right into it. There was a new executive director in place at the union and one of our first talks was to study the alternative dispute resolution mechanisms, and then what they called the collective agreement between the NHL and the NHLPA, but the ADR mechanisms were prehistoric and really weren't ADR at all. The president of the league was the judge, jury and arbitrator. And so my first project, I remember, was to take the ADR procedures in football, baseball and basketball and compare them to the National Hockey League ADR system.

You know rapidly after my graduation and call to the Bar, in February 1992, there was

a players' strike in April 1992 and coming out of that were the first forms of proper salary arbitration and proper grievance non-interest arbitration systems that were negotiated, so I was able to participate in the negotiation of new systems and it evolved over time, up and to my departure and it still continues today. I was involved heavily in the salary arbitration and trust arbitrations for fifteen years and built a program from the players' side, from the players' perspective and the union sides and really my role in grievance arbitrations was to be an expert witness for the union on all matters of arbitration throughout my tenure and time. So I worked alongside litigators but I was relied on as an expert witness in alternative dispute resolution for that period of time. I'm currently a player agent so I'm not involved in ADR as much anymore but I have my hands on it because of the history and I'm involved from a distance and have a continued interest in seeing that the programs run properly since I still remain in the industry.

RICHARD: You must need to make strategic decisions about whether you're going to proceed to salary arbitration as you solely represent hockey players. Correct?

IAN PULVER: Yes I do, so that's correct. I have players that will have that right so I'm involved on an on-going basis.

RICHARD: Yes.

IAN PULVER: And actually you know, the agent regulations as well, through the fee dispute system, I participate as an advocate from time to time as well.

RICHARD: Right. Okay. Great. Now I want to turn to Jim and ask him about how his career evolved. Jim.

JIM SMELLIE: Okay Rich. Thank you. As well, my thanks for the opportunity to be involved. I followed the same path as Stephen did. Political Science at Western Ontario and Law at Windsor. I won't tell you how long ago. The concept of ADR didn't even exist at that point and certainly, I had nothing to do with ADR and nothing to do with sport law at the time. In law school I developed a fancy, actually at the hands of Edward Ratushny, for administrative law which became relevant to my sport involvement a little bit later on.

I started off as a litigator but then quickly began to do quite a lot of regulatory work: rail, air, energy. Some arbitration work arose out of that, but my involvement in sport from a legal perspective really just happened because I knew a guy, who knew a guy, who knew Red Kelly's son, Pat, who was a speed skater. In 1995, Pat Kelly got into a bit of a fight with what was then the Canadian Amateur Speed Skating Association (CASSA) about National Team selection criteria. He and I had a little chat about what we could do about it and I asked him how you could appeal these decisions. At that time, there wasn't in fact any appeal policy, but there were athlete agreements in place, and so we sued CASSA and we won.

Ann Peel, one of the founders of what is now Athletes CAN, heard of the decision, and asked me if I'd be interested in hooking up with something called The Sport Solution, which was in its nascent days with Rich. I developed a relationship with The Sport Solution to take referrals from them when things got beyond what law students could do, and at this point I can't even remember why, but the going-in principle was that I wouldn't charge for this work. I can explain a little bit more about that later. I would say that my role is not as a mediator, arbitrator or facilitator. I act as counsel for high performance Canadian athletes with respect to selection issues, discipline issues, marketing and financial issues. Once in a while I take on a doping case, however, I don't like them very much. I have more recently started providing advice to national sport organizations (NSOs) on governance issues. I've been involved in perhaps twenty or twenty-five different disciplines over the years. But essentially, I am involved in internal appeals and, as Stephen mentioned, now the Sports Dispute Resolution Centre of Canada (SDRCC), and I think that's about what I can describe for you Rich.

RICHARD: Okay. So in summary, from three of you, I'll get to myself in a moment, you've all been advocates in the dispute resolution system in sport. In Stephen's case, he's also done some arbitration and some mediation. Reasonable amount of mediation work actually Stephen, in sport. Ian is currently a user of all sorts of dispute resolution systems and Jim, you're still primarily an advocate using various dispute resolution systems.

Now just for the purposes of the recording, I'm a law professor. In terms of sport I do nothing but act as a neutral, so I do arbitration and mediation. My background in dispute resolution dates back into the 80s and I wrote a book about it in the early 90s. I started when I was put on the salary arbitration panel of the National Hockey League. The National Hockey League Players' Association is who I actually first encountered and I met Ian Pulver back in about 1993 and I worked as an arbitrator in those proceedings up to the year 2000 and continue to this day doing the National Hockey League Players' Association player agent disputes that Ian was referring to, which is a scheme primarily whereby people can resolve their disputes between agents and players over monetary issues.

Then in my case I got more involved in dispute resolution through the Court of Arbitration for Sport which I was elected to in 1994. And then as a result of that I attended as an arbitrator at the Olympic Games starting with the first time the National Hockey League actually had professional athletes playing in the Olympics at Nagano in Japan and I attended summer and winter Olympic Games. Five in total. Since then the most recent games, the summer games in Beijing in 2008.

My work within Canada really involved starting with Jim Smellie at Western Law School and Ann Peel said "we need some assistance in dispute resolution", and she and I brainstormed and came up with something called The Sport Solution, which is based at Western Law School. It involves students assisting athletes to be more effective advocates of their own cases. Although the process has evolved quite a bit more, and so have the students who enrolled, so in some cases they actually have some representation work, and AthletesCAN, which is the organization which supports

sport in Canada, it's created by the sports people themselves. They fund it and they rely on it a considerable amount of the time and it's proved to be a very effective organization, and out of that for me grew discussions really with the Minister of Sport, who at the time was Denis Coderre, and he put together a group which I was a product of, and we created something called ADR Sport RED, which was a dispute resolution system for national sport organizations, and initially that work did not involve any kind of doping matters. As Stephen Drymer mentioned, he downplays his part, but it was a key part and developed the Rules of the Arbitration Procedure in ADR Sport RED which are still the base Rules that are currently involved and used by the SDRCC, that's the Sport Dispute Resolution Centre of Canada. There's been modification, but the root code was created by Stephen and myself and is in current use.

And my other involvement with The Sport Solution has put me in touch with Jim Smellie from time to time, because when I thought cases were beyond the abilities of our law students at The Sport Solution, he always stepped into the breach and picked up and helped us see them through to their conclusions, and was very instrumental in helping that organization be successful. And my work in sport these days just continues to grow, and I handle a lot of the high profile international sports disputes for the Court of Arbitration for Sport. I'm also the named arbitrator for professional tennis and golf - Golf in Europe and the PGA Tour and also for international cricket. And I just this year have been the named arbitrator for anti-doping matters for the Canadian Football League and its Players' Association. So I have quite a few different sporting organizations in which I get involved in terms of dispute resolution, primarily arbitration. Okay, that's a summary of what we've all done.

reSolution

Providing Effective Business to Business and Workplace Mediation Solutions

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

COX & PALMER

The difference is a great relationship.
coxandpalmerlaw.com

Now let's move to what advice you might give today about how to get into the field of dispute resolution, particularly as it relates to sport. Listening to each one of us, it seems Ian's was the most planned and he had a strategy to get there for his. For Stephen, me and Jim, it evolved and happened more than being a planned procedure, so Ian can you tell everyone your strategy and how you executed it? And what you would recommend to people who are currently interested in dispute resolution in sport about getting into the field?

IAN PULVER: I'll try to be as brief as I can. I mean, it's a long pointed story, but I guess to answer that question I think that students or young practising attorneys need to differentiate themselves early in the process, to separate themselves from the group and explore their interests and if it's ADR in sports they need to formulate a plan that can be a sell. I encourage young students or young lawyers to think outside the box and come up with something that they can deliver or provide for, whether it be an attorney, an arbitrator, union or management firm or actual union, a union like the NHL Players' Association, or management like the National Hockey League, come to the table with something different. Whether it be engaging in studies of actual arbitration themselves. They're accessible, especially today, with the Internet. Become an expert in a field before you send a resume in and say "sign me up," so there's something to deliver. Come to the door and deliver something.

I spent my third year at UBC Law School writing a paper on the National Hockey League and the National Hockey League Players' Association collective bargaining dynamics which was a little bit different at the time. You know the concepts of the legalities of the draft or you know the legalities of drug testing, everybody writes about that. So I chose not to. I chose a different topic which was at the time new and refreshing and I would encourage students or lawyers to blog or write papers on ADR as they see it and what they can bring to the table, or how ADR evolved in sports in a different way, or what athletes need or what management needs.

Back in my day I wrote the paper and I mailed it out to the National Hockey League and the National Hockey League Players' Association, and then twenty-one National Hockey League teams and I went and I tried to meet as many people as I could at the 1990 NHL entry draft in Vancouver, and I eventually met my boss who was Bob Goodenow who had just been hired to replace Alan Eagleson. I came to him with something that he liked. I just didn't go up and shake his hand and say I would like to work for him and one thing led to another. So long story short, for the young aspiring ADR experts out there, bring something to the table that's different.

RICHARD: So differentiate yourself from everyone else to the extent you can and pursue that strategy of differentiation, and in your case, that started with doing that paper and circulating it to everybody in the league and management and union side.

IAN PULVER: That's correct. I'm talking about breaking into an area. I hope I've answered the question.

RICHARD: Okay. Thank you very much Ian. Who should I go to next? How about Jim?

JIM SMELLIE: Sure.

RICHARD: Your advice to the young lawyer who's interested in alternative dispute resolution but more as it's related to sport. How do you get there? How do you get in?

JIM SMELLIE: I think it maybe has to start even earlier on than that, Rich. Of course, compared to when dinosaurs like me were in law school, the pressure is on law students to pick areas and decide what they want to do way, way too fast, but nevertheless it seems to me that the one advantage law students and young lawyers have today is that there are a huge number of resources out there. NSOs are much more prevalent and they play a much bigger role. Sport Canada's role is much bigger. There are firms who actually have sometimes more than one lawyer that's busy with this, so maybe while at school you want to hook up with such a firm for a summer student job. Maybe you want to try and find an internship in the corporate sport world. Maybe you want to try and article with a firm that is involved in sport and sport ADR.

I very much like Ian's suggestion that if an issue grabs you, write a paper about it; apparently you can just flip it out there and you can end up being Ian Pulver! I mean that's terrific. But differentiating yourself is important. The SDRCC - what was once ADR Sport RED - and is now a very major organization with a lot of people who can point you in directions that you couldn't even begin to figure out twenty years ago.

In law school, to the extent that anybody knows what they're doing when they get there, there are courses in advocacy, labour law, and administrative law. All of these have a bearing, I think, on sport law in an ADR context. Those are courses that can be elected, I think, to assist. I think that's what I wanted to say about that, Rich.

RICHARD: Okay. Thanks. You're right, the sports landscape in Canada has developed and matured considerably from when I think back to when I first started with the National Hockey League. In 1993 there was no SDRCC. The Court of Arbitration for Sport internationally was barely up and crawling. It evolved a lot and there are many more ways to get into it. I'll say a little bit more about it when I talk about my suggestions. But let me turn this to Stephen. What would your advice be Stephen, to law students, young lawyers that are interested in becoming involved in sport dispute resolution?

STEPHEN DRYMER: Thanks Rich. I echo the comments already made. I can't tell you what it would've been like had I been as focused as Ian so early on. I envy that. I suspect, though, that Jim is right and that most law students are not that way. What I can address, based on my own experience, are some of the tools that I find, in retrospect, have actually helped me with this aspect of my practice and that I that I wish I had acquired earlier on. I agree very much with Jim's view that anything to do with advocacy and ADR, to the extent that that can be studied or practised at law school or early in one's career, is worthwhile. I very much encourage students who are interested in the field to learn what they can about arbitration and ADR before they get out into the real world of the practice. Anything to do with interest-based negotiation or mediation. Alternatives to litigation as the means of resolving disputes.

I attended the McGill Faculty of Law, which for many years had a reputation for being too theoretical, not practical enough, but I don't recall any theory about alternative dispute resolution when I was at law school. Maybe I just wasn't paying attention. But that is knowledge and a skill-set which I had to acquire along the way, and I am very glad that I did. They can be acquired along the way, but I certainly wish I had known more about what arbitration and mediation were before I started actually trying to do them. I repeat, anything to do with the theory and practice of interest-based negotiation or dispute resolution is particularly valuable. My experience is that sometimes there is nothing but a zero-sum solution that's available, but in most disputes that's not actually the case. And the lawyer who's able to steer his or her client to envisage solutions that are not zero-sum goes very far.

RICHARD: Okay, great. Thank you Stephen. From a law teacher's perspective, all of you mentioned there are things available now in law school that there weren't before and that's for sure. There's dispute resolution. There's negotiation. Stephen was just referring to interest based negotiation theory. There are practical opportunities to participate in mock labour arbitration processes at Western as a competition for law schools. There are a lot of different subject areas that one can take in law school that weren't even on the curriculum five years ago in some cases and certainly not ten years ago.

And to the extent you can get some of the conceptual framework of how sport works and operates using dispute resolution, you should try and start that in law school, but of course some people are going to come to this field after they've left law school and generally, my advice is first of all, I think you need to be a very good lawyer at whatever field you're in currently and then look for your opportunity. A lot of sport is just particularized aspects of other areas of the law. For example in the National Hockey League case, the primary relationship between the National Hockey League and the Players' Association is the collective bargaining agreement and that's labour law. And when you're dealing with a national sporting organization and the members of it, that's primarily contractual law. So a good broad knowledge of law, and then when the opportunity comes by way of somebody in your firm that's working on a sports matter or however it comes up, you see the opportunity. All the time I think working also with the strategy that Ian was suggesting of trying to differentiate yourself. Ian was talking about writing papers, but there are blogs and a lot of other new social media techniques to differentiate yourself these days. So I think that's my perspective as a teacher.

STEPHEN DRYMER: Rich, if I could add something very quickly. I agree very much with what you've said about being a good lawyer first. That's not to knock in any way those who have started out saying I want to be a lawyer in sport particularly. But the skills that I've seen work best, not just for me but for those who appear before me when I act as an arbitrator, are

lawyer's skills. Lawyers who have become knowledgeable about the sport that they're talking about, and about sport in general; but more than that. It very much has to do with being a good advocate, which for me means, ultimately, being almost infinitely flexible and able to react to the desires and the needs of the specific case and of the decision–makers, whether judge or arbitrator.

JIM SMELLIE: I would second that Rich. It's Jim here. I suppose the most commonly used words in NSO appeal policies, due to the requirements of Sport Canada who fund these organizations, again from my perspective in dealing with high performance amateur athletes, are "in compliance with the rules of fairness and natural justice."

STEPHEN DRYMER: Precisely.

JIM SMELLIE: Well if you don't know about those two concepts, you'll be far less effective as an advocate in the sport ADR role, at least where those principles inform the dispute resolution process. I had spent, I don't know, ten years anyway, trying to figure out what those concepts meant before I even heard about ADR in sport.

STEPHEN DRYMER: Have you figured it out?

JIM SMELLIE: No. (Laughs).

RICHARD: It's an evolving process. Let's shift the focus a bit to the athlete's perspective by trying to look at ADR through the eyes of the claimant who will usually be the athlete. You've all had experience seeing the people in the arbitration hearing room or at the mediation. Maybe let me start with Jim. You've been representing athletes for some time on a pro bono basis.

JIM SMELLIE: Sure.

RICHARD: What are the considerations that go into your electing to use either arbitration or try to go to mediation first and what do you encounter when you start to advise the athlete about their fears, concerns, expectations of what they're going to get out of this process? How do you go about handling all of that?

COX & PALMER

JIM SMELLIE: Well, first of all the processes are much more readily accessible now than they were even ten years ago.

The whole idea was to have a system where there would be adjudication which would force national sporting organizations to get out of the old boy's club and run the system in accordance with the principles that we were just talking about of fairness and natural justice and democratic objective decision making.

By and large, at least in the areas that I deal with, it's a reasonably well-defined process. You begin with the internal appeal process, never mind what the issue is for the moment, and then the SDRCC is available to you. In the very last case I was on, however, the rules of fairness don't necessarily apply because while I was labouring away at internal appeal, the NSO and another athlete who was a little bit disaffected by a carding decision agreed that they would go straight to the SDRCC. So certainly, athletes need to understand what their process options are. Athletes are asked, if not required, to sign athlete agreements every year by NSOs. Lots of athletes sign them without a second thought. It's in their best interest to understand what the processes are and today with the SDRCC a much better job is done explaining it, even in an athlete agreement or just generally how the processes are available. The athlete advocacy groups, be it Athletes CAN or others, do a much better job than used to be the case about explaining those processes and how they work.

I'll tell you one little story. It was a long time ago, but Athletes CAN had an annual meeting and I was scheduled to talk about athlete rights and appeals in one room, but next door there was another session going on about marketing. And it was me and two other people in my room and a hundred people in the other room! So it's become a little bit better.

The issues of what considerations come into play in terms of whether you go to mediation or arbitration are largely informed by the nature of the dispute. Where someone who has not been carded and thinks the criteria have been misinterpreted, the chances of mediation of such a dispute probably are slim to none. Similarly, with respect to selection issues. My experience is that because selection and carding issues, if they're to go in favour of the athlete who has been disaffected, will mean that somebody else is going to be affected.

RICHARD: Yes.

JIM SMELLIE: Discipline issues, I think, are another matter and I haven't had as much experience with them. I found that the emotions or the reaction of the moment or the circumstance can be revisited in a mediation setting where perhaps a reasonably severe penalty can be modified. Undertakings can be given and you can have a mediated result that is satisfactory to both parties. But I do think that it falls to be determined based upon the nature of the specific issue.

RICHARD: Do you ever consider not just the use of the courts after the dispute resolution systems have been used, but as an alternative to actually using the dispute resolution systems?

JIM SMELLIE: Aside from the case that I did for Pat Kelly and one other that I can think of, Rich, I have perhaps handled sixty or more of these cases in the last fifteen years, and have never used the courts.

RICHARD: And of course that Kelly matter would've pre-dated the SDRCC availability.

JIM SMELLIE: Well, in fact it pre-dated an appeal policy.

RICHARD: Oh, okay.

JIM SMELLIE: It didn't even involve an internal appeal.

RICHARD: Ian you took a lot of cases to interest arbitration. I heard some of them. Saw you do the presentation. Again, you're in a system much like Jim's, where the path is the SDRCC, the path for the NHL or the Players' Association, is the listed arbitrators and the collective bargaining agreement between the parties. How did you prepare an athlete and help them to see their case through the salary arbitration process?

IAN PULVER: Well there, all the Rules or the Rules and procedures are negotiated between the NHL and the NHL Players' Association and in the collective agreement. So you know from a scheduling standpoint, it's quite well defined. The readers can see specifics of the alternative dispute resolution process. The politics and the sociology involved was quite heavy.

There was a unique situation where employees would have their salaries determined by impartial arbitrators and would have to go into a hearing room and it became quite contentious. Backing up for a minute, the player or client would be well educated and know the pros and cons of having a hearing. Philosophically, for the most part, it was explained to the client that if you have to walk into a hearing room, the process is broken down and that the alternative dispute resolution system was built to drive settlement, which it did quite successfully I would argue, more times than not. Historically the cases would settle. There would be some odd or off years depending on the politics between the parties on the bigger grander scheme.

The political landscape influences the ability of the players to resolve ahead of the arbitration process, but in any event, the players were well prepared, as was I. I can also say from my knowledge that you would know the National Hockey League and their lawyers would do an excellent job preparing management, and you know there's a lot of emotion involved in the process because the athlete and the agent, and club management are familiar with each other. In baseball and hockey, there is an interest in arbitration so the Rules and Procedures are well defined. The time of the hearings; the location of the hearings - everything is done efficiently and at the same time (for the most part) within a seven to fourteen day period and it gets done and over with and the people move on.

RICHARD: And the players are well represented.

IAN PULVER: Yes. The players are very well represented for the most part through union hired outside counsel. And in certain cases their agents or some lawyers who are agents, but there are very few.

RICHARD: As a player agent now representing players in the National Hockey League, how do you make a decision to elect to use the interest arbitration process or decide you're not going to use it?

IAN PULVER: Well you need to be able to study what is called the marketplace and understand how the marketplace works. Understand the context of the club or management that you're dealing with for that particular player, and finally understand the psyche of the player, and then make an educated decision based on what's best for him measured against the leverage of utilizing different mechanisms. Whether it's to sign what they call a qualifying offer or maybe go play in another league. And so all those things kind of come into play. The one thing you know is that if you do pursue arbitration, one way or another, you are either going to have a resolution through free negotiation or have an arbitrator determine your salary within a defined period of time which brings closure for the athlete and which enables him to prepare for his season.

RICHARD: An interesting comment you made along the way there, was that the player has an option these days of going to another league and that league probably is in Russia or Europe. That's a good segue, I think, over to Stephen Drymer because if I understand your practice right Stephen, you can't really represent the athletes because you act as counsel representing the other side in a lot of this type of arbitration proceedings.

STEPHEN DRYMER: That's right.

RICHARD: Can you comment on dealing with those kinds of bodies and the considerations that go through your mind in terms of selection of ADR process.

STEPHEN DRYMER: Well, as you and perhaps others know, in Canada if you're an SDRCC neutral – whether mediator, arbitrator or facilitator – as I am and as you are Rich, you are not permitted to represent parties, whether athletes or others, before an SDRCC tribunal. And internationally, as I think I mentioned at the outset, I represent the World Anti-Doping Agency (WADA). While it's true that WADA in a sense represents "all athletes", in particular cases we tend to find ourselves on the opposite side of the table from a named athlete or two. So no, I don't represent athletes at that level either. For that reason I think my comments are perhaps less relevant than those made by Ian or Jim. But I'll tell you what I've seen and what I've perceived at least among athletes: that in the ADR processes that we're discussing, although professional athletes tend to be well represented, certainly at the international level, that is not always the case in domestic amateur cases - with the exception of those athletes who are represented by Jim Smellie (laughs).

JIM SMELLIE: I was glad you added that exception.

STEPHEN DRYMER: Often those athletes are either not represented by legal counsel at all or if they are they tend to be represented by people who have relatively limited experience in sport ADR. I think that that radically changes or defines the way ADR happens. Again, I'm speaking in particular about the amateur context in Canada. From what I've seen since the advent of the Canadian sport ADR process, athletes have come to be a lot less skeptical about that process than they initially were. Again my view is from the outside. I haven't represented athletes or been a member of an athlete's organization but I would say, generally speaking, that at the outset the NSOs and the athletes were equally uncertain and perhaps skeptical about what this new ADR process would mean. From the NSOs' perspective in Canada I think there was perhaps some resentment that decisions that had previously

ADR.

We continue to reinvent the name.

Law.
It's our last name.

fmc-law.com/ADR

Fraser Milner Casgrain LLP

FMC LAW

been taken in-house were now being externalized and an important degree of control was being removed from them. From the athlete's perspective I think at the outset there was a lot of genuine interest and curiosity, but still a degree of uncertainty as to whether this was just going to be, you know, yet another administrative or legal process that detracts from what they're there to do, which is to compete or to train.

Over time, however, I've seen athletes embrace the process wholeheartedly. I think that in general both the athletes and the sport organizations that use the Canadian sport ADR process – the SDRCC process – would agree that access to that process is easy, and I believe that athletes in particular take advantage of that access. That presents its own challenge. Coming into a dispute many athletes are not very familiar with or aware of what the process involves or what's expected of them. Counsel, when they're present and are experienced, play an important role. But as I've said, it is not always the case that experienced counsel are present. I know that among those of us who work as neutrals there's some small divergence of view on this point, but my view is that it's very much the role of the neutral, whether a mediator or an arbitrator, to facilitate an athlete's understanding of the process, to educate them to a degree as to what's expected of them in the process and, while always maintaining neutrality, even to assist.

The same thing obviously goes for NSOs as well. A lot of NSOs in Canada are staffed and run by the most well meaning and devoted people. A lot of those people are volunteers. Few of them are professionals. Almost none of them (thankfully) are lawyers. I respect that. I also respect that the people who represent these organizations in disputes are often parents and friends of the athletes or devotees of the sport or executives of the organization, who do not necessarily understand the legal or other procedures required to resolve those disputes. Sometimes it's the case that the NSO possesses a greater level of understanding of the dispute resolution process, particularly organizations that are big users of the process. But often that's not the case. So I think that it's important for the NSOs as well to be given an opportunity to be educated in this process as it goes along. And I realize now I haven't answered your question (laughs).

RICHARD: It had to do with Europe.

JIM SMELLIE: Yes, it had to do more with the international side.

STEPHEN DRYMER: Yes. So permit me quickly to contrast my experience domestically with what I've seen internationally – at least in anti-doping in cases before the Court of Arbitration for Sport: it's a whole different ballgame. No matter which national amateur or professional sport or organization is involved, by the time you get to the CAS both the athletes and the organizations tend to be well represented. There's also an excellent and large body of jurisprudence, comprised of the CAS's arbitral decisions, that's now available to parties. It's a very different experience, as I've said. But it's not a cheap one.

And, one last point I'd like to make, and it's not wearing my WADA hat at all again, it's just based on my observation: domestically it may occasionally be the case that the NSO in a sense has the upper hand in terms of resources, which may lead to a certain inequality of arms. NSOs at least have some sort of operating budget, maybe a small one, from which they may choose to pay for a lawyer. They at least have people whose job it is to run the organization, which may include devoting time to resolving disputes. Sometimes that's the case, sometimes that's not the case.

In any event, at the international level the tables are often turned. Rich, successful athletes have in several cases demonstrated that, if they really want to, they can virtually bankrupt the system by drawing out the dispute resolution process. By taking issues to court. By contesting the jurisdiction or even the decisions of the CAS. I could go on. As I say it's a very different, much more – I won't say higher stakes, I don't believe it's higher stakes – but it's played, the game is played at a different level and in a different way before the CAS than it is in domestic ADR processes.

JIM SMELLIE: Rich can I just add one more point?

RICHARD: Sure, of course.

JIM SMELLIE: Actually, I have three. I take Stephen's point to heart. One of the issues in domestic sport ADR, whether we're talking about internal appeal policies or SDRCC, is that there is still an inequality or imbalance. The process is to be accessible, but access for athletes that I deal with means a couple of things. It means having, at least at first instance and probably at the SDRCC, a commitment on behalf of the affected NSO to a fair and transparent process. And that's not always the case. It is in some cases but not others. I say this a lot less frequently than I use to, but it is clear to me, or was made clear to me very early on in the game, that an athlete who wishes to take advantage of internal appeal policies, and now ADR, needs to be concerned about the prospect of retribution. It's very real. If you're a star, no. If you're at the end of your career, no. But if you're in the middle of the pack, you need to be concerned about that. It is less so today, but it is still in the nature of many NSOs, at least in my experience. The other important element about access - effective access - is money.

RICHARD: Yes.

JIM SMELLIE: I will tell you that I just finished a case that began with an internal NSO appeal and then went to the SDRCC; the value of my time on the file was close to $60,000. And so the effective access for the athlete in this case entirely depended on the fact that my firm and I are committed to pro bono activities. But I don't know of too many high performance amateur athletes in this country that have never mind sixty, how about just $6,000 kicking around that they can give to experienced counsel who know what they're doing and who can make that access effective. It's a very difficult problem. It hasn't gotten much better, and I'm not sure how it is going to get better.

RICHARD: Of course access to justice is a problem across our society and sport's a microcosm of it.

JIM SMELLIE: Right.

RICHARD: That same issue.

JIM SMELLIE: Right.

RICHARD: And it's one that definitely needs to be worked on in sport.

HENRI ALVAREZ: It's Henri Alvarez on the line.

STEPHEN DRYMER: Henri gets the next thirty minutes. (Laughs).

HENRI ALVAREZ: I'm sorry.

RICHARD: Henri, can you provide a short talk about how you got involved in dispute resolution and advice you would have for those who would like to become involved in dispute resolution in sport.

HENRI ALVAREZ: Okay. I came to sports arbitration after having done a lot of international commercial and domestic commercial arbitration and always had an interest in sports arbitration, first of all from an academic perspective because I teach arbitration at the University of British Columbia, and noticed that the framework for sports arbitration was quite different in terms of time and a lot of the other considerations which surround it. So I had been interested for many years and had been active for about the last five or six years in the sports arbitration world, and have been involved in a number of doping cases, and had the good luck to be involved in the winter meetings here in Vancouver. Advice would be I think much like the advice you'd give any young lawyer trying to get into the arbitration field in general. You need to understand the Rules, and then you need to be seen and to show interest in the field. I have some of my former students who've become relatively successful in getting involved in the sports arbitration world in just that way.

RICHARD: What have they done specifically?

HENRI ALVAREZ: Well a couple of them in fact work with Joe Weiler at the University of British Columbia here, who teaches sports arbitration law, and have shown their interest and volunteered, and worked on cases and written articles. Those types of things.

RICHARD: Thank you for that Henri.

RICHARD: Okay. So if I can now ask each of you to talk about current events that you're involved in, in terms of your various practicing perspectives in dispute resolution in sport.

JIM SMELLIE: Let's hear about the NHL.

IAN PULVER: It's one big blur to be honest with you. It was one battle after another battle, and they were quite contentious. While we were in it, we thought it was the most important thing in the world, but you know, we take a step back, some were and some weren't. There were a lot of major grievances between the National Hockey League and the National Hockey League Players' Association. I like to tell the story that back in 1992 the parties negotiated something called Group Five Free Agency, which was for the first time across the table, a form of unrestricted free agency, which was bargained for between the parties and was not the product of a grievance like the Messersmith Award in baseball, which led to free agency for baseball players or litigation. We bargained for Group Five unrestricted free agent, which enabled the player after playing ten years in the National Hockey League and who was earning less than the average league salary at the time, which was two hundred and seventy-one thousand dollars, to be an unrestricted free agent at the expiration of his contract. The one thing that the parties forgot to do, was determine how to calculate the average league salary, and that was sort of the first real contentious grievance arbitration that was held before Theodore St. Antoine at the University of Michigan. That led to both parties bringing their cases forward, and professor or arbitrator St. Antoine coming back with his own methodology, which you know back then, the definition didn't make the arbitrator stay within either side's position, and he actually came out with a real interesting formula, which was akin or similar to grade point average. He demonstrated that he was smarter than all the lawyers on both sides of the table.

And those were the types of things that we did. We had resolution disputes over guaranteed contracts or injury guarantees and contentious hearings over whether players could be paid their signing bonuses during the lockout. Lots of interesting scenarios. All of which at the time, both parties were hard and committed to their cause, and that was the environment that we bargained in and also had disputes over. So I don't know if that's helpful.

RICHARD: Yeah, that's great. I think that gives an interesting perspective about the salary arbitration process and some of the background. In essence, precedents have to be set so that the decision-making process can develop and the arbitration process can become more and more effective where resolutions cannot be found ahead of time. Let me turn to Jim. Highlight either current or in the past in terms of your career with dispute resolution in sport.

JIM SMELLIE: Well the best highlight Rich, I think, is the privilege of having met so many dedicated and intriguing young people. I mean they're all fascinating individuals. Some have been truly hooped by the system. Some were probably stretching the truth a little bit, but let me just give you three very quick experiences that sort of capture my highlights. I went to Fernie, BC several years ago to try and sort out a funding solution for a skier. We had a mediation session that didn't work. We adjourned for dinner. I happened to meet an existing sponsor and a new, significant sponsor whose commitment was to be announced the next day by the NSO. Quite off the record, we discussed why I was in Fernie and what I was doing. And sure enough, I was soon asking both sponsors what they knew about how the NSO was spending your existing and proposed money? We arrived at what I might call a 'leveraged' but very effective solution at about 3:00 o'clock in the morning to the problem of allocating adequate funds to the athletes. The person I was there for just retired from freestyle skiing; her name was Jennifer Heil and it was a long time before she achieved what she has, but it was an

interesting case. It had nothing to do with the process and nothing to do with the rules. It had to do with an interesting feature of this work, sort of working at the margins.

Second, the same case I mentioned earlier has gone through two levels of appeal and the point I want to make about it is this. It was a carding dispute. My client, a well-known veteran member of one of our national teams, is trying to get to London. He was not carded for 2011 and appealed the NSO's nominations, thus putting one or more of those athletes at risk. He won the internal appeal. The affected athlete originally carded went to SDRCC, and his appeal was dismissed. My client, and to their credit, the NSO, settled the matter of some costs. And what is interesting about all this is that my client, the veteran, directed that those cost monies be given by the NSO not to him, but to the young athlete whose carding nomination was set aside.

RICHARD: I think I know the case you're referring to Jim.

JIM SMELLIE: Yes. You know, I mention this only to recognize that this sort of thing can and does happen in the cases that I deal with. Somewhere in our material the question is asked: is sport ADR more fun than other ADR? Well I don't know about other ADR but I know that sport ADR is a lot more fun than what I do for a living. (Laughs). But let me leave you with this one other bit. I'm looking on my computer now at an internal appeal policy for a well-known NSO that I have been asked to advise. Their policy provides for an appeal panel that consists of 1 member selected by the athlete, 1 that the NSO selects, and a third that both select, and if they can't agree, the Centre for Sport and Law does so. So far so good. But this appeal policy, in 2011, provides that the panel will have a fourth member - a member of the board of the NSO - who chairs the appeal, and is to have a casting vote in the case of a tie. Now you tell me how there's going to be a tie between three people! In some ways we've come a long way. In some ways we haven't come a long way. But my buzz, my highlight, are the kids, the athletes. They give me great satisfaction.

RICHARD: But the clients are what keeps you going at it.

JIM SMELLIE: Absolutely.

RICHARD: Yeah. Good perspective. Okay. Over to Stephen.

STEPHEN DRYMER: I'll be brief. I agree very much with what was just said. What I've learned and what gives me a buzz if you will, are the athletes and hopefully the sense that this stuff is of benefit to them. And I say that not because they're not my clients – they're not. But they're the users of the system. I've described a bit about how I came into this. I wasn't a high performance athlete. I wasn't a member or administrator of a National Sport Organization. But I can tell you that I've done a number of fairly important commercial cases and I've met some fairly intense people in my career. And I don't think anything compares to the feeling one gets from a devoted young athlete. These are people who are as focused, as intense as anybody I've ever met or worked with in any capacity. These are people who care deeply about what they're doing and believe that if they are taking part in an ADR process it's because they have important rights to vindicate or issues to air. These tend not to be hundred million dollar cases obviously, but I mentioned earlier that doesn't mean the stakes are any lower for the parties involved. It's sobering to me as a neutral in this process to realize that I'm making choices that really affect people's lives, much more than merely economically. Economically yes, but much more than that as well. Frankly I think it's made me a better adjudicator. Frankly I think it's made me a better lawyer.

RICHARD: Okay. Interesting perspective. Let me add mine and then I'll turn to you Henri.

HENRI ALVAREZ: Sure.

RICHARD: I share the view that's been expressed across the board, and I agree with the sentiment that the people involved are dedicated and focused and extremely interesting to meet and challenging to deal with, and that it is challenging trying to adjudicate fairly and even handedly and come up with a "just result." That certainly is a very intriguing and interesting part of dispute resolution whether you're acting as the neutral decision makers or you're involved as counsel.

I want to touch briefly on a case that I was involved in because it's probably the only case, I think anywhere in the world, which has been conducted entirely in front of the television cameras and the media and that was the Floyd Landis doping decision, that in the first instance was conducted in the United States. I was one of the arbitrators.

It was, including the several days of preliminaries, a sixteen day case. The actual arbitration proceeding itself was twelve of those days and the television cameras were in our face all of those twelve days. And Floyd Landis' defense was that the French lab got it all wrong. And it was very technical, very scientific, but there were some highly dramatic moments including alleged witness tampering by Landis' side. And he was very convincing that he didn't dope and that the lab got it wrong although the panel didn't come out that way. The majority of the panel said that the lab got it right and found him to have been doping, and he appealed that to the international level, and his case was dismissed at the international level.

But then the other interesting aspect of that case is several years later, in fact just in the last year, he's admitted that he was, having gone through the sixteen day arbitration proceeding at the first instance which he lost and then doing an international appeal. I don't know how many days it went for but he also lost that and he was assessed a hundred thousand and costs in that one proceeding. And, and now he's come forward and said, I was wrong and I did do these things, and in the course of saying so he has caused a ripple effect throughout cycling, which is now being investigated in the United States, and he has allegations out there about Lance Armstrong and many others, and the final fallout of all of that I don't think is quite known at this stage. It's still in the internal proceedings in the U.S. grand jury, some of his information, but that

was certainly a highlight.

And the other highlight I was going to mention briefly is a case I actually did with you, Stephen Drymer. That's the Valverde case which came out of Operation Puerto in Spain. But I think I'll leave that one aside cause we're running out of time, I think. But I have to say that and Floyd Landis I think are two prime examples of the phenomenon that I mentioned a few minutes ago of the rich, funded, well connected athlete being able almost to bankrupt the system that's meant to be doing a lot more than fight rich funded athletes.

STEPHEN DRYMER: Right.

RICHARD: Yes, I agree with that point and the Valverde case that I was involved in, which is the international one, an Italian proceeding, I don't think there is a particular subject in international arbitration that wasn't touched on from either angle.

STEPHEN DRYMER: That's correct.

RICHARD: To the updating evidence by order to the oratory and so forth. It's a law student's minefield of issues. Very interesting case.

STEPHEN DRYMER: I'm reminded of Landis' public statements recently, finally admitting after the fact the doping violations of which he was accused and found guilty. In the Valverde hearings we were sitting there, my client and I were sitting there, understanding that WADA was spending a lot of money on the case, working hard for a conviction both in Italy and internationally, and at the same time we're wondering whether next month Valverde is going to turn around and admit, just like Landis, that he too is guilty - which would mean that the entire arbitration process was a complete waste of time and money.

RICHARD: Right. So far he hasn't done that. He's gonna settle at tribunal.

STEPHEN DRYMER: He's tried unsuccessfully to have these decisions annulled by the Swiss courts.

RICHARD: Right. Well, Henri let's turn to you and talk about the highlight of your various involvements in sport in the dispute resolution field.

HENRI ALVAREZ: Yeah. Well in case I didn't make it clear my window into this is as an adjudicator and primarily at the international level. I'm being struck by how our dispute resolution and primarily arbitration in my case has adapted to the requirements of sports disputes. I was speaking just the other day with George McIntosh, a senior counsel here who was counsel on one of the Olympic cases I heard, and there you have to get your decisions out within twenty-four hours of having a hearing which is scheduled usually within a very few days of a complaint being filed, and you get evidence on the telephone by video conference, and all sorts of people intervening, and it was interesting to hear George McIntosh's very senior experienced counsel. When I arrived there my jaw nearly hit the table because I've never seen a process like this, but when you take a deep breath and engage in the system, you see great merit in it. It goes quickly. Yes it may be unconventional for the courtroom lawyer, but you get as close to the result as you would get in court, which was a very interesting comment from a very seasoned practitioner and my observation has been that. Time limits are much shorter. You need to move more quickly because of the exigencies all around and I find in general, sports arbitration and sports dispute resolution is doing quite well and has come a long way. That said, I've been involved in a number of very difficult doping cases lately and some of the challenges faced by the athletes, counsel, all involved and particularly the adjudicator, are quite remarkable. You know when you get down to the science of gas chromatography to determine whether or not...

STEPHEN DRYMER: You're talking Richard's language.

HENRI ALVAREZ: Exactly. Whether or not testosterone was present in the specimens and the very demanding knowledge it takes to follow the arguments. Well first of all, to present them and then to follow them, and then to make a finding on the basis of the code and what other institutional rules might apply is very challenging. And one of the things I've noticed is there's been a lot of work and effort gone into drafting some of these codes, but the complexity of the disputes coming out now and that have to be addressed I think, is putting the focus back on drafting more guidance and clarifying a lot of the rules that apply because I think we're getting rapidly to the point where adjudicators are not scientists, and it's very difficult for them to make the call on, for example, what the standard of deviation can be in readings between samples or in highly complex results on testing on any number of samples. So there are a lot of challenges. My view of it is that sports arbitration is doing a pretty good job despite the challenges.

RICHARD: Yeah and I think you're right to focus on the Olympic dispute resolution system because it is quite unique and quite challenging but it's produced some very good decisions and results, and of course they've got to be done in a very timely fashion, and so the procedure has to be expedited and efficient to get that all accomplished in the timeframe they need. And your other point, and I think increasingly I noticed this too, is the complexity of the cases and the difficulty of the decision making process is increasing all the time. They are getting more technical, more complex. Harder to decide and our Rules do need more definition within the process, because it is maturing very quickly.

I think on that note we should close our discussions. We've gone a little bit overtime, but I want to thank each one of you on behalf of the ADR Institute of Canada. Thank you very much for participating in this, and I want to thank Nick Slinko who was listening silently, for helping me to put together the questions that formed the basis of our discussion.

Bye everyone.

Advertise in the Canadian Arbitration and Mediation Journal

Ask for a rate card: janet@adrcanada.ca

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

Table ronde sur le processus de règlement extrajudiciaire PRD (Prévention et règlement des différends) dans le domaine sportif

Ont participé à cette table ronde : Richard McLaren (Innovative Dispute Resolution Ltd.), Henri Alvarez (Fasken Martineau DuMoulin LLP), Stephen Drymer (Norton Rose OR S.E.N.C.R.L., s.r.l. / LLP), Ian Pulver (Pulver Sports), Jim Smellie (Gowlings)

Nous avons demandé à quatre professionnels expérimentés en matière de PRD dans le domaine du sport de nous faire part de leurs points de vue sur les nouvelles avancées dans ce domaine passionnant. Nous vous invitons à écouter leurs propos.

RICHARD MCLAREN : Pour commencer, j'aimerais demander à chacun de prendre deux ou trois minutes pour nous décrire en quoi il est particulièrement concerné par les modes de prévention et règlement des différends dans le sport. Voulez-vous commencer, Stephen?

STEPHEN DRYMER : D'accord. J'aimerais tout d'abord remercier Richard. C'est un grand plaisir pour moi de participer à cette table ronde. J'ai étudié en sciences politiques et en droit. J'ai également travaillé comme courtier en placements pendant les deux années qui ont suivi mon cégep, avant d'entrer à la faculté de droit. Donc, rien qui soit lié de près ou de loin au sport. Mes études en droit n'avaient rien à voir avec les modes de PRD non plus. J'ai eu mon premier contact avec les modes de PRD, et avec les modes de PRD dans le sport en particulier, lorsque j'ai commencé à travailler comme avocat plaidant chez Ogilvy Renault. Je m'occupais principalement des litiges commerciaux. J'ai donc eu la chance de jouer un rôle en arbitrage commercial assez tôt dans ma carrière et c'est ce qui m'a ouvert la porte, je pense, aux modes de prévention et règlement des différends en général. Petit à petit, j'ai été amené à m'impliquer beaucoup plus dans la médiation, la conciliation et autres formes de résolution de conflits.

C'est donc presque par hasard, mais quel heureux hasard, que j'ai découvert l'existence des modes de PRD dans le sport. Comme vous le savez, Richard, j'étais un tout jeune avocat à l'époque. Je travaillais sur un certain nombre de dossiers avec un collègue, Yves Fortier. Cela remonte, il me semble, à une douzaine d'années. Un jour, quelqu'un a appelé Yves - peut-être était-ce même vous - pour lui demander d'agir comme arbitre dans un arbitrage sportif : un dossier concernant la sélection des athlètes de l'équipe olympique canadienne. Si Yves était à côté de moi en ce moment, je suis certain qu'il hocherait la tête pour confirmer la véracité du fait suivant : sitôt qu'il a raccroché le téléphone, il m'a appelé pour me demander si j'avais la moindre idée de ce qu'était l'arbitrage dans le domaine du sport. J'ai fait des recherches et j'ai commencé à m'instruire sur le sujet en même temps qu'Yves qui, comme vous le savez, est aujourd'hui une sommité en matière d'arbitrage sportif au Canada. Voilà comment je me suis initié à ce domaine. Quelques années plus tard, après avoir été invité à travailler avec vous, Richard, j'ai joué un rôle mineur dans l'élaboration du premier code de procédure en matière d'arbitrage sportif au Canada, le code « ADR Sport RED » (aujourd'hui le *Code canadien de règlement des différends sportifs*). Puis un jour, j'ai commencé à travailler comme arbitre au sein de ce système. Actuellement, je travaille aussi comme conseiller auprès de l'Agence mondiale antidopage. Pas au Canada, mais sur la scène internationale.

RICHARD : Très intéressant. Merci Stephen. Poursuivons maintenant notre tour de table par ordre alphabétique. Ian Pulver.

IAN PULVER : Oui. Bon après-midi à tous. Merci de m'avoir invité à participer à cette table ronde. J'ai étudié en droit à l'Université la Colombie-Britannique, de 1987 à 1990. Après mes études, j'ai fait un stage à Toronto, où j'ai passé le plus clair de mon temps auprès de l'Association des joueurs de la Ligue nationale de hockey (AJLNH). Fraîchement sorti de la Faculté de droit, j'ai travaillé 15 ans comme conseiller à l'Association des joueurs de la LNH. On peut donc dire que j'ai été plongé dans le bain très tôt. Le syndicat venait de désigner un nouveau directeur administratif et, lors de notre première rencontre, nous nous étions penchés sur l'étude des mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends (mode PRD) et sur ce que l'on appelait alors la convention collective entre la LNH et l'AJLNH. À l'époque, les mécanismes de PRD étaient tout ce qu'il y a de plus préhistorique. En fait, ils n'avaient rien à voir avec quelque mode de prévention et règlement des différends que ce soit. Le président de la ligue était à la fois juge, jury et arbitre. Ma première initiative, je me souviens, avait été d'étudier les procédures de PRD utilisées en football, en baseball et en basketball afin de les comparer au système utilisé par la Ligue nationale de hockey.

J'ai obtenu mon diplôme et j'ai été appelé au Barreau en février 1992. Quelques mois plus tard, en avril, les joueurs de la LNH ont déclenché une grève à l'issue de laquelle ont été négociés les premières véritables formes d'arbitrage salarial et les premiers vrais systèmes d'arbitrage non intéressé des griefs. J'ai donc participé à la négociation de nouveaux systèmes qui, jusqu'à ce que je quitte ce poste et par la suite, n'ont jamais cessé d'évoluer. J'ai participé très activement, pendant quinze ans, à l'arbitrage salarial et l'arbitrage en matière de fiducie. J'ai élaboré un programme du côté des joueurs, en me plaçant de leur point de vue et de celui du syndicat. En fait, mon rôle était d'agir comme témoin expert pour le syndicat dans tous les dossiers d'arbitrage de différends qui se sont présentés au cours de mon mandat. Ainsi, je travaillais aux côtés d'avocats plaidants, mais c'est en tant que témoin expert en résolution extrajudiciaire des différends que l'on faisait appel à moi à cette époque. Je suis maintenant agent des joueurs. Mes activités en matière de PRD sont réduites par rapport à ce qu'elles étaient, mais je n'en suis jamais très loin.

D'abord parce que mon expérience passée m'amène à y participer à distance, ensuite parce qu'étant toujours actif au sein de l'industrie, je garde un intérêt soutenu envers le bon fonctionnement des programmes.

RICHARD : Puisque vous représentez uniquement des joueurs de hockey, vous devez prendre des décisions stratégiques quant à l'occasion d'aller en arbitrage salarial. C'est bien cela ?

IAN PULVER : C'est exact. Comme certains des joueurs que je représente auront ce droit, je suis continuellement appelé à intervenir.

RICHARD : Oui.

IAN PULVER : Il y a aussi les règlements relatifs aux agents sportifs. Il m'arrive aussi d'y intervenir en tant qu'avocat plaidant, par le biais du système de résolution des conflits d'honoraires.

RICHARD : Bien. D'accord. Super. J'aimerais maintenant passer à Jim et lui demander de nous raconter son cheminement de carrière. Jim.

JIM SMELLIE : Bien sûr, Richard. Je vous remercie. Merci également de m'avoir donné l'occasion de participer à cette table ronde. J'ai suivi le même parcours que Stephen. Sciences politiques à l'Université Western Ontario, droit à l'Université de Windsor. Je ne vous dirai pas il y a combien de temps de cela ! À l'époque, le concept même de règlement extrajudiciaire des différends n'existait pas. Je n'étais donc nullement concerné par celui-ci, pas plus que par le droit du sport. À la Faculté de droit, grâce à Edward Ratushny, j'ai développé un intérêt pour le droit administratif, lequel allait avoir une grande pertinence pour mon engagement subséquent dans le domaine du sport.

J'ai fait mes débuts comme avocat plaidant, mais les travaux liés à la réglementation, - réglementation ferroviaire, de la qualité de l'air et de l'énergie - ont vite commencé à occuper beaucoup de place dans mon travail. Ces activités ont donné lieu à quelques travaux d'arbitrage, mais mon engagement dans le domaine du sport, juridiquement parlant, est entièrement attribuable au fait que je connaissais un type qui lui, connaissait quelqu'un qui connaissait Pat Kelly, patineur de vitesse et fils de Red Kelly. En 1995, Pat Kelly a eu des démêlés avec l'association sportive qui s'appelait alors l'Association canadienne de patinage de vitesse amateur (ACPVA) à propos des critères de sélection de l'équipe nationale. Tous deux, nous avons un peu parlé de ce que nous pourrions faire et je lui ai demandé s'il y avait une façon de contester ces décisions. À l'époque, il n'existait aucune politique en matière d'appel, mais il y avait des ententes d'athlètes en place. Nous avons donc intenté une poursuite contre l'ACPVA et nous avons gagné.

Ann Peel, une des fondatrices de ce qui est aujourd'hui Athlètes CAN, a eu vent de la décision et m'a demandé si j'étais intéressé à en connaître davantage sur un certain programme appelé la Solution Sport qui, à l'époque, en était à ses premières armes avec Richard. J'ai établi des liens avec les responsables de la Solution Sport, qui me confient les dossiers trop complexes pour les étudiants en droit qui y travaillent. Je ne me souviens plus pourquoi, mais il existe à cet égard une sorte d'entente tacite voulant que je fasse ce travail gratuitement. Je reviendrai sur ce point un peu plus tard. Je dirais que mon rôle n'est pas celui d'un médiateur, d'un arbitre ou d'un facilitateur. J'agis en tant que conseiller auprès d'athlètes canadiens de haut niveau en ce qui touche les problèmes liés à la sélection, à la discipline, au marketing et aux finances. Il m'arrive de temps à autre de travailler sur des cas de dopage, mais je n'aime pas ce genre de dossier. Plus récemment, j'ai commencé à agir comme conseiller auprès d'organismes nationaux de sport (ONS) sur des questions de gouvernance. Au fil des ans, je suis intervenu dans peut-être vingt ou vingt-cinq disciplines différentes. Mais essentiellement, je m'occupe de recours internes et, comme l'a mentionné Stephen, du Centre de règlement des différends sportifs du Canada (CRDSC). Voilà, je pense que j'ai fait le tour du sujet en ce qui me concerne, Richard.

RICHARD : Bien. Pour résumer, vous êtes trois jusqu'à maintenant - mon tour viendra bientôt - à avoir déjà participé au système de règlement des différends sportifs à titre d'avocats plaidants. Stephen a également fait un peu d'arbitrage et de médiation. En fait, Stephen a fait passablement de travail de médiation en sport. Ian utilise actuellement différents systèmes de règlement de différends et Jim, vous agissez principalement à titre d'avocat plaidant et utilisez divers systèmes de règlement de différends.

Aux fins de l'enregistrement seulement, je suis professeur de droit. En ce qui concerne le monde du sport, j'agis uniquement en tant qu'avocat neutre. Je fais donc de l'arbitrage et de la médiation. Mon expérience en matière de règlement de différends remonte aux années 1980. J'ai écrit un livre sur le sujet au début des années 1990. J'ai fait mes premières armes en tant que membre du groupe d'arbitrage de la Ligue nationale de hockey. À vrai dire, j'ai rencontré l'Association des joueurs de la Ligue nationale de hockey, puis j'ai fait la connaissance d'Ian Pulver vers 1993 et j'ai travaillé comme arbitre dans ces instances jusqu'en 2000. Je continue, encore aujourd'hui, d'agir comme agent des joueurs de l'AJLNH, ce modèle dont Ian a parlé et qui sert essentiellement à régler, entre agents et joueurs, les différends sur des questions monétaires.

Pour ma part, c'est dans le cadre de la Cour d'arbitrage du sport à laquelle j'ai été élu en 1994 que j'ai principalement agi comme arbitre dans le règlement de différends. Ce rôle m'a amené à être arbitre aux Jeux olympiques. Ma première expérience à cet égard a coïncidé avec la première participation olympique de hockeyeurs professionnels de la LNH, à Nagano, au Japon. J'ai assisté à des Jeux d'été et à des Jeux d'hiver. Cinq fois au total. Ma dernière expérience remonte aux Jeux d'été de Beijing, en 2008.

Au Canada, c'est avec Jim Smellie, à la Faculté de droit de l'Université Western Ontario, que mon travail dans le domaine a vraiment pris son envol, après qu'Ann Peel m'ait dit un jour : « Nous avons besoin d'aide juridique pour le règlement des différends ». Ensemble, elle et moi avons tenu des séances de remue-méninges qui ont abouti à la création du programme que

nous avons appelé la Solution Sport, administré par la Faculté de droit de l'Université Western Ontario. En gros, les étudiants en droit aident les athlètes à devenir de meilleurs défenseurs de leurs propres cas. Il est vrai que le programme a passablement évolué depuis, tout comme les étudiants qui y sont inscrits. Dans certains cas, ils exercent des activités de représentation juridique. Il convient aussi de mentionner Athlètes CAN, une organisation fondée par des sportifs dans le but de soutenir le sport au Canada. Athlètes CAN s'est révélée d'une grande efficacité pour les athlètes qui la financent et font souvent appel à elle. L'organisation a servi de tremplin aux discussions que j'ai eues avec le secrétaire d'État au Sport amateur de l'époque, Denis Coderre et à la suite desquelles ce dernier a formé un groupe d'intervenants dont j'étais l'héritier. Ensemble, nous avons mis sur pied un programme que nous avons appelé ADR Sport RED, un programme national indépendant consacré au règlement extrajudiciaire des différends sportifs. À l'origine, les questions liées à la lutte antidopage ne faisaient aucunement partie de ce travail. Comme l'a mentionné Stephen Drymer, qui minimise l'importance de sa contribution et du rôle clé qu'il a joué dans l'élaboration des règles de procédure en matière d'arbitrage dans le cadre du programme ADR Sport RED, ces règles sont encore celles sur lesquelles se fonde le CRDSC, le Centre de règlement des différends sportifs du Canada. Certes, des modifications ont été apportées, mais le code de base élaboré par Stephen et moi est encore couramment utilisé.

D'autre part, ma participation à la Solution Sport m'a sporadiquement mis en contact avec Jim Smellie. En effet, lorsque certains dossiers me semblaient trop complexes pour les étudiants en droit de la Solution Sport, Jim venait toujours à la rescousse, prenait les choses en main et nous aidait à les mener à terme. Sa contribution a été déterminante dans le succès de l'organisation. Mon travail dans le domaine du sport n'a jamais cessé de croître jusqu'à ce jour. J'interviens dans de nombreux différends sportifs internationaux très médiatisés, dans le cadre de la Cour d'arbitrage du sport. On m'a également désigné arbitre en tennis et en golf professionnel : le golf en Europe, le tournoi PGA ainsi que le cricket international. Cette année, je viens tout juste d'être nommé arbitre dans les affaires anti-dopage pour la Ligue canadienne de football et l'Association des joueurs de la Ligue canadienne de football. Je suis donc engagé dans le règlement de différends au sein de diverses organisations sportives, principalement en arbitrage. Bien. Voilà qui résume le cheminement de chacun d'entre nous.

Passons maintenant aux conseils que nous pourrions donner aujourd'hui quant aux moyens d'entrer sur la scène du règlement des différends, en particulier des différends sportifs. Si je me fie aux témoignages de chacun, il me semble qu'Ian est celui dont la démarche a été la plus planifiée. Il est le seul à avoir mis en place une stratégie pour en arriver là où il se trouve. Pour Stephen, Jim et moi, notre situation est davantage le fruit d'un concours de circonstances et de l'évolution naturelle des choses que d'un objectif planifié. C'est pourquoi je demanderais à Ian de nous parler de sa stratégie et de sa mise en œuvre. Que recommanderiez-vous à ceux que le règlement de différends sportifs intéresse et qui souhaitent s'y engager pour de bon?

IAN PULVER : J'essaierai d'être aussi bref que possible. C'est une question qui revient depuis longtemps. Pour y répondre, je dirais que les étudiants ou les avocats en début de carrière doivent chercher à se différencier, et cela, dès les premières étapes du processus. Se démarquer du groupe et chercher à connaître ce qui les intéresse vraiment. Si la réponse est les modes de PRD dans le domaine du sport, ils doivent alors formuler un plan vendable. J'encourage les étudiants ou les jeunes avocats à penser hors des sentiers battus et à mettre en œuvre un projet qu'ils sont en mesure de livrer, que ce soit à titre d'avocat ou d'arbitre, auprès d'une société syndicale ou d'un cabinet de gestion collective, d'un syndicat comme celui de l'Association des joueurs de la LNH ou encore de la direction de la Ligue nationale de hockey. L'essentiel est de venir à la table de négociation avec quelque chose de différent. Une autre possibilité serait de se mettre à étudier des cas d'arbitrage réels. Ces dossiers sont aujourd'hui facilement accessibles par Internet. Avant de présenter son curriculum vitae et de dire « engagez-moi », il importe d'être expert dans un domaine, d'avoir quelque chose à livrer. Amenez-vous à la porte avec quelque chose à présenter.

J'ai passé ma troisième année à la Faculté de droit de l'Université de Colombie-Britannique à rédiger un article sur la Ligue nationale de hockey et à négocier la dynamique de la convention collective de l'Association des joueurs de la Ligue nationale de hockey, qui était un peu différente à l'époque. Vous connaissez les notions de légalité des questions de droit ou celles relatives au dépistage des drogues, tout le monde écrit là-dessus. C'est pourquoi j'ai choisi de ne pas le faire. J'ai opté pour un sujet différent, un sujet qui à l'époque était novateur et revigorant. J'encourage les étudiants ou les avocats à publier un blogue ou à écrire des articles sur les modes de PRD tel qu'ils le conçoivent, sur ce qu'ils peuvent apporter à la table, sur la façon différente dont le PRD dans le sport a évolué ou encore sur les besoins des athlètes ou de la direction.

Lorsque j'ai rédigé cet article, je l'ai envoyé à la Ligue nationale de hockey, à l'Association des joueurs de la Ligue nationale de hockey et à 21 équipes de la LNH. Par la suite, j'ai essayé de rencontrer le plus de gens possible lors de la séance de sélection de la LNH en 1990 à Vancouver, et c'est là que j'ai rencontré mon patron, Bob Goodenow, qui venait d'être embauché en remplacement d'Alan Eagleson. Je lui ai présenté quelque chose qui lui a plu. Je ne me suis pas simplement contenté d'aller le voir, lui serrer la main et lui dire « J'aimerais travailler pour vous. » Puis, de fil en aiguille, les choses se sont mises en place. Bref, voici le conseil que j'aimerais donner à tous ceux qui aspirent à devenir expert en règlement extrajudiciaire des différends : venez à la table de négociation avec quelque chose de différent.

RICHARD : Bref, se distinguer des autres le plus possible et poursuivre cette stratégie de différenciation. Dans votre cas, cela a commencé par la rédaction d'un article et sa diffusion à tous les membres de la Ligue, à la direction et au syndicat.

IAN PULVER : Exactement. L'essentiel est de faire une percée dans un domaine. J'espère que j'ai répondu à la question.

RICHARD : Bien. Merci beaucoup, Ian. À qui le tour? Jim?

JIM SMELLIE : Avec plaisir.

RICHARD : Quel conseil donneriez-vous à un jeune avocat intéressé par les modes de prévention et règlement des différends, dans le domaine du sport en particulier? Comment faire pour y accéder? Comment y pénétrer?

JIM SMELLIE : Je dirais que tout se joue longtemps à l'avance, Richard. Il faut dire que, comparativement aux années où les vieux dinosaures comme moi fréquentaient la faculté de droit, les étudiants d'aujourd'hui subissent énormément de pressions les incitant à choisir leur domaine et décider de leur orientation très tôt, beaucoup trop tôt. Cependant, il me semble que de nos jours, les étudiants en droit et les jeunes avocats bénéficient d'un avantage que nous n'avions pas : l'incommensurable quantité de ressources à leur disposition. Les ONS sont beaucoup plus répandues et jouent un rôle beaucoup plus important. Le rôle de Sport Canada est beaucoup plus vaste. Certains cabinets ont vraiment besoin de plus d'un avocat pour s'occuper de ce genre de dossier. Pendant ses études, l'étudiant pourrait, par exemple, nouer des liens avec l'un de ces cabinets pour y occuper un travail d'été. Il pourrait également chercher à faire un stage dans une organisation sportive ou un cabinet spécialisé en droit et en PRD dans le domaine sportif.

La suggestion d'Ian me plaît beaucoup : si un sujet vous interpelle, écrivez un article. Apparemment, il suffit de le distribuer un peu partout pour devenir un second Ian Pulver! N'est-ce pas formidable? Ian a tout à fait raison, se démarquer des autres est un élément très important. Le CRDSC, qui gère actuellement le programme ADR-Sport-RED, est une organisation extrêmement importante. Ses nombreux intervenants sont en mesure de vous orienter dans des directions encore impossibles à envisager vingt ans auparavant.

La faculté de droit - dans la mesure où l'étudiant sait ce qu'il fait en s'y inscrivant - offre des cours en défense des droits, en droit du travail et en droit administratif. Ces branches du droit ont toutes une pertinence pour le droit sportif dans le contexte des modes de PRD. Si je ne m'abuse, il s'agit de cours auxquels l'étudiant peut choisir d'assister. Je pense que c'est à peu près tout ce que j'avais à dire sur le sujet, Richard.

RICHARD : Bien. Merci, Jim. Vous avez raison, le monde du sport canadien a connu un développement et une évolution considérables depuis mes débuts à la Ligue nationale de hockey. En 1993, le CRDSC n'existait pas. Sur le plan international, le Tribunal arbitral du sport en était à ses balbutiements. Il a beaucoup évolué depuis, et les moyens d'y accéder sont multiples. J'en parlerai plus à fond lorsque je parlerai de mes suggestions. Pour le moment, j'ai une question pour Stephen. Stephen, que conseilleriez-vous aux étudiants en droit ou aux jeunes avocats intéressés à s'investir dans le règlement des différends sportifs?

STEPHEN DRYMER : Merci, Richard. Je ne peux que faire écho aux commentaires déjà entendus. Je ne sais pas quel aurait été mon cheminement si j'avais, plus tôt dans ma carrière, été aussi conscient qu'Ian l'a été. J'envie cette qualité. Mais je crois que Jim a raison et que ce n'est pas de cette façon que la plupart des étudiants en droit fonctionnent. Ce dont je peux vous parler, rétrospectivement et en me fondant sur ma propre expérience, c'est de certains outils qui m'ont réellement aidé dans cet aspect précis de ma pratique du droit, et que je souhaiterais avoir eu la chance d'acquérir plus tôt. Je partage entièrement le point de vue de Jim à savoir que tout ce qui touche à la défense des droits et au mode PRD, dans la mesure où ces disciplines peuvent être étudiées ou mises en pratique à la faculté de droit ou à un stade précoce de la carrière, il vaut la peine que l'on s'y attarde. J'encourage fortement les étudiants que le domaine intéresse à en apprendre le plus possible sur l'arbitrage et les modes de PRD avant de se lancer dans la réalité de la pratique. Je pense à tout ce qui a trait aux modèles de négociation ou de médiation fondés sur l'intérêt mutuel ainsi qu'aux modes de prévention et règlement des différends.

J'ai étudié à la Faculté de droit de l'Université McGill qui, pendant plusieurs années avait la réputation d'être trop théorique et pas assez pratique, mais je ne me souviens pas y avoir déjà entendu parler de quelque théorie que ce soit sur le règlement extrajudiciaire des différends. Peut-être n'ai-je tout simplement pas porté suffisamment attention. Mes connaissances et mes compétences, je les ai acquises avec le temps et je suis très content de l'avoir fait. Oui, il est possible d'apprendre chemin faisant, mais j'aurais bien aimé en connaître davantage sur l'arbitrage et la médiation avant de mettre la main à la pâte. Je ne le répéterai jamais assez : tout ce qui touche à la théorie et à la pratique de la négociation ou du règlement de différends fondés sur l'intérêt mutuel est particulièrement précieux. Je sais par expérience qu'il n'existe parfois aucune autre possibilité qu'une solution à somme nulle, mais je sais aussi que dans la plupart des conflits, tel n'est pas vraiment le cas. Et l'avocat qui a la capacité d'orienter son client sur l'anticipation de solutions autres qu'un jeu à somme nulle peut aller très loin.

RICHARD : Bien, parfait. Merci, Stephen. En tant que professeur de droit, je remarque que chacun d'entre vous a souligné que les facultés de droit offrent maintenant des perspectives qui n'existaient pas à l'époque. Ce fait est incontestable. Le règlement de différends. La négociation. Stephen vient de mentionner la théorie de la négociation fondée sur l'intérêt mutuel. Il existe des occasions de participer concrètement à des simulations des processus applicables à l'arbitrage du travail dispensées par l'Université de Western Ontario, dans le cadre de compétitions entre facultés de droit. Les facultés de droit offrent aujourd'hui un vaste éventail de cours dans une foule de domaines différents. Certains de ces cours ne faisaient pas partie des cursus cinq ans auparavant, encore moins dix ans auparavant.

Et dans la mesure où vous pouvez acquérir certains concepts généraux sur le fonctionnement du sport dans le contexte du règlement des différends, la faculté de droit est

là pour vous permettre de vous perfectionner. Bien sûr, certains n'iront dans ce domaine qu'une fois leur droit terminé, et le meilleur conseil que je peux vous donner, c'est d'exceller comme avocat dans votre domaine actuel et, à partir de là, saisir l'occasion lorsqu'elle se présente. En sport, les choses ne fonctionnent pas vraiment différemment. Elles ne sont, en grande partie, que la particularisation de certains aspects propres à d'autres sphères du droit. Par exemple, dans le cas de la Ligue nationale de hockey, la principale relation entre la LNH et l'Association des joueurs est leur convention collective qui elle, relève du droit du travail. Et lorsque vous avez affaire à un organisme national de sport et à ses membres, vous êtes dans le droit contractuel. En possédant une connaissance préalable étendue du droit, vous êtes prêt à saisir l'occasion lorsqu'elle se présente, par exemple, un collègue de votre cabinet travaille sur un dossier sportif, etc. Je pense qu'il ne faut jamais perdre de vue la stratégie proposée par Ian : distinguez-vous! Ian a parlé de rédaction d'articles, mais de nos jours, les blogues, de même qu'une foule de nouveaux médias sociaux, sont autant de moyens pour vous aider à vous différencier. Voilà mon point de vue en tant que professeur.

STEPHEN DRYMER : Richard, j'aimerais ajouter un point, très brièvement. Je suis entièrement d'accord avec ce que vous avez dit sur l'importance d'être avant tout un bon avocat. En disant cela, je ne cherche aucunement à critiquer ceux qui ont commencé leur carrière en se disant que leur but était de travailler dans le sport. Mais les compétences qui se sont avérées les plus fructueuses pour parvenir au but, non seulement dans mon cas, mais aussi dans celui de ceux que je vois défiler dans le cadre de mon travail d'arbitre, ce sont les compétences d'avocat. Il y a ceux qui ont acquis des connaissances approfondies sur le sport dont ils parlent et sur le sport en général; mais il y a plus. Et cela réside surtout dans le fait d'être un bon avocat avant tout; ce qui signifie, en fin de compte : savoir faire preuve d'une extrême souplesse et avoir la capacité de réagir aux desiderata et aux besoins de chaque cas précis ainsi qu'à ceux des décideurs, juges ou arbitres.

JIM SMELLIE : J'appuie ce que vous avancez, Richard. C'est moi, Jim. De mon point de vue de conseiller auprès d'athlètes amateurs de haut niveau, je dirais que les termes les plus couramment utilisés dans les politiques d'appel d'un ONS, en raison des exigences de Sport Canada qui finance ces organismes, sont les termes « conformes aux règles d'équité et de justice naturelle. »

STEPHEN DRYMER : Absolument.

JIM SMELLIE : Or, à défaut de bien connaître ces concepts, vous assumerez beaucoup moins efficacement votre rôle d'avocat en PRD dans le domaine du sport, du moins dans les cas où ces principes guident le processus de règlement des différends. J'ai passé, je ne sais trop, au moins dix ans à essayer de comprendre la signification de ces concepts et cela, bien avant d'entendre parler de PRD dans le domaine du sport.

STEPHEN DRYMER : Avez-vous fini par les comprendre?

JIM SMELLIE : Non. (Rires).

RICHARD : Il s'agit d'un processus en constante évolution. Plaçons-nous maintenant du point de vue de l'athlète et essayons de percevoir les modes de PRD à travers les yeux du demandeur qui, en général, est l'athlète. Vous avez tous déjà eu l'occasion d'observer les personnes présentes à une audience d'arbitrage ou à une séance de médiation. Si nous commencions par Jim. Pendant un certain temps, vous avez représenté des athlètes, à titre bénévole.

JIM SMELLIE : En effet.

RICHARD : Sur quelles considérations fondez-vous votre choix d'aller directement en arbitrage ou d'essayer la médiation d'abord, et comment les athlètes réagissent-ils lorsque vous commencez à donner des conseils par rapport aux craintes, aux inquiétudes et aux attentes qu'ils nourrissent à l'égard de l'aboutissement du processus? De quelle manière gérez-vous tous ces aspects?

JIM SMELLIE : Premièrement, les processus sont beaucoup plus accessibles qu'ils ne l'étaient il y 10 ans à peine.

RICHARD : En gros, l'idée consistait à se doter d'un système selon lequel la décision rendue forcerait les organismes nationaux de sport à sortir des réseaux de copinage à faire fonctionner le système conformément aux principes d'équité et de justice naturelle dont nous venons de parler, de façon à garantir un processus décisionnel objectif et démocratique.

JIM SMELLIE : Dans l'ensemble, du moins dans les domaines dans lesquels j'interviens, le processus est relativement bien défini. À commencer par le processus d'appel interne, quelle que soit la nature du problème à ce moment, le CRDSC est à votre disposition. Dans le dernier dossier sur lequel j'ai travaillé, les règles d'équité ne s'appliquent pas forcément, car pendant que j'étais ailleurs à essayer d'obtenir un droit de recours interne, l'ONS ainsi qu'un athlète un peu mécontent d'une décision sur la nomination au statut d'athlète breveté ont convenu de s'adresser directement au CRDSC. De cet événement, il ressort clairement que les athlètes ont besoin de comprendre quels sont les modes de règlement possibles. Les ONS demandent, sinon exigent, des athlètes qu'ils signent une entente chaque année. Un tas d'athlètes signent ces ententes sans y réfléchir. Les athlètes ont tout intérêt à comprendre les processus, et grâce au CRDSC, ces derniers sont beaucoup mieux et plus largement expliqués, qu'il s'agisse des ententes d'athlètes ou de la simple description des modes de règlement disponibles, en général. Les groupes de soutien de défense des droits des athlètes, Athlètes CAN ou autre, font beaucoup mieux que par le passé en ce qui concerne l'explication de la nature et du fonctionnement des processus.

Laissez-moi vous raconter une anecdote. Cela remonte à quelque temps déjà, lors d'une réunion annuelle d'Athlètes CAN à laquelle je devais venir parler des droits et des recours des athlètes. Une réunion sur le marketing se tenait dans la salle adjacente. Il y avait moi et deux autres personnes dans ma salle de conférence, une centaine dans l'autre! Au moins, les choses se sont un peu améliorées depuis!

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

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

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

Appraisal Institute
of Canada

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

REAL VALUE EXPERTS

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

Les considérations qui entrent en jeu le temps venu de décider entre la médiation ou l'arbitrage sont étroitement liées à la nature du conflit. Si l'athlète qui n'a pas obtenu son brevet croit que les critères de brevet ont été mal interprétés, les chances de réussite de la médiation sont vraisemblablement très minces, pour ne pas dire inexistantes. Il en va de même pour les questions relatives à la sélection. Dans le cas d'un différend lié à la sélection et à l'octroi de brevet, je sais par expérience qu'un règlement en faveur de l'athlète mécontent se traduira nécessairement par le mécontentement de quelqu'un d'autre.

RICHARD : Oui.

JIM SMELLIE : Selon moi, les questions de discipline constituent un autre aspect et je n'ai pas beaucoup d'expérience en la matière. Je remarque que les émotions ou la réaction liée au moment ou à la circonstance peuvent être réexaminées dans un cadre de médiation où il serait possible de modifier une pénalité raisonnablement sévère. Des engagements peuvent être donnés et l'on peut avoir un résultat de médiation qui satisfait les deux parties. Mais je crois qu'il faut le déterminer en fonction de la nature du problème particulier.

RICHARD : Vous arrive-t-il parfois de considérer non seulement le recours aux tribunaux après l'utilisation des systèmes de résolution des litiges, mais également comme une solution de rechange à l'utilisation de ces derniers?

JIM SMELLIE : Exception faite de la cause que j'ai entreprise pour Pat Kelly et une autre à laquelle je songe, Richard, je me suis occupé d'environ 60 de ces causes au cours des quinze dernières années et je n'ai jamais eu recours aux tribunaux.

RICHARD : Et bien entendu cette affaire Kelly était antérieure à la disponibilité du CRDSC.

JIM SMELLIE : En fait, elle était antérieure à une politique des appels.

RICHARD : Oh, d'accord.

JIM SMELLIE : Elle n'a même pas nécessité un appel interne.

RICHARD : Ian, vous avez amené bon nombre de causes en arbitrage de différends. J'en ai entendu quelques-unes. J'ai assisté à votre présentation. Vous êtes dans un système très similaire à celui de Jim où la voie est le CRDSC; celle de la LNH ou de l'Association des joueurs est constituée de la liste des arbitres et de la convention collective entre les parties. Comment avez-vous préparé un athlète et aidé ce dernier à défendre sa cause dans le cadre du processus d'arbitrage salarial?

IAN PULVER : Eh bien, toutes les règles ou les règles et procédures sont négociées entre la LNH et l'Association des joueurs de la LNH et dans la convention collective. Donc, vous savez qu'au point de vue échéancier, tout est bien défini. Les lecteurs peuvent voir des aspects particuliers du processus de prévention et règlement des différends. Ceux de la politique et de la sociologie étaient considérables.

Il y avait une situation particulière où les employés voyaient leurs salaires déterminés par des arbitres impartiaux; les employés devaient alors se rendre dans une salle d'audience où le litige s'aggravait considérablement. À l'occasion d'une pause, on informerait le joueur ou client et celui-ci serait en mesure de connaître les avantages et inconvénients d'avoir une audience. Abstraitement, dans l'ensemble, on expliquait au client que s'il doit se rendre dans une salle d'audience, le processus est brisé et que le système de prévention et règlement des différends était conçu pour faciliter le règlement, ce qu'il a fait de belle façon à bien des reprises. L'histoire indique que les causes aboutissaient à un règlement. Il y a eu des années marquantes ou exceptionnelles selon les enjeux entre les parties à une échelle plus vaste.

Le paysage politique a une incidence sur la capacité des joueurs à obtenir un règlement avant le processus d'arbitrage, mais dans tous les cas, les joueurs étaient bien préparés, tout comme moi. D'après mon expérience, je peux également affirmer qu'il était possible de constater que la Ligue nationale de hockey et ses avocats accomplissaient un excellent travail de préparation de la direction et que le processus générait une grande émotion parce que l'athlète, son agent et la direction du club se connaissent bien. Au baseball et au hockey, il existe un intérêt pour l'arbitrage; donc les règles et procédures sont bien définies. L'heure des audiences, le lieu des audiences, tout est accompli efficacement et au même moment (dans la plupart des cas) à l'intérieur d'une période de sept à quatorze jours, puis le tout est réglé et les gens passent à autre chose.

RICHARD : Et les joueurs sont bien représentés.

IAN PULVER : Oui. Les joueurs sont très bien représentés, dans la plupart des cas, par l'entremise d'un avocat externe embauché par le syndicat. Et parfois par leurs agents ou des avocats qui sont également agents, mais il en existe peu.

RICHARD : À titre d'agent de joueur représentant maintenant des joueurs de la Ligue nationale de hockey, sur quoi basez-vous votre décision de recourir ou non au processus d'arbitrage des différends?

IAN PULVER : Vous devez être en mesure d'étudier ce qu'on appelle le marché et de comprendre comme il fonctionne. Vous devez aussi comprendre le contexte de la direction ou du club auquel vous avez affaire pour un joueur en particulier et finalement comprendre l'état d'esprit du joueur; vous prenez alors une décision éclairée fondée sur ce qu'il y a de mieux pour lui et qui est mesurée par rapport à l'effet de levier offert par différents mécanismes. Qu'il s'agisse de signer ce qu'on appelle une offre admissible ou d'aller jouer dans une autre ligue. Il faut donc tenir compte de tous ces éléments. On sait que si l'on a recours à l'arbitrage, d'une manière ou d'une autre, il y aura un règlement par le biais d'une négociation libre ou un arbitre déterminera le salaire à l'intérieur d'une période définie, ce qui clôt l'affaire pour l'athlète et lui permet de se préparer pour sa saison.

RICHARD : Vous avez fait un commentaire intéressant voulant que le joueur ait le choix maintenant d'aller dans une autre ligue, probablement en Russie ou en Eu-

rope. C'est un bon lien selon moi pour passer la parole à Stephen Drymer, car si je saisis bien votre pratique Stephen, vous ne pouvez pas vraiment représenter les athlètes parce que vous agissez à titre d'avocat pour le compte de la partie adverse dans bon nombre de ce type de procédures d'arbitrage.

STEPHEN DRYMER : C'est exact.

RICHARD : Pouvez-vous formuler des commentaires sur les échanges que vous avez avec ces groupes et les éléments dont vous tenez compte pour choisir un processus de PRD?

STEPHEN DRYMER : Comme vous le savez et peut-être d'autres personnes le savent, au Canada, si vous êtes une personne neutre au CRDSC, soit un médiateur, un arbitre ou un facilitateur, comme nous le sommes Richard et moi, on vous permet de représenter des parties, qu'il s'agisse d'athlètes ou autres, devant un tribunal du CRDSC. Et à l'échelle internationale, comme je crois l'avoir indiqué au début, je représente l'Agence mondiale antidopage (AMA). Bien qu'il soit vrai que dans un sens l'AMA représente « tous les athlètes », dans des cas particuliers, il arrive que nous nous trouvions du côté opposé de la table en face d'un ou deux athlètes désignés. Donc, non je ne représente pas les athlètes à ce niveau non plus. Pour cette raison, je pense que mes commentaires sont peut-être moins pertinents que ceux exprimés par Ian et Jim. Mais je vous dirai ce que j'ai vu et ce que j'ai perçu, du moins parmi les athlètes : Dans les processus de PRD dont nous discutons, bien que les athlètes professionnels soient bien représentés en général, et certainement au niveau international, ce n'est pas toujours le cas des athlètes amateurs à l'échelle nationale, à l'exception de ceux représentés par Jim Smellie. (rires)

JIM SMELLIE : Je suis ravi que vous ayez ajouté cette exception.

STEPHEN DRYMER : Il arrive souvent que ces athlètes ne soient pas représentés par un conseiller juridique ou s'ils le sont, il s'agit dans la plupart des cas d'une personne ayant une expérience relativement limitée en ce qui a trait aux modes de PRD dans le domaine du sport. Je crois que cela a radicalement modifié ou défini la façon dont les procédures PRD se déroulent. Je parle toujours du contexte amateur en particulier au Canada. Selon mes observations depuis l'avènement du processus PRD dans les sports au Canada, le scepticisme des athlètes à l'égard de ce dernier a beaucoup diminué. Je tiens à préciser à nouveau que j'observe le tout de l'extérieur. Je n'ai pas représenté d'athlètes et n'ai pas fait partie de l'organisation d'un athlète, mais je dirais qu'en général, au début, les ONS et les athlètes éprouvaient de l'incertitude et peut-être du scepticisme au sujet de la signification de ce nouveau processus PRD. Du point de vue des ONS au Canada, je crois qu'il y avait peut-être un certain ressentiment découlant du fait que les décisions prises auparavant à l'interne l'étaient maintenant à l'externe et qu'ils perdaient une part importante de leur pouvoir. En ce qui concerne les athlètes, je crois qu'ils ont manifesté une curiosité et un intérêt considérables au début, mais il y avait toujours de l'incertitude quant à savoir s'il s'agissait encore d'un autre processus administratif ou juridique qui nuit à ce qu'ils cherchent à faire, soit compétitionner ou s'entraîner.

Au fil du temps, cependant, j'ai vu les athlètes adhérer pleinement au processus. Je pense que, de manière générale, les athlètes et les organisations sportives qui ont recours au processus PRD – le processus CRDSC – seraient d'accord pour dire que l'accès à ce mode de règlement est facile. Je pense que les athlètes ont particulièrement recours à ce processus. Il comporte ses propres défis. Pour beaucoup d'athlètes, faire l'objet d'un litige est un processus qu'ils ne connaissent pas bien et ils n'ont pas conscience des répercussions que cela peut avoir ou quelles sont les attentes à leur égard. Les avocats, lorsqu'ils sont présents et expérimentés, jouent un rôle important. Mais comme je l'ai déjà dit, il n'y a pas toujours participation d'avocats expérimentés. Je sais que, parmi ceux d'entre nous qui agissent à titre d'avocat neutre, il y a des petites divergences de points de vue à cet égard. Mais à mon avis, c'est le rôle par excellence d'un avocat neutre, qu'il s'agisse d'un médiateur ou d'un arbitre, de faciliter la compréhension du processus par les athlètes, de les former d'une certaine manière à ce qui les attend et, tout en maintenant la neutralité, leur apporter un soutien.

La même chose s'applique également aux ONS. Au Canada, un grand nombre d'ONS sont dirigés par des personnes bien intentionnées et qui se dévouent corps et âme. Beaucoup d'entre eux sont bénévoles. Peu sont des professionnels. Pratiquement personne, parmi eux, n'est avocat (heureusement). Je respecte ce fait. Je respecte également le fait que les gens qui représentent ces organisations dans les différends sont souvent des membres de la famille et des amis des athlètes ou des passionnés du sport ou des cadres de l'organisation qui ne comprennent pas nécessairement les procédures juridiques, ou toute autre procédure, qui sont nécessaires au règlement de ces différends. Parfois, il arrive que l'ONS ait un grand niveau de compréhension du processus de règlement de différends, particulièrement les organisations qui ont fréquemment recours à ce processus. Mais souvent, ce n'est pas le cas. Je pense qu'il est important pour les ONS de pouvoir être formés lorsque ce processus est en cours. Je m'aperçois que je n'ai pas répondu à votre question (rires).

RICHARD : Elle concerne l'Europe.

JIM SMELLIE : Oui, elle concerne plus le côté international.

STEPHEN DRYMER : Oui. Permettez-moi de faire une comparaison entre les expériences que je vis au niveau domestique et international – au moins en ce qui concerne l'anti-dopage dans les cas portés devant le Tribunal Arbitral du Sport : c'est une toute autre affaire. Peu importe qu'il s'agisse d'une organisation ou d'un sport amateur ou professionnel, d'ici à ce que l'affaire soit devant le TAS, les athlètes et les organisations veillent à être bien représentés. Il existe également un excellent système de jurisprudence, d'une vaste étendue, incluant les décisions arbitrales du TAS, qui est désormais à la disposition des parties. Les expériences sont vraiment différentes, comme je l'ai dit. Mais cela ne va pas sans coûts.

Un des derniers points que je tiens à souligner et cela n'a rien à voir avec mon rôle au sein de l'AMA; cela est fondé sur mes simples observations : à l'échelle domestique, il peut arriver que l'ONS joue le premier rôle sur le plan des ressources, ce qui peut entraîner une certaine inégalité des moyens. Les ONS disposent au moins de budgets de fonctionnement, peut-être modestes, mais qui leur permettent d'engager un avocat. Il y a aussi les personnes qui dirigent l'organisation et qui peuvent consacrer du temps à la résolution de conflits. Parfois c'est le cas, parfois non.

Dans tout événement, au niveau international, les rôles sont souvent renversés. Des athlètes riches et qui connaissent le succès ont démontré, dans plusieurs cas, que s'ils le veulent vraiment ils peuvent mettre le système en déroute en se retirant du processus de résolution des conflits. En portant les cas devant les tribunaux. En contestant la juridiction ou les décisions du TAS. Je pourrais poursuivre. Comme je le dis, c'est très différent, bien plus différent. Je ne dirais pas que les enjeux sont plus importants, je ne pense pas. Mais ce sont des affaires qui se déroulent à des niveaux différents et d'une manière différente devant le TAS que dans le cadre des processus PRD au niveau domestique.

JIM SMELLIE : Richard, permettez-moi d'ajouter un point.

RICHARD : Bien sûr!

JIM SMELLIE : En fait, il s'agit de trois points. Le point que Stephen veut évoquer me tient à cœur. Un des problèmes que l'on rencontre en ce qui concerne le processus PRD dans le domaine sportif domestique ou le CRDSC, lorsque l'on parle de politique d'appel interne, c'est qu'il y a encore des inégalités ou des déséquilibres. Le processus doit être accessible, mais pour les athlètes avec lesquels je fais affaire, cela entraîne certaines contraintes. Cela signifie, au moins en première instance et probablement au CRDSC, avoir l'engagement au nom de l'ONS concerné de bénéficier d'un processus équitable et transparent. Mais ce n'est pas toujours le cas. Dans certains, cela est vrai, mais pas pour tous. Je dis cela bien moins fréquemment que j'ai l'habitude; mais la chose est claire pour moi ou l'est devenue très tôt en cours de procédure, lorsqu'un athlète qui souhaite avoir recours aux politiques d'appel interne, et maintenant au processus PRD, doit être préoccupé par la perspective de la justice vengeresse. C'est un fait très réel. Pas si vous êtes une vedette. Pas si vous êtes en fin de carrière. Mais si vous faites partie du gros du troupeau, vous devez vous préoccuper de ce point. C'est moins le cas aujourd'hui; mais c'est toujours dans la nature de plusieurs ONS, du moins selon mon expérience. L'autre élément important au sujet de l'accès, c'est-à-dire l'efficacité de l'accès, c'est l'argent.

RICHARD : Oui.

JIM SMELLIE : Je viens de terminer un dossier qui a commencé par un recours interne d'un ONS qui s'est ensuite adressé au CRDSC; le montant de mes honoraires avoisinait les 60 000 $. Pour l'athlète, l'accès efficace à la justice dépendait entièrement du fait que mon cabinet et moi-même avons fourni des services bénévoles. Mais je ne sais pas combien d'athlètes amateurs de haut niveau, dans ce pays, disposent de, disons 60 000 $, voir simplement de 6 000 $, pour obtenir des conseils d'avocats chevronnés qui savent ce qu'ils font et peuvent, avec efficacité, assurer l'accès à la justice. C'est un problème vraiment complexe. La situation ne s'est pas améliorée et je ne suis pas sûr que les choses vont aller mieux.

RICHARD : Bien sûr, l'accès à la justice est un problème dans notre société et le monde du sport est un microcosme.

JIM SMELLIE : Exactement.

RICHARD : Le même problème.

JIM SMELLIE : Exactement.

RICHARD : Et c'est un problème qu'il faut définitivement régler dans le domaine du sport.

HENRI ALVAREZ : Ici, Henri Alvarez à l'appareil.

STEPHEN DRYMER : Henri a droit aux prochaines trente minutes. (Rires).

HENRI ALVAREZ : Je suis désolé.

RICHARD : Henri, pouvez-vous brièvement nous résumer comment vous avez participé à la résolution de litiges et quels conseils donneriez-vous à ceux qui aimeraient s'investir dans ce créneau dans le domaine sportif.

HENRI ALVAREZ : Parfait. Je suis arrivé à l'arbitrage dans le domaine du sport après avoir traité beaucoup d'affaires en arbitrage commercial, à l'échelle domestique et internationale; c'est un domaine qui m'a toujours intéressé, d'abord du point de vue universitaire parce que j'enseigne l'arbitrage à l'Université de la Colombie-Britannique. J'ai remarqué que la structure de l'arbitrage dans le domaine sportif était quelque peu différente en ce qui a trait aux délais et à d'autres facteurs connexes. Donc, je m'y intéresse depuis de nombreuses années et j'œuvre dans ce domaine de manière active depuis les cinq ou six dernières années. J'ai traité plusieurs cas de dopage et j'ai eu la chance de participer aux rencontres d'hiver ici à Vancouver. Le conseil que je donnerais serait celui que l'on donne à tout jeune avocat qui désire se consacrer à l'arbitrage de manière générale. Vous devez comprendre les règles; vous devez vous faire connaître et manifester de l'intérêt pour ce domaine. Certains de mes anciens étudiants ont connu relativement rapidement le succès simplement en abordant l'arbitrage dans le domaine sportif, tout simplement de cette manière.

RICHARD : Qu'ont-ils fait de particulier?

HENRI ALVAREZ : Certains d'entre eux travaillent avec Joe Weiler ici, à l'Université de la Colombie-Britannique; il enseigne le droit de l'arbitrage dans le domaine sportif. Ils avaient manifesté de l'intérêt pour ce domaine et ont participé, de manière bénévole, à des dossiers et ont rédigé des articles. Des participations de ce genre, en fait.

RICHARD : Merci pour toutes ces précisions, Henri.

RICHARD : Parfait. Bon, je vais maintenant demander à chacun de vous de nous parler de cas auxquels vous participez, en abordant les divers aspects de la pratique en ce qui concerne la résolution des litiges dans le domaine sportif.

JIM SMELLIE : Parlons un peu de la LNH.

IAN PULVER : Pour être bien honnête, c'est très embrouillé. C'était une bataille après l'autre et il y avait beaucoup de conflits. Quand nous participions à des dossiers de la LNH, nous pensions qu'il n'y avait rien de plus important au monde. Mais on a pris du recul et su faire la part des choses. Il y avait beaucoup de conflits majeurs entre la Ligue nationale de hockey et l'Association des joueurs de la Ligue nationale de hockey. J'aimerais vous raconter une histoire qui remonte à 1992; les parties avaient alors négocié ce que l'on appelé le *Group Five Free Agency*, qui était proposé pour la première fois à la table de négociation. Il s'agissait d'un type de mise en disponibilité sans contrainte négociée entre les parties et qui n'était pas le produit d'un conflit comme le Prix Messersmith au baseball, qui avait débouché sur la mise en disponibilité des joueurs de baseball ou au litige. Nous avons négocié le statut de joueur en disponibilité pour le *Group Five*, ce qui permettait au joueur qui avait joué pendant dix ans dans la Ligue nationale de hockey et gagnait moins que le salaire moyen des joueurs de la LNH à l'époque, soit deux cent soixante et onze mille dollars, d'obtenir le statut de joueur en disponibilité à l'expiration de son contrat. Un point que les parties avaient oublié de régler, c'était comment calculer le salaire moyen à la LNH. Ce qui a constitué le premier cas d'arbitrage de contentieux qui a été porté devant Theodore St. Antoine à la University of Michigan. Cela a amené les deux parties à faire valoir leur cause; l'arbitre, le professeur St. Antoine, a revu sa propre méthodologie selon laquelle – vous savez – l'arbitre ne prend pas position pour l'une des parties. Il a énoncé une formule vraiment intéressante qui privilégie la position médiane. Il a démontré qu'il était plus astucieux que tous les avocats réunis autour de la table de négociation.

C'est ce genre de solutions que nous apportons. Nous avons eu à régler des conflits portant sur des contrats garantis ou des garanties en cas de préjudices et des audiences de contentieux portant sur la question de savoir si, pendant les périodes de lockout, les joueurs pouvaient recevoir les primes convenues au moment de la signature du contrat. Beaucoup de scénarios intéressants. Dans toutes ces affaires, à l'époque, les deux parties étaient intransigeantes et entièrement vouées à leur cause; c'était le milieu environnant dans lequel nous négocions et qui générait des conflits. Je ne pense pas que cela était profitable.

RICHARD : Oui. C'était des affaires importantes. Je pense que cela donne un point de vue intéressant en ce qui concerne le processus d'arbitrage des salaires et le contexte. Essentiellement, les précédents doivent être mis en place de sorte que le processus de prise de décision puisse se développer et que le processus d'arbitrage soit de plus en plus efficace lorsqu'il n'est pas possible de trouver des solutions à l'avance. Je reviens à Jim. Pouvez-vous nous détailler un fait actuel ou passé, dans le cadre de votre carrière, portant sur la résolution de conflits dans le domaine sportif.

JIM SMELLIE : Richard, le plus éloquent, je pense, c'est le privilège d'avoir pu rencontrer tant de jeunes voués à leur cause et à la personnalité captivante. Ces gens sont vraiment passionnants. Certains ont été littéralement happés par le système. Certains ont probablement fait quelques entorses à la vérité; mais je vais vous donner trois brefs exemples qui vont résumer mes expériences. Il y a plusieurs années, je suis allé à Fernie, en Colombie-Britannique, afin de trouver une solution en matière de financement pour une skieuse. Nous avons eu une réunion de médiation qui n'a pas donné de résultats. Nous avons suspendu la séance pour le repas. C'est alors que j'ai rencontré un commanditaire déjà engagé, et un nouveau qui devait être annoncé le lendemain par l'ONS. Officieusement, nous avons discuté de ce qui m'avait amené à Fernie et ce que j'y faisais. Rapidement, j'en suis arrivé à demander aux deux commanditaires s'ils savaient comment l'ONS dépensait les fonds qu'ils lui versaient. Nous sommes arrivés à ce que j'appellerais une solution mitigée, mais très efficace, à 3 heures du matin au problème de l'attribution adéquate des fonds aux athlètes. La personne dont je m'occupais du dossier avait pris sa retraite du ski acrobatique; il s'agissait de Jennifer Heil et cela se passait bien avant qu'elle ne connaisse le succès. Mais c'était un cas intéressant. Cela n'avait rien à voir avec le processus, ni avec les règles. Ce qui était intéressant, c'était son approche de travail, en quelque sorte un peu en marge.

Ensuite, le deuxième cas que j'ai mentionné plus tôt est passé par deux niveaux d'appel; voilà le point que je voulais souligner. Le différend portait sur le statut d'athlète breveté. Mon client, ancien membre d'une de nos équipes nationales et bien connu, essayait d'aller à Londres. Il n'était pas mis en nomination pour 2011 et a porté en appel les nominations de l'ONS, ce qui représentait des risques pour un ou plusieurs de ces athlètes. Il a gagné l'appel interne. L'athlète initialement mis en nomination s'est adressé au CDRSC, mais sa demande d'appel a été rejetée. Mon client, et à son crédit, l'ONS ont réglé la question de certains frais. Ce qui est vraiment intéressant, dans cette affaire, est que mon client n'a pas encaissé le montant des frais payé par l'ONS, mais l'a fait verser au jeune athlète dont la nomination au statut d'athlète breveté avait été mise de côté.

RICHARD : Je pense que je connais l'affaire à laquelle vous faites référence, Jim.

JIM SMELLIE : Oui. Si j'en fais mention, c'est uniquement dans le but de confirmer que ce genre de choses peut se produire, et se produit, dans les cas que je traite. Quelque part dans nos documents, on pose la question : les modes de PRD dans le sport sont-ils plus divertissants que dans les autres domaines? Je ne peux pas me prononcer sur les autres types de PRD, mais je sais que les PRD dans le domaine du sport sont beaucoup plus amusants que ce que je fais pour vivre. (Rires). Pour terminer, laissez-moi vous raconter une autre anecdote. Je suis en train de regarder à l'ordinateur une politique d'appel interne concernant un ONS bien connu et auquel j'ai

été invité à fournir des conseils. En vertu de sa politique, son comité d'appel est composé de trois membres dont l'un est sélectionné par l'athlète, l'autre par l'ONS et le troisième, conjointement par l'athlète et l'ONS. En cas de désaccord, c'est le Centre canadien pour l'éthique dans le sport qui sélectionne le troisième membre. Jusqu'ici, tout va bien. Mais en 2011, cette politique d'appel stipule que le comité comprendra un quatrième membre, soit un membre du conseil de l'ONS, qui préside l'appel et dont la voix est prépondérante en cas d'égalité des voix. Mais... expliquez-moi comment il pourrait y avoir égalité des voix entre trois personnes! Sur certains aspects, nous avons fait beaucoup de chemin. Sur certains autres, beaucoup moins. Mais ma passion, ma motivation, ce sont les jeunes, les athlètes. Ils me procurent une grande satisfaction.

RICHARD : Mais ce sont vos clients qui vous permettent d'y revenir constamment.

JIM SMELLIE : Absolument.

RICHARD : Oui. Une bonne vision des choses. Tout à fait d'accord. À vous Stephen.

STEPHEN DRYMER : Je serai bref. Je suis entièrement d'accord avec ce que Jim vient de dire. Ce que le temps m'a appris, ce qui m'allume, si vous me le permettez, c'est le sentiment qu'avec un peu de chance, tout cela bénéficie aux athlètes. Et je ne dis pas cela parce qu'ils sont mes clients, ils ne le sont pas. Mais ils sont les utilisateurs du système. Je vous ai brièvement décrit comment j'en suis arrivé à travailler dans ce domaine. Je n'avais rien d'un athlète de haut niveau. Je n'étais ni membre, ni administrateur d'un organisme national de sport. Mais je peux vous dire que tout au long de ma carrière, j'ai travaillé sur plusieurs dossiers commerciaux de grande envergure et rencontré des gens de calibre plutôt exceptionnel. Mais je crois que rien de tout cela ne se compare au sentiment que vous éprouvez devant un jeune et fervent athlète. Ces jeunes gens sont aussi ciblés, aussi exceptionnels que tous les gens que j'ai côtoyés ou avec qui j'ai travaillé, tous domaines confondus. Ils sont profondément concernés par ce qu'ils font et croient que s'ils participent à un processus PRD, c'est parce qu'ils ont d'importants droits à défendre ou de sérieux problèmes à exposer. De toute évidence, il ne s'agit pas de dossiers d'un million de dollars, mais comme je l'ai mentionné plus tôt, cela ne signifie pas que les enjeux sont moins importants pour les parties concernées. Ce qui me donne profondément à réfléchir, c'est qu'en tant qu'intervenant neutre dans ce processus, les choix que je fais ont des conséquences concrètes sur la vie des athlètes, et cela, non seulement sur le plan purement économique. Économiquement, bien sûr. Mais tellement plus, aussi. Sincèrement, je pense que cela a fait de moi un meilleur arbitre. Sincèrement, je pense que cela a fait de moi un meilleur avocat.

RICHARD : Parfait. C'est un point de vue intéressant. Laissez-moi donner le mien et ensuite ce sera au tour d'Henri.

HENRI ALVAREZ : D'accord.

RICHARD : Je partage le point de vue qui a été exprimé au sein du conseil et je suis d'accord avec l'idée que ceux qui participent au processus se donnent à fond, manifestent un grand intérêt pour les affaires qui leur sont confiées et sont déterminés à trouver un règlement; ils doivent essayer de porter un jugement équitable et impartial et d'arriver à des conclusions justes. Il s'agit indubitablement d'une partie très intéressante et fascinante de la résolution de différends que vous soyez un décideur neutre ou agissiez à titre d'avocat.

Je tiens à aborder brièvement une affaire à laquelle j'ai participé; c'est probablement la seule affaire au monde qui a été entièrement menée devant les caméras de télévision et les médias. Il s'agit du jugement rendu dans le cas de dopage Floyd Landis qui, en première instance, a eu lieu aux États-Unis. J'étais un des arbitres.

Incluant l'ensemble des jours d'instructions préliminaires, l'affaire s'est étendue sur seize jours. La procédure d'arbitrage en tant que telle a duré douze jours; les caméras de télévision étaient braquées sur nous pendant toute cette période. Dans sa défense, Floyd Landis soutenait que le laboratoire français était arrivé à des conclusions erronées. L'affaire était très technique, très scientifique. Il y a eu certains moments très forts, notamment une prétendue corruption de témoins du côté de Floyd Landis. Il était très convaincant en affirmant qu'il ne s'était pas dopé et que le laboratoire s'était trompé bien que le jury était d'un autre avis. La majorité des membres du jury a déclaré que le laboratoire avait fourni les bons résultats attestant qu'il s'était dopé. Floyd Landis a fait appel au niveau international et son appel a été rejeté.

L'autre aspect intéressant dans cette affaire est que, plusieurs années plus tard, en fait l'année dernière, il a reconnu s'être dopé, après avoir passé la procédure d'arbitrage de seize jours en première instance où il a perdu et après avoir interjeté appel au niveau international. Je ne sais pas combien de jours cela a duré, mais il a également perdu à ce niveau. Pour cette seule procédure, les coûts ont été évalués à cent mille dollars. Maintenant, il reconnaît les faits et avoue avoir triché; son comportement a déclenché un effet en chaîne dans le domaine du cyclisme qui fait l'objet d'enquêtes aux États-Unis. Certaines allégations courent à l'égard de Lance Armstrong et bien d'autres. À ce niveau, on ne sait pas vraiment comment toute cette affaire va se terminer. Elle est encore en procédure interne devant le grand jury aux États-Unis, en ce qui concerne certaines de ces informations; c'était vraiment un fait marquant.

L'autre fait marquant que je souhaite mentionner brièvement est une affaire à laquelle nous avons travaillé ensemble, moi et Stephen Drymer. Il s'agit de l'affaire Valverde qui découle de l'affaire Puerto en Espagne. Mais je pense que je vais la laisser de côté parce que nous n'avons pas assez de temps. Mais je dois dire que cette affaire et celle de Floyd Landis sont deux exemples caractéristiques du phénomène dont j'ai parlé, il y a quelques minutes, à savoir les athlètes riches et qui bénéficient d'un solide réseau et de financements élevés qui sont pratiquement en mesure de mettre le système en déroute; cela va bien plus loin que seulement s'attaquer à des athlètes qui bénéficient de financements élevés.

STEPHEN DRYMER : Exactement.

RICHARD : Oui, je suis d'accord avec cet argument et dans l'affaire Valverde à laquelle j'ai participé, une poursuite internationale intentée en Italie, je ne crois pas qu'il existe un sujet particulier de l'arbitrage international qui n'ait pas été abordé sous un angle quelconque.

STEPHEN DRYMER : C'est exact.

RICHARD : De la mise à jour des preuves jusqu'à l'argumentation, et ainsi de suite. C'est un terrain miné de problèmes pour un étudiant en droit. Cause très intéressante.

STEPHEN DRYMER : Cela me rappelle les déclarations publiques de M. Landis récemment, qui admettait finalement après le fait les infractions par dopage dont on l'accusait et dont il a été reconnu coupable. Mon client et moi étions assis là aux audiences de M. Valverde et nous réaIisions que l'AMA consacrait beaucoup d'argent à la cause afin d'obtenir à tout prix une déclaration de culpabilité en Italie et à l'échelle internationale. Nous nous demandions également si, le mois prochain, M. Valverde allait changer d'avis et admettre, tout comme M. Landis, que lui aussi était coupable; ceci aurait alors signifié que tout le processus d'arbitrage fut une énorme perte de temps et d'argent.

RICHARD : Exactement. Jusqu'à présent, il ne l'a pas fait. Il va régler au tribunal.

STEPHEN DRYMER : Il a tenté en vain de faire casser ces décisions par les tribunaux suisses.

RICHARD : Exactement. Bien, Henri, passons à vous afin de discuter du point saillant de vos diverses participations dans le domaine sportif en matière de résolution de litiges.

HENRI ALVAREZ : Oui. Eh bien, au cas où ce ne serait pas clair, mon rôle à cet égard est celui d'arbitre, principalement au niveau international. Je suis frappé par la façon dont la résolution des litiges, et principalement l'arbitrage dans mon cas, se sont adaptés aux exigences des litiges sportifs. Je parlais l'autre jour avec George McIntosh, un avocat principal ici qui a participé à l'une des causes olympiques que j'ai entendues et obligent à rendre vos décisions dans les vingt-quatre heures suivant l'audience. Cette dernière est habituellement fixée dans les quelques jours suivant le dépôt de la plainte et l'on obtient la preuve au téléphone par vidéoconférence et de la part de nombreux intervenants. Il a été intéressant d'entendre les conseils, fondés sur une grande expérience, que George McIntosh a prodigués. À mon arrivée, j'ai été estomaqué, car je n'avais jamais vu un processus pareil, mais en prenant une bonne inspiration et en s'engageant dans le système, on constate tout son bien-fondé. Il se déroule rapidement. Oui, il peut être non classique pour l'avocat plaidant, mais l'on s'approche tout aussi près du résultat que l'on ne le ferait en cour; ce fut le commentaire très intéressant d'un avocat très expérimenté et j'ai observé le même phénomène. Les délais prescrits sont beaucoup plus courts. Il faut réagir plus rapidement à cause des exigences et je constate qu'en général, l'arbitrage et la résolution des différends dans les sports se portent plutôt bien et ont fait un grand bout de chemin. Cela étant dit, j'ai participé à un certain nombre d'affaires de dopage très difficiles et certains défis auxquels font face les athlètes, l'avocat, toutes les personnes concernées et l'arbitre en particulier, sont particulièrement remarquables. Vous savez que lorsque vous devez vous en remettre à la science de la chromatographie gazeuse pour déterminer si oui ou non...

STEPHEN DRYMER : Vous adoptez la façon de parler de Richard.

HENRI ALVAREZ : Exactement. La présence ou non de testostérone dans les échantillons et les très grandes connaissances nécessaires pour suivre les arguments. Bien, premièrement, pour les présenter et les suivre, puis tirer une conclusion fondée sur le code et toute autre règle institutionnelle pouvant s'appliquer est très exigeant. Et l'un des éléments que j'ai remarqué, c'est la grande quantité de travail et les nombreux efforts consacrés à la rédaction de certains de ces codes, mais la complexité des litiges d'aujourd'hui et qui, selon moi, doivent être abordés, exige la préparation de nouvelles lignes directrices et la clarification d'un grand nombre de règles qui s'appliquent. En effet, je pense que nous nous approchons rapidement du moment où les arbitres ne seront pas des scientifiques, et il sera très ardu pour eux de prendre une décision quant à savoir, par exemple, quel écart-type standard est toléré dans les lectures entre échantillons ou dans les résultats hautement complexes des tests menés sur tout nombre d'échantillons. Il y a donc de nombreux défis. D'après moi, l'arbitrage dans les sports effectue un très bon travail malgré les défis.

RICHARD : Oui et je crois que vous avez raison de vous concentrer sur le système de résolution des litiges olympiques, car il est très particulier et très exigeant, mais il a permis de produire des décisions et des résultats remarquables et, évidemment, il faut y parvenir en un temps très opportun. La procédure doit donc être accélérée et efficace pour que l'on puisse tout accomplir dans le délai prescrit. Votre autre point, et je m'en rends de plus en plus compte, concerne la complexité des causes et la difficulté du processus décisionnel qui ne cesse de s'accroître. Elles deviennent plus techniques et plus complexes. Il est plus difficile de décider et nos règles nécessitent effectivement une meilleure définition dans le cadre du processus, car il évolue très rapidement.

Sur cette note, je crois que nous devrions terminer nos discussions. Nous avons dépassé légèrement le temps prévu, mais je voudrais remercier chacun d'entre vous au nom de L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada. Merci beaucoup de votre participation et je tiens à remercier Nick Slinko qui écoutait silencieusement et m'a aidé à préparer les questions qui ont servi à lancer notre discussion.

Au revoir, tout le monde.

OSLER
Osler, Hoskin & Harcourt LLP

Sauvageau Holdings v. Farah:

An Arbitrator lacks jurisdiction to make injunction orders affecting non-parties.

Orie Niedzviecki

Evelyn Perez Youssoufian

Igor Ellyn, QC, CS, FCIArb.

Ellyn Law LLP

Justice Paul Perell's recent decision in *Farah v. Sauvageau Holdings Inc., 2011 ONSC 1819 (CanLII)*[1] addresses so many important issues affecting arbitration that it should be on every arbitrator's and every arbitration counsel's mandatory reading list.

In the space of 130 short paragraphs, the erudite jurist of the Ontario Superior Court of Justice addresses several important issues affecting arbitral jurisdiction, particularly:

- An arbitrator's jurisdiction to make an ex parte award;
- An arbitrator's jurisdiction to make an order affecting non-parties; and
- An arbitrator's jurisdiction to grant a Mareva injunction.

However, these points are not the only reasons why *Farah v. Sauvageau* is significant. Justice Perell also provides guidance on the following arbitration matters:

- Whether an arbitrator has jurisdiction to make an award which binds non-parties to the arbitration agreement;
- Whether an arbitrator has the same powers as a Superior Court judge;
- Whether an arbitral award can become an Order of the Court without resort to the procedure in s.50 of the *Arbitration Act* ("the Act") in any circumstances (even an ex parte award); and
- Whether an arbitrator should be disqualified for exceeding his/her jurisdiction;

Justice Perell also applies the rarely-used judicial jurisdiction which permits a judge to turn any motion into a motion for judgment. He does so in respect of the motion to set aside a certificate of pending litigation ("CPL"). Instead of dealing with the CPL directly, Perell J. directed that the conveyance in the case be set aside and the property be reconveyed to both applicants.

Facts

Farah owned a collection agency known as CSC, which he listed for sale. He wanted to move to Florida. Sauvageau is a Toronto lawyer who was interested in purchasing the collection agency. A share purchase agreement was made and the transaction closed in December 2009. Sauvageau incorporated a Holdco to own his shares in the collection agency. On closing, Holdco paid $600,000.

Farah used the proceeds of sale to discharge the mortgage on the home he owned with his wife, to pay debts and to pay his brother for his interest in CSC. A week after closing, Farah transferred his undivided interest in his family home to his wife. He had no debts at the time. He knew of no claim by Sauvageau. He wanted to facilitate his move to Florida, where he was going to look for a job, while his wife stayed in Ontario to deal with selling the house.

A few months after closing, Holdco, represented by Sauvageau himself, sued Farah for fraudulent misrepresentations seeking rescission or damages for more than the purchase price. He also commenced a *Fraudulent Conveyances Act* action against Farah's wife claiming the transfer of title was fraudulent and obtained a CPL without notice. Farah's first legal counsel and Sauvageau agreed that all legal issues in both actions (except for the motion to discharge the CPL) be referred for arbitration by the Hon. R.S. Montgomery, QC of ADR Chambers ("the arbitrator").

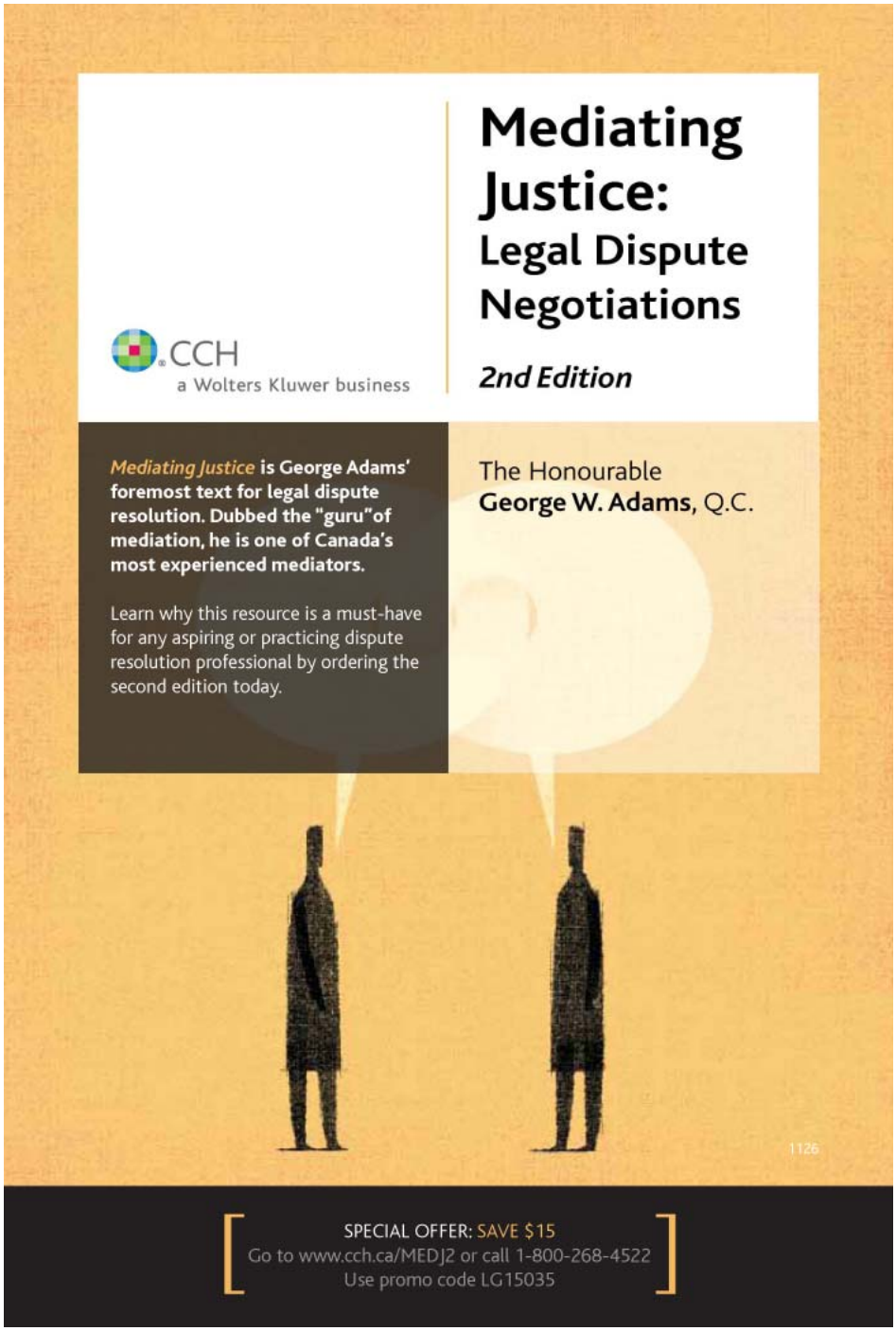
Farah's wife was not involved in the transaction. However, Sauvageau, without formally amending his pleadings, fashioned a fraud claim against her based on her alleged lie or mistake as to whether she was pregnant.

In November 2010, Sauvageau attended before the arbitrator without notice to Farah or his wife to seek a Mareva injunction restraining them from disposing of or using any of their assets. The arbitrator granted a far-reaching *ex parte* Mareva injunction restraining, *inter alia*, "all persons with no-

tice of this injunction". The order also required all banks to freeze Farah and his wife's accounts and to deliver all records of their financial activities.

Sauvageau then filed the arbitrator's "order" in Superior Court office in Newmarket, Ontario in the existing action against Farah and his wife. The Superior Court Registrar's office entered and date-stamped the arbitrator's "order" even though there was no application for enforcement under s.50 of the *Act*. The arbitrator's "order", with its appearance of legitimacy, was then served on Farah and his wife, on Farah's employer, on her father and on banks where Farah and his wife did business, all with devastating effect.

Farah's counsel moved before the arbitrator to set aside the *ex parte* order on the basis that it was made without jurisdiction and asked the arbitrator to recuse himself. The arbitrator upheld his decision and refused the recusal motion. He reasoned that the arbitration clause and the *Act* entitled him to issue all the remedies of a judge, including authority to grant the Mareva injunction and stated he had not pre-judged the case.



Against this backdrop, Farah and his wife applied to the Court to set aside the arbitrator's Mareva injunction and to request that the arbitrator be disqualified on the basis that by granting the *ex parte* Mareva injunction, the arbitrator had concluded that Farah was a fraudster and that the playing field was unbalanced.

Justice Perell's decision

It is well-settled that judicial intervention in the arbitral process is strictly limited to situations contemplated by the *Act*. This is in keeping with the modern approach to arbitration that sees it as an autonomous, self-contained, self-sufficient process under which the parties agree to have their disputes resolved by an arbitrator, not by the courts. The Court has jurisdiction to intervene only where the arbitrator has exceeded his/her jurisdiction as to the subject matter of the dispute and where the arbitrator has treated the parties unfairly.[2]

Justice Perell's decision is noteworthy because it rejects the notion that an arbitrator has the same powers as a judge of the Superior Court, particularly in respect of binding third parties who have not executed the arbitration agreement.

Arbitration is a consensual process which has its roots in an agreement between the parties. Where the agreement is silent on some issues, the Act fills the void. Litigation in the Superior Court of Justice is presided over by a judge appointed by the government of Canada under s.96 of the *Constitution Act*.[3] Contrary to submissions urged by Sauvageau's counsel, Justice Perell held that the Arbitration Act does not confer the powers of a Superior Court judge on an arbitrator:

> [51] I disagree with Sauvageau Holding's arguments that the Legislature has conferred a jurisdiction on arbitrators under the *Arbitrations Act*, 1991 to grant *Mareva* injunctions. In its factum, it submitted that "arbitrators

acting under the Act have the same power as the Courts with respect to granting interim relief." I conclude, rather, that the Legislature did not confer this jurisdiction. I add that I doubt that the Legislature could confer on private arbitrators the same power as the court's jurisdiction without violating s. 96 of the *Constitution Act*.

. . .

[54] An arbitral tribunal gets its jurisdiction only from the contractual or statutory instrument appointing it: *Dominion of Canada General Insurance Co. v. Certas Direct Insurance Co.*, [2009] O.J. No. 2971 (S.C.J.) at para. 21; *Cumandra v. Cumandra*, [2004] O.J. No. 5540 (Sup. Ct.).

While the arbitrator had the jurisdiction to grant an injunctive order against Farah and his wife only, he did not have jurisdiction to grant a Mareva injunction affecting non-parties to the arbitration agreement. The *ADR Chambers Arbitration Rules* prohibited *ex parte* communications with the arbitrator. These Rules were not trumped by the arbitration agreement which made certain provisions of the *Rules of Civil Procedure* applicable.

Justice Perell noted that arbitrators depend upon the Act and the arbitration agreement for their jurisdiction. The Legislature has not given arbitrators injunctive power over third parties and the private agreement of the parties to the agreement to arbitrate cannot invade the rights of non-parties.

Sections 6 and 8(1) of the Act give the Court the power to assist the arbitrator by providing an injunction and enforcement order where required. It followed that the arbitrator did not have jurisdiction to grant a Mareva injunction affecting third parties. Further, the filing of the arbitral Mareva Order in the Court office was contrary to s.50 of the Act. Further, as noted by Justice Perell,[4] s.18(1) of the Arbitration Act does provide a jurisdiction on arbitrators to make detention, preservation and inspection of property orders, but this jurisdiction is expressly directed only at the parties to the arbitration and not toward third parties. Justice Perell concludes that:

[63] In my opinion, there is nothing in the *Arbitration Act*, 1991 that empowers arbitrators to grant Mareva injunctions or for that matter to appoint receivers, grant Anton Pillar orders, or grant Norwich orders. Granting an interlocutory injunction that requires financial institutions to prevent the removal of monies and assets and to disclose and deliver up records and report to a litigant, is not an order in which the arbitrator is ruling on the scope of the arbitration agreement or on the scope of his or her jurisdiction; it is an order in which the arbitrator purports to enjoin or direct the conduct of strangers to the agreement to arbitrate who are not bound by the jurisdiction of the arbitral tribunal.

The "bogus" arbitral Mareva order, to borrow the term used by Perell J., was set aside. However, Perell J. held that the circumstances narrowly justified a judicial Mareva order against Farah only. The Mareva order against Farah's wife was set aside with costs.

Notwithstanding the arbitrator's jurisdictional error, Perell J. did not disqualify him. Perell J. held that the arbitrator's error was not a denial of natural justice nor was Farah's apprehension of bias reasonable. The Court also held that the best way to deal with the property transfer was simply to direct that the title be transferred back to joint tenancy between Farah and his wife. This made the CPL unnecessary.

This case contains important lessons which will inform procedure and substantive law on the scope of the jurisdiction of arbitrators. It also highlights that even where a court action precedes an arbitration, the arbitration order cannot be filed in court without resort to the enforcement procedure in s. 50 of the Act if filed in the Court office. An arbitral order filed in Court as Sauvageau did in this case is bogus.

Justice Perell's decision reminds us that arbitrators are not Superior Court judges. Arbitrators are clothed only with the authority the parties to the arbitration agreement have given them as modified by the provision of the Arbitration Act. They cannot affect the rights of non-parties. Where the arbitration agreement is silent or incorporates by reference, the *Act* and the agreed upon arbitration rules may provide assistance. Within these parameters, the arbitrator is unable to proceed *ex parte* because an informed arbitration party would not permit it.

Orie Niedzviecki *is a partner of Ellyn Law LLP. He practices business litigation and arbitration, employment law and estate litigation. He has practiced law in Ontario since 1999 and is also admitted to the District of Columbia Bar.*

Evelyn Perez Youssoufian *has been an associate at Ellyn Law LLP since 2007. She is a graduate of the law schools of the University of Windsor and the University of Detroit-Mercy. She practices business litigation and arbitration. Evelyn also speaks Spanish and Armenian fluently.*

Igor Ellyn, QC, CS, FCIArb. *is the senior partner of Ellyn Law LLP. He is a certified specialist in civil litigation and a chartered arbitrator and mediator. He practices business litigation and arbitration with emphasis on complex shareholder and corporate matters. He is a past president of Ontario Bar Association and speaks French, German, Romanian and Hebrew.*

1 See Farah v. Sauvageau Holdings Inc., 2011 ONSC 1819 (CanLII) http://bit.ly/hdNQDn We were counsel for the applicants in this case and also counsel at the arbitration before the Hon. R.S. Montgomery, QC. There has been no appeal by either party from Justice Perell's decision.

2 *Inforica Inc. v. CGI Information Systems and Management Consultants Inc*, 2009 ONCA 642 at paras. 14, 27.

3 The Constitution Act, 1867 (UK), 30 & 31 Victoria, c 3

4 Sauvageau Holdings v. Farah, para. 60

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

Sauvageau Holdings c. Farah :

Un arbitre n'a pas compétence pour rendre des ordonnances d'injonction qui concernent des tiers.

Orie Niedzviecki, Evelyn Perez Youssoufian et Igor Ellyn, c.r., CS, FCIArb. Ellyn Law s.r.l.

La décision récente que le juge Paul Perell a rendue dans *Farah c. Sauvageau Holdings Inc., 2011 ONSC 1819 (CanLII)*[1] traite de tant de questions importantes qui ont une incidence sur l'arbitrage que tout arbitre et tout avocat exerçant dans le domaine de l'arbitrage devraient être tenus de la lire.

En quelques 130 courts paragraphes, le savant juriste de la Cour supérieure de justice de l'Ontario traite de bon nombre de questions importantes qui ont une incidence sur la compétence en matière d'arbitrage, en particulier :

- la compétence d'un arbitre de rendre une sentence ex parte;
- la compétence d'un arbitre de rendre une ordonnance qui concerne des tiers; et
- la compétence d'un arbitre d'accorder une injonction conservatoire (Mareva).

Toutefois, ces éléments ne sont pas les seules raisons pour lesquelles l'affaire *Farah c. Sauvageau* est importante. Le juge Perell donne également des directives sur les questions suivantes :

- un arbitre a-t-il compétence pour rendre une sentence qui lie des tiers étrangers à la convention d'arbitrage;
- un arbitre a-t-il les mêmes pouvoirs qu'un juge de la Cour supérieure;
- une sentence arbitrale peut-elle devenir une ordonnance d'un tribunal sans avoir recours à l'article 50 de la Loi sur l'arbitrage (la « Loi ») en toute circonstance, y compris une sentence ex parte; et
- un arbitre doit-il être récusé pour avoir outrepassé les limites de sa compétence.

Le juge Perell exerce également une compétence judiciaire qui ne l'est que dans des circonstances exceptionnelles et qui permet à un juge de réduire toute motion à une requête en jugement. Il en est ainsi à l'égard de la requête en annulation du certificat d'affaire en instance (« CAI »). Au lieu de décider directement du certificat, le juge Perell ordonne l'annulation du transfert dans cette affaire et la rétrocession du bien aux deux demandeurs.

Faits

Farah est propriétaire d'une agence de recouvrement appelée « CSC », qu'il met en vente. Il désire déménager en Floride. Sauvageau est un avocat de Toronto qui veut acheter l'agence de recouvrement. Une convention d'achat d'actions est conclue et la transaction est close en décembre 2009. Sauvageau constitue une personne morale, Holdco, pour détenir ses actions de l'agence de recouvrement. À la clôture, Holdco verse 600 000 $.

Farah utilise le produit de la vente pour acquitter le prêt hypothécaire de la maison dont il est propriétaire avec sa femme, pour régler des dettes et rembourser son frère sa part de CSC. Une semaine après la clôture, Farah transfère son intérêt indivis dans la maison familiale à sa femme. Il n'a aucune dette à l'époque. Il n'a connaissance d'aucune demande de Sauvageau. Il veut faciliter son déménagement en Floride où il compte chercher un emploi alors que sa femme demeure en Ontario pour s'occuper de la vente de la maison.

Quelques mois après la clôture, Holdco, représentée par Sauvageau lui-même, intente contre Farah une action en annulation ou en dommages de valeur supérieure au prix d'achat, en raison d'assertions frauduleuses et inexactes. Il intente également une action en vertu de la Loi sur les cessions en fraude des droits des créanciers contre la femme de Farah, en alléguant que le transfert de titre est frauduleux, et il obtient un CAI sans donner un préavis. Le premier avocat de Farah et Sauvageau conviennent que toutes les questions juridiques, à l'exception de la requête en annulation du CAI, soient soumises à l'arbitrage par me R.S. Montgomery, c.r., de ADR Chambers (l'« arbitre »).

La femme de Farah n'intervient pas à la transaction. Toutefois, Sauvageau, sans modifier formellement l'acte de procédure, met au point contre elle une déclaration de fraude qui est fondée sur un mensonge ou une erreur à l'égard du fait qu'elle était enceinte.

Au mois de novembre 2010, sans préavis à Farah ou à sa femme, Sauvageau se présente devant l'arbitre afin de demander une injonction conservatoire qui empêcherait Farah et sa femme de disposer ou d'utiliser tout ou partie de leur actif. L'arbitre accorde une injonction conservatoire ex parte d'une grande portée qui s'applique notamment à « toute personne qui reçoit un avis de cette injonction ». L'ordonnance demande également à toutes les banques de bloquer les comptes de Farah et de sa femme et de remettre tous les documents ayant trait à leurs activités financières.

Sauvageau dépose alors l'« ordonnance » de l'arbitre au greffe de la Cour supérieure à Newmarket, en Ontario, au dossier de la poursuite en cours contre Farah et sa femme. L'« ordonnance » de l'arbitre est inscrite et datée au moyen d'un timbre par le greffier de la Cour supérieure bien qu'il n'y a aucune requête en exécution de la sentence en vertu de l'article 50 de la Loi. Grâce à son apparence de légitimité, l'« ordonnance » de l'arbitre est alors signifiée à Farah et sa femme, l'employeur de Farah, le père de sa femme et aux banques avec lesquelles Farah et sa femme font affaire, le tout avec des conséquences dévastatrices.

L'avocat de Farah demande à l'arbitre d'an-

BD&P Burnet, Duckworth & Palmer LLP Law Firm

nuler l'ordonnance *ex parte* au motif qu'elle excède la compétence de l'arbitre et demande à l'arbitre de se récuser. L'arbitre maintient sa décision et rejette la demande en récusation. Il soutient que la clause d'arbitrage et la Loi lui donne le droit d'ordonner toutes les mesures de redressement que peut un juge, y compris le pouvoir d'accorder une injonction conservatoire, et il déclare qu'il n'a pas jugé d'avance du dossier.

Sur cette toile de fond, Farah et sa femme demandent à la Cour d'annuler l'injonction conservatoire de l'arbitre et de récuser l'arbitre aux motifs qu'en accordant l'injonction conservatoire ex parte, l'arbitre conclut que Farah est un fraudeur et que l'égalité des chances est compromise.

La décision du juge Perell

Il est bien établi que l'intervention judiciaire dans le processus d'arbitrage est strictement limitée aux situations visées par la Loi. Il en est ainsi en conformité avec l'approche moderne de l'arbitrage qui se voit un processus autonome, indépendant et autarcique selon lequel les parties conviennent que leurs différends soient réglés par un arbitre, et non les tribunaux. La Cour a compétence pour intervenir uniquement lorsqu'un arbitre outrepasse sa compétence en ce qui a trait à l'objet du différend et lorsque l'arbitre traite les parties injustement[2].

La décision du juge Perell est remarquable en ce qu'elle rejette la notion qu'un arbitre a les mêmes pouvoirs qu'un juge de la Cour supérieure, notamment celui de lier des tiers qui n'ont pas signé la convention d'arbitrage.

L'arbitrage est un processus consensuel dont les racines sont l'entente entre les parties. Lorsque l'entente est muette sur certains points, la Loi comble le vide. Un procès en Cour supérieure de justice est présidé par un juge nommé par le gouvernement du Canada en vertu de l'article 96 de la Loi constitutionnelle[3]. À l'encontre des arguments présentés par l'avocat de Sauvageau, le juge Perell statue que la Loi sur l'arbitrage ne confère pas les pouvoirs d'un juge de la Cour supérieure à un arbitre :

> [51] Je ne partage pas les arguments de Sauvageau Holding qu'en vertu de la Loi sur l'arbitrage de 1991, le législateur a conféré aux arbitres la compétence d'accorder des injonctions conservatoires (Mareva). Dans son factum, il indique que « les arbitres qui agissent en vertu de la Loi ont le même pouvoir que les juges des tribunaux en matière de mesures de redressement provisoires ». Je conclus plutôt que le législateur n'a pas conféré cette compétence. En outre, je doute que le législateur puisse conférer aux arbitres privés le même pouvoir que celui des juges des tribunaux sans contrevenir à l'article 96 de la Loi constitutionnelle.
>
> . . .
>
> [54] La compétence d'un tribunal arbitral est attribuée uniquement par l'instrument contractuel ou le texte réglementaire qui le nomme : *Dominion of Canada General Insurance Co. c. Certas Direct Insurance Co.*, [2009] O.J. No. 2971 (S.C.J.) au paragraphe. 21; *Cumandra c. Cumandra*, [2004] O.J. No. 5540 (Sup. Ct.). [traduction]

Bien que l'arbitre a compétence pour accorder une injonction conservatoire uniquement à l'encontre de Farah et de sa femme, il n'a pas compétence pour accorder une injonction conservatoire qui touche des tiers qui ne sont pas parties à la convention d'arbitrage. Le règlement d'arbitrage d'*ADR Chambers* interdit des communications ex parte avec l'arbitre. Ce règlement n'est pas éclipsé par la convention d'arbitrage qui rend applicables certaines dispositions des Règles des procédures civiles.

Le juge Perell note que la compétence des arbitres relève de la Loi et de la convention d'arbitrage. Le législateur n'accorde pas aux arbitres un pouvoir en matière d'injonction à l'égard de tiers et l'entente privée des parties à la convention d'arbitrage ne peut pas empiéter sur les droits de tiers.

Les articles 6 et 8(1) de la Loi donnent au tribunal judiciaire le pouvoir d'assister l'arbitre au besoin en matière d'injonction et d'exécution. Il s'ensuit que l'arbitre n'a pas compétence pour ordonner une injonction conservatoire qui touche des tiers. En outre, le dépôt de l'injonction conservatoire arbitrale au greffe de la Cour est à l'encontre de l'article 50 de la Loi. De plus, comme le note le juge Perell[4], l'article 18(1) de la Loi sur l'arbitrage donne compétence aux arbitres pour rendre des ordonnances portant sur la garde, la conservation et l'examen de biens et de documents, mais cette compétence concerne expressément les parties à l'arbitrage et non des tiers. Le juge conclut :

> [63] À mon avis, il n'y a rien dans la Loi sur l'arbitrage de 1991 qui habilite les arbitres à accorder des injonctions conservatoire ou, quant à cela, à nommer des séquestres, à accorder des ordonnances de type Anton Pillar, ou à accorder des ordonnances de type Norwich. Une injonction interlocutoire qui oblige des institutions financières à empêcher le retrait d'argent et d'actifs et à divulguer et à remettre des docu-

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

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

For more information, please contact:

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

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

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

BLG
Borden Ladner Gervais
It begins with service

ments et à signaler à une partie, n'est pas une ordonnance où l'arbitre décide de la portée de la convention d'arbitrage ou de la portée de sa compétence; c'est une ordonnance où l'arbitre prétend enjoindre à des étrangers à la convention d'arbitrage qui ne sont pas liés par la compétence du tribunal arbitral ou diriger leur conduite.
[traduction]

La « pseudo » injonction conservatoire, pour emprunter le terme utilisé par le juge Perell, est annulée. Toutefois, le juge Perell indique que les circonstances justifient de peu une injonction conservatoire par voie judiciaire contre Farah uniquement. L'injonction conservatoire contre la femme de Farah est annulée avec dépens.

Nonobstant l'erreur de compétence de l'arbitre, le juge Perell ne le récuse pas. Le juge Perell décide que l'erreur de l'arbitre ne constitue pas un déni de justice naturelle et que la crainte de partialité de Farah n'est pas raisonnable. La Cour décide également que la meilleure façon de régler le transfert de propriété est de simplement ordonner que le titre soit transféré à nouveau en tenance conjointe à Farah et à sa femme, ce qui rend le CAI inutile.

Il y a d'importantes leçons à tirer de cette affaire qui influeront sur la procédure et le droit substantif en matière de la portée de la compétence des arbitres. Cette affaire fait ressortir que même lorsqu'une poursuite en justice précède un arbitrage, l'ordonnance arbitrale ne peut être déposée en cour sans recourir à la procédure en exécution de l'article 50 de la Loi si elle est déposée au greffe. Une ordonnance arbitrale déposée au greffe comme fait Sauvageau dans cette affaire est bidon.

La décision du juge Perell nous rappelle que les arbitres ne sont pas des juges de la Cour supérieure. Les arbitres ne sont revêtus que de l'autorité que les parties à la convention d'arbitrage leur attribuent, et qui est modifiée par la disposition de la Loi sur l'arbitrage. Ils ne peuvent pas porter atteinte aux droits de tiers. Lorsque la convention d'arbitrage est muette ou incorpore par renvoi, la Loi et les règles d'arbitrage convenues par les parties peuvent être utiles. Dans le cadre de ces paramètres, l'arbitre ne peut procéder ex parte étant donné qu'une partie à l'arbitrage informée ne le permettrait pas.

Orie Niedzviecki *est associé du cabinet Ellyn Law s.r.l. Il consacre sa pratique au litige commercial, à l'arbitrage, au droit du travail et au litige successoral. Il pratique en Ontario depuis 1999 et il est également membre du Barreau du district fédéral de Columbia.*

Evelyn Perez Youssoufian, *avocate, s'est jointe au cabinet Ellyn Law s.r.l. en 2007. Elle est diplômée des facultés de droit de l'Université de Windsor et de l'University of Detroit-Mercy. Ses domaines de pratique sont le litige commercial et l'arbitrage. En outre, elle parle couramment l'espagnol et l'arménien.*

Igor Ellyn, c.r., CS, FCIArb. *est associé principal du cabinet Ellyn Law s.r.l. Il est un spécialiste agréé en contentieux des affaires civiles, un arbitre agréé et un médiateur agréé. Sa pratique en litige commercial et en arbitrage est axée sur des questions complexes liées aux actionnaires et aux sociétés. Il est un ancien président de l'Association du Barreau de l'Ontario et il parle le français, l'allemand, le roumain et l'hébreu.*

1 Voir Farah c. Sauvageau Holdings Inc., 2011 ONSC 1819 (CanLII) http://bit.ly/hdNQDn Nous représentions les demandeurs dans cette affaire et également en arbitrage devant me R.S. Montgomery, c.r.. La décision du juge Perell n'a été portée en appel par aucune des parties.

2 *Inforica Inc. c. CGI Information Systems and Management Consultants Inc*, 2009 ONCA 642 aux paragraphes 14, 27.

3 La Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.)

4 Sauvageau Holdings c. Farah, paragraphe 60

We congratulate the following members of ADR Canada who received the designation of Chartered Arbitrator and/or Chartered Mediator:

Félicitations aux membres suivants de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada qui ont reçu la désignation de Arbitre agréé(e) et / ou Médiateur / Médiatrice agréé(e) :

Deborah R. Aarenau, C.Med (ON)
Jennifer Maria Bell, C.Med (ON)
Amanda B. Chodura, C.Med (ON)
Joel Cohen, C.Med (ON)
Joan Cotie, C.Med (BC)
Donna J. Cross, C.Med (AB)
Michele Ann Del Colle, C.Med (AB)
Michael Erdle, C.Med (ON)
Sarah Gayer, C.Med (ON)
Valerie A. Hazlett Parker, C.Med (ON)
Deborah Kay, C.Med (AB)
Jane Kuzik, C.Med (AB)
Fiona LeBlanc, C.Med (AB)
Brian Matheson, C.Med (AB)
Kathleen Murphy, C.Med (NL)
Margaret K. Rees, C.Med (ON)
Anne Seeley, C.Med (AB)
Janice L. Tye, C.Med (AB)
Nancy Watson, C.Med (ON)
Paul Wesley, C.Med (ON)

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

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

Opening the Mediation Window in the Arbitration House

Nadja Alexander

Professor and Director, Institute for Conflict Engagement and Resolution, Hong Kong Shue Yan University, Adjunct Professor Bond and Murdoch Universities Australia and Research Fellow, University of the Witwatersrand, South Africa. Nadja is an accredited mediator in Hong Kong and Australia.

Throughout the 20th century the arbitration house has dominated the landscape of international commercial dispute resolution with the court house providing another part of the structural landscape. In the 21st century foundations are being laid for construction of a free-standing mediation house in international dispute resolution practice. Meanwhile a closer inspection of arbitration house reveals the ongoing construction of mediation and other ADR windows in its design. In this paper I explore how and why mediation windows are being built, their structural and functional soundness and the extent to which they may open up and transform arbitration.

Introduction

Many lawyers and commercial parties recognise the benefits of mediation such as flexibility, confidentiality, capacity for creative outcomes, and time and cost effectiveness. This is reflected in the remarkable uptake of mediation around the world in relation to domestic disputes. In relation to cross-border disputes, however, users remain cautious about mediation's effectiveness in the absence of a mature international legal framework to regulate issues such as the admissibility of mediation evidence, the impact of mediation on statutory limitations and the enforceability of foreign mediated settlements.

International arbitration has been chartered as a formal dispute resolution process for a much longer period of time; it has established sophisticated procedures and is accompanied by a significant body of case law. International arbitration enjoys the benefits of a well-developed international legal framework largely based on two instruments: the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 and UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. The New York Convention has 146 signatories and, as a result, foreign arbitral awards are recognised and *prima facie* enforceable in many domestic courts. In a survey conducted by Bühring-Uhle regarding the perceived advantages of arbitration for continental European and US lawyers, the existence of an enforcement mechanism was praised and rated as one of arbitration's strong advantages, second only to its perceived neutrality.[1] In the absence of an equivalent regulatory regime, foreign mediated settlements are not able to enjoy the same level of foreign recognition and enforceability.

The table below provides an overview of the characteristics of cross-border arbitration and mediation. Perceived disadvantages of mediation are shown in italics.

Comparative Features of International Arbitration and Mediation

Characteristic	Arbitration	Mediation
International framework	Established international legal framework adopted by 66 countries[2]: see UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.	International framework in its nascent stage and adopted by only 10 countries[3]: see UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation. On a regional level, see the EU Directive on Mediation in Civil and Commercial Matters (2008)
Enforceability of outcomes	International framework for enforceability of outcomes: the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958, which has 146 signatories.	No international framework for enforceability of mediated outcomes. Diverse approaches to enforceability depending upon jurisdiction
Jurisprudence and case law	Significant body of cases interpreting arbitration law, giving arbitration strong legal backing and arguably a degree of legal certainty	Limited, but growing, number of cases interpreting mediation law, resulting in lack of legal certainty and predictability
Cost	Generally high costs associated with arbitration	Generally lower costs associated with mediation
Time	Lengthy process over months or years	Shorter duration of process over days, weeks or months
Nature of presentations	Highly legalistic and technical arguments	Highly flexible and can move beyond legal issues
Decision making	By arbitrator on the basis of legal arguments presented	By parties on whatever basis they choose, whether it be legal rights, commercial, financial and personal interests or a combination of factors.

The previous discussion suggests that potential users of mediation may lack enthusiasm for the process in the absence of a mature legal framework supporting the rights and obligations of me-

diation participants, or where there is uncertainty surrounding enforcement issues.

Given the accelerated pace of its uptake in countries around the world, it is only a matter of time before mediation in cross-border settings matures in terms of institutionalisation, regulation and professionalization, and is able to address the concerns identified above. This raises a further question - what is being done in the meantime to offer potential users of cross-border mediation greater confidence in the process?

The best of both worlds: opening mediation windows in the arbitral house

Arbitration is the process of choice in private cross-border disputes. The results of a 2008 Price Waterhouse Coopers survey shows relatively high levels of usage, effectiveness and user satisfaction with international arbitration.[5] A closer look at the survey data, however, highlights the significant role of assisted negotiation and settlement in international arbitration, with 92 per cent of matters resolving at some stage of the arbitral proceedings. So it seems that survey respondents may not always have been making their comments in relation to arbitration procedures in the strict determinative sense of the term. In many cases respondents may have actually been articulating satisfaction with negotiation or mediation processes that led to settlement within the parameters of arbitration.

In cross-border settings mediation increasingly takes place within arbitration processes. There are numerous advantages to this approach. Where the matter settles amicably, parties may enjoy the benefits of mediation such as:

- reduced cost and time investment in resolving the dispute;
- outcomes that might not have been achievable through a strictly determinative process; and
- opportunities for a renewed business relationship between the parties.

Mediated settlements may be issued in the form of settlement awards and thereby enjoy the benefits of arbitration's enforceability regime. Finally in the absence of settlement, the arbitration continues and the parties are assured of a final outcome in the form of an arbitral award.

This phenomenon of arbitrators taking on a mediation role is not new. It has a long tradition in the People's Republic of China (PRC) and Taiwanese arbitration, and is also practised by arbitrators from certain civil law jurisdictions such as Germany – a reflection of the German judicial tradition of settlement.[6] However the practice is not generally considered to be part of a western arbitral tradition, especially in common law jurisdictions.

Contemporary arbitration regulation seems increasingly to be attempting to harmonise these different approaches by providing for mediation or other settlement opportunities within the framework of arbitration. For example, the new ICC Arbitration Rules, due to come into effect on 1 January 2012, recognise ADR and mediation as part of a case management tool box (Article 24) that can be drawn upon to shape dispute resolution to suit the parties' needs.

Arbitration statutes and procedural rules that explicitly envisage that the same person may conduct arbitration proceedings as well as facilitate settlement discussions or mediation can be found in numerous jurisdictions including Australia, England, Germany, Hong Kong, Singapore, India, Taiwan and Japan.[7]

For example the recently amended Hong Kong Arbitration Ordinance provides in s 33(5) that,

> No objection may be made against the conduct of the arbitral proceedings by an arbitrator solely on the ground that the arbitrator had acted previously as a mediator in accordance with this section.

Thus engaging in processes such as med-arb or opening up a mediation window in arbitration are expressly recognised as procedurally acceptable.

However the Hong Kong Ordinance goes further and provides in s 33(4) that, in the event that a mediation does not result in settlement and the arbitration resumes, an arbitrator-mediator must disclose all confidential information from the mediation which is material to the arbitral proceedings. This provision, introduced in 2011 as an amendment to the Arbitration Ordinance, is to prevent the type of situation that arose in the US case of the *Bowden v Weickert*[8] where an arbitrator was found to have exceeded his authority because he based his arbitral decision on confidential information received during the mediation. Section 33(4) has received a controversial response in Hong Kong – especially among members of the mediation community. Hong Kong mediators are concerned that the section impairs the integrity of the mediation process by compromising assurances of confidentiality which are an integral part of the process. They suggest that parties are unlikely to engage in the type of frank and open communication essential to mediation with the spectre of mediator disclosure hovering over them.

In addition, they make the point that many arbitrators acting as mediators have not been appropriately trained and credentialed, and may lack appropriate facilitative skills and an appreciation of the subtleties of the process. As a result the opportunities for the parties to experience the benefits of mediation and achieve a mediated settlement are severely curtailed.

Finally, it is argued that there are many process design options that dispute resolution practitioners can employ to avoid potential breaches of procedural fairness. Three of these are outlined below.

1. Mediation early in the arbitral procedure with a mediator who is not a member of the arbitral tribunal.
2. Mediation windows with all members of the arbitral tribunal present at, or conducting, the mediation. Only one of tribunal members conducts the private media-

tion sessions and in the event of the arbitration resuming, that tribunal member is replaced. This variation allows all tribunal members access to joint session discussions at mediation, ensuring therefore that, should the matter not settle and the arbitration resume, the tribunal is abreast of all developments apart from *ex parte* communications between the now retired mediator and the parties.

3. 'Med-arb simultanés' – a process offered by the Centre for Mediation and Arbitration in Paris according to which an arbitration process runs simultaneously with, and independently from, a mediation process. Generally the parties set a time frame for the completion of the mediation. If the mediation does not result in a mediated settlement then the arbitration will result in an award binding on the parties eight days after the mediation deadline has expired. During the parallel processes, the mediator and arbitrator are not able to communicate with each other about the case. However at the end of each day or during breaks, the parties may consult with their legal representatives in each process in relation to the progress that has been made.

The importance of planning for hybrid processes in a manner that takes into account issues relating to procedural fairness, impartiality and neutrality cannot be over-emphasised. The point is well-illustrated in the Hong Kong decision of *Gao HaiYan and Xie HePing v Keeneye Holdings Ltd* and others HCCT 41/2010 (judgment dated 12 April 2011). This case involved an application in Hong Kong to set aside an arbitral award issued by the Xian Arbitration Commission in the PRC on the basis that it would be contrary to public policy to enforce the award as the arbitration process had been tainted by bias or the perception thereof. A previous application to the Xian Intermediate People's Court to have the award set aside had been refused. The arbitral dispute concerned the validity of a share transfer agreement.

His Honour Mr Justice Reyes stated that the issue before the court was "whether the Award was made in circumstances which would cause a fair-minded observer to apprehend a real possibility of bias on the part of the Arbitration Tribunal".

While some of the facts remained in dispute, it seems that during an adjournment in arbitration proceedings a member of the Xian Arbitral Tribunal contacted a lawyer for the respondent and requested that another person, Zeng, who was friendly with the respondent, meet with him and the Secretary–General of the Xian Arbitration Commission (XAC). The meeting took place over dinner at the Shangri-la Hotel. During the meeting the Secretary–General conveyed to the Zeng that while the Tribunal regarded the share transfer agreement to be valid, it considered that the respondents should compensate the applicants by a payment of RMB250 million. The Secretary-General encouraged Zeng to persuade the respondents to adopt this suggestion. Zeng conveyed the Tribunal's view to the respondents who, while satisfied with the proposed decision, refused to pay the suggested compensation.

When the arbitration resumed the Tribunal issued an award to the effect that the share transfer agreement was not valid - the opposite decision to that intimated during the Shangri-La dinner.

The applicants contended, and the respondents denied, that the meeting at the Shangri-la Hotel amounted to a mediation within the terms of Article 37 of the Xian Arbitration Rules. The Rules permitted arbitrators and, with the parties' consent, third parties, to act as mediators, and to meet with the parties jointly or separately. Under the Rules mediators were expressly allowed to make settlement proposals to the parties.

Reyes J expressed reservations about whether the so-called mediation complied with Article 37 of the Rules, pointing to numerous "unusual" aspects of the process, including:

- The venue and timing, namely dinner in a hotel rather than a formal venue.
- The parties did not appear to consent to the time and place of the mediation.
- The parties did not appear to consent to a third-party 'mediator', namely the Secretary-General.
- The mediation was conducted by a non-presiding member of the Tribunal and the Secretary-General of the XAC, an unusual combination.
- The parties did not attend the mediation; rather a non-party who was thought to have influence over the respondents was asked to attend.
- The applicants did not appear to have been consulted about the proposal put to the respondents and it is unclear how the compensation figure of RMB 250 million was calculated.
- The "mediators" asked the person in attendance, Zeng, to "work on" the respondents to accept the proposal. This seems to amount to more that neutral communication of a message.

At para 79, his Honour explained that,

> "...labelling a process as mediation does not mean that anything goes. There are appropriate and inappropriate ways of conducting mediations. The would-be mediator must ensure at all times, especially when one might act as arbitrator later on, that nothing is said or done in the mediation which could convey an impression of bias."

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

Reyes J concluded that the events at the Shangri-la Hotel would give the fair-minded observer "a palpable sense of unease" (54) and would cause a fair-minded observer to apprehend a real risk of bias (53). As a matter of public policy, therefore, he refused enforcement of the Award.

The *Keeneye* case sends a strong signal to dispute resolution practitioners all over the world. If you choose to blend facilitative processes, such as mediation, with determinative processes, such as arbitration, then it must be done in a manner that maintains the integrity of both processes and ensures procedural fairness and the perception thereof.

It is also an opportunity for mediators to play a more active role in the arbitration house and not leave it to arbitrators alone to open mediation windows. Mediators can contribute not only as facilitators of mediation processes in arbitration but also as dispute system designers, shaping procedurally fair hybrid processes tailored to specific client needs.

1 C Bühring-Uhle, L Kirchhoff and G Scherer *Arbitration and Mediation in International Business* (2nd ed, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2006) at 108–109 and C Bühring-Uhle, G Scherer and L Kirchhoff, 'The Arbitrator as Mediator: Some Empirical Insights' (2003) 20 *Journal of International Arbitration* 81–88. See also the findings of G Lagerberg and L Mistelis, *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2008* (PWC: London 2008) available at www.pwc.co.uk.
2 Figures are available on the UNCITRAL website: www.uncitral.org.
3 Figures are available on the UNCITRAL website: www.uncitral.org.
4 See, for example, the CLOUT database on the UNCITRAL website: www.uncitral.org.
5 See G Lagerberg and L Mistelis, *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2008* (PWC: London 2008) available at www.pwc.co.uk.
6 See Bühring-Uhle et al (2006), above note 89 at 128.
7 See s 27 of the Commercial Arbitration Act 1984 (NSW), s 51 of the English Arbitration Act (1996), § 1053 of the German Code of Civil Procedure (ZPO), s 33 of the Hong Kong Arbitration Ordinance 1996, ss 16–17 of the Singapore International Arbitration Act 1995, s 30 of the Indian Arbitration and Conciliation Act 1996, articles 44 and 45 of the Taiwanese Arbitration Act, and s 38(4) of the Japanese Arbitration Act (2003). In England see the 2009 Draft Report of the CEDR Commission on Settlement in International Arbitration, which considers the opportunities and risks involved in arbitrators engaging in mediation and other settlement attempts and has established draft rules in relation to the practice: available at www.cedr.com.
8 *Bowden v Weickert* N° S–02–017, 2003 WL 21419175 at *7 (Ohio App 6 Dist June 20, 2003) and discussed in J Coben and P Thompson, 'Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation about Mediation' (2006) 11 *Harvard Negotiation Law Review* 99 at 100–101. The authors comment that '[t]he same concerns about mishandling of confidential information make dual service as a mediator and guardian *ad litem* problematic.'

Apporter la pierre de la médiation à l'édifice de l'arbitrage

Nadja Alexander

Professeure et directrice, *Institute for Conflict Engagement and Resolution*, de l'Université Hong Kong Shue Yan, professeure auxiliaire aux Universités Bond et Murdoch en Australie et chercheur universitaire, *University of the Witwatersrand*, en Afrique du Sud. Nadja est une médiatrice agréée à Hong Kong et en Australie.

Pendant tout le 20e siècle, l'édifice de l'arbitrage a dominé le paysage du règlement de différends commerciaux internationaux, alors que le palais de justice fournissait un autre élément du complexe. Au 21e siècle, dans la pratique en matière de règlement de différends internationaux, les bases d'un édifice autonome de la médiation sont jetées. Entre-temps, un examen plus approfondi de l'édifice de l'arbitrage révèle l'apport continu de la médiation et d'autres modes de PRD à sa conception. Dans cet exposé, j'explore comment et pourquoi des possibilités de médiation sont en train d'être incorporées à l'édifice de l'arbitrage, le bien-fondé de leur structure et de leur fonctionnement et la mesure dans laquelle elles peuvent ouvrir et transformer l'arbitrage.

Introduction

Bon nombre d'avocats et de parties commerciales reconnaissent les avantages de la médiation, dont la souplesse, la confidentialité, la possibilité d'obtenir des résultats créatifs, et l'efficacité en fonction du coût et du temps. Le remarquable essor de la médiation en matière de différends liés au droit de la famille en est le reflet partout sur la planète. Toutefois, en matière de différends internationaux, les utilisateurs demeurent prudents quant à l'efficacité de la médiation en l'absence d'un solide cadre juridique international pour réglementer des questions comme l'admissibilité de la preuve découlant de la médiation, l'incidence de la médiation sur les prescriptions statutaires et la force exécutoire de règlements étrangers intervenus au terme d'une médiation.

L'arbitrage international est reconnu depuis beaucoup plus longtemps comme un processus de règlement formel de différends; il a établi des procédures très élaborées et a donné lieu à une importante jurisprudence. L'arbitrage international bénéficie des avantages d'un cadre juridique internationale fondé en grande partie sur deux instruments : la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (la Convention de New York), et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. La Convention de New York compte 146 signataires et, en conséquence, les sentences arbitrales étrangères sont reconnues et exécutoires *prima facie* par bon nombre de tribunaux nationaux. Dans une enquête menée par Bühring-Uhle auprès d'avocats du continent européen et des États-Unis sur leur perception des avantages de l'arbitrage, l'existence d'un mécanisme d'exécution était fort appréciée et a été considérée comme l'un des plus importants avantages de l'arbitrage, bon deuxième après la neutralité de l'arbitrage[1]. En l'absence d'un système réglementaire semblable, les règlements étrangers intervenus au terme d'une médiation ne peuvent pas bénéficier du même niveau de reconnaissance et de force exécutoire.

Le tableau ci-après donne un aperçu des particularités de l'arbi-

Esso Imperial Oil

trage international et de la médiation internationale. Les inconvénients perçus de la médiation sont indiqués en italiques.

Tableau comparatif des caractéristiques de l'arbitrage international et de la médiation internationale

Caractéristique	Arbitrage	Médiation
Cadre international	Un cadre juridique international bien établi et adopté par 66 pays [2] : voir la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.	Le cadre international à ses débuts et adopté par seulement 10 pays[3] : voir la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale. À l'échelon régional, voir la directive européenne sur la médiation en matière civile et commerciale (2008)
Force exécutoire des résultats	Un cadre international pour l'exécution des sentences : la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958, (la Convention de New York) qui compte 146 signataires.	Aucun cadre international en matière d'exécution des règlements intervenus au terme d'une médiation. Diverses approches quant à l'exécution selon la juridiction
Jurisprudence	Un nombre important de décisions qui interprètent le droit de l'arbitrage , ce qui donne à l'arbitrage un solide support juridique et il est permis de penser, un degré de sécurité juridique.	Un nombre restreint, mais croissant, de décisions qui interprètent le droit de la médiation, ce qui donne lieu à un manque de sécurité juridique et de prévisibilité.
Coût	Des frais liés à l'arbitrage en général élevés	Des frais liés à la médiation en général moins élevés
Délai	Un long processus qui se déroule sur plusieurs mois ou années	Le processus dure moins de temps : des jours, des semaines ou des mois
Nature des présentations	Des arguments très « légalistes » et techniques	Très souple et la médiation peut aller au-delà des questions juridiques
Pouvoir décisionnel	L'arbitre en se fondant sur les arguments juridiques présentés	Les parties selon peu importe la base qu'elles choisissent, que ce soit selon le droit, des objectifs commerciaux, financiers et personnels ou un ensemble de facteurs.

L'examen précédent donne à penser que les éventuels utilisateurs de la médiation peuvent manquer d'enthousiasme pour le processus en l'absence d'un cadre juridique avancé qui soutient les droits et les obligations des participants à la médiation, ou lorsqu'il règne une incertitude à l'égard de l'exécution.

Étant donné le rythme rapide de son essor dans tous les pays, la médiation dans le contexte international viendra sous peu à maturité en ce qui a trait à l'institutionnalisation, la réglementation et la professionnalisation, et elle sera alors en mesure de répondre aux préoccupations indiquées plus haut. Une autre question est ainsi soulevée - que fait-on entretemps pour que les éventuels utilisateurs de la médiation internationale aient une plus grande confiance dans le processus ?

Accès aux atouts des deux systèmes : introduire la médiation dans l'édifice de l'arbitrage

L'arbitrage est le processus préféré lors de différends internationaux du secteur privé. Les résultats d'une enquête de Price Waterhouse Coopers en 2008 indiquent qu'à l'égard de l'arbitrage international, les niveaux d'utilisation, d'efficacité et de satisfaction des utilisateurs sont assez élevés[5]. Toutefois, un examen plus approfondi des données de l'enquête fait ressortir le rôle important de la négociation assistée et du règlement à l'amiable dans l'arbitrage international, dont 92 % des questions sont réglées pendant les procédures arbitrales. De ce fait, il appert que les commentaires des répondants à l'enquête ne concernent peut-être pas les procédures arbitrales dans le sens strict du terme. Dans bon nombre de cas, les répondants peuvent avoir exprimé leur satisfaction envers des processus de négociation ou de médiation qui ont mené à un règlement dans le cadre de l'arbitrage.

Dans un contexte international, la médiation a lieu de plus en plus au sein du processus d'arbitrage. Cette approche compte bon nombre d'avantages. Lorsque la question est réglée à l'amiable, les parties peuvent bénéficier des avantages de la médiation dont :

- un moindre investissement en termes de temps et de coût pour régler le différend;
- des résultats qui n'auraient peut-être pas été obtenus selon un processus qui tranche le débat; et
- la possibilité d'une reprise de relations d'affaires entre les parties.

Les règlements intervenus au terme d'une médiation peuvent revêtir la forme de sentences et, en conséquence, bénéficier de la force exécutoire liée à l'arbitrage. Enfin, en l'absence d'un règlement, l'arbitrage se poursuit et les parties sont assurées d'un résultat final sous forme de sentence arbitrale. Les arbitres qui assument un rôle de médiateur ne constituent pas un fait nouveau. Cette pratique existe depuis longtemps à Taiwan et en République populaire de Chine, et également dans certaines pays de droit civil notamment en Allemagne - un reflet de la tradition juridique allemande de règlement à l'amiable[6]. Toutefois, la pratique n'est pas généralement considérée comme faisant partie de la tradition arbitrale occidentale, surtout dans les pays de *common law*.

Il semble de plus en plus que la réglementation actuelle en matière d'arbitrage tente d'harmoniser ces différentes approches en prévoyant la médiation et d'autres modes de règlement dans le cadre de l'arbitrage. Par exemple, le nouveau Règlement d'arbitrage de la CCI, qui entre en vigueur le 1er janvier 2012, inclut la média tion conduite conformément au Règlement ADR de la CCI (article 24) dans les techniques de gestion de la procédure que les parties peuvent adopter pour que le règlement du différend procède selon leurs exigences.

Les lois sur l'arbitrage et les règles de procédure qui prévoient expressément que la même personne puisse mener l'arbitrage ainsi que prendre des mesures afin de faciliter un accord ou la médiation ont été adoptés par bon nombre de pays, y compris l'Austra-

lie, l'Angleterre, l'Allemagne, Hong Kong, Singapore, l'Inde, Taiwan et le Japon[7].

Par exemple, la *Hong Kong Arbitration Ordinance*, récemment amendée, stipule à l'article 33(5) :

> [traduction]
> Aucune objection ne peut être formulée à l'encontre de la conduite de procédures d'arbitrage uniquement au motif que l'arbitre a agi précédemment comme médiateur conformément au présent article.

En conséquence, la médiation-arbitrage et la possibilité de recourir à la médiation lors d'un arbitrage sont des processus qui sont expressément reconnus à titre de procédure acceptable.

Toutefois, la *Hong Kong Ordinance* va encore plus loin et stipule à l'article 33(4) que, dans le cas où la médiation ne donne pas lieu à un règlement et que l'arbitrage reprend, un arbitre-médiateur doit divulguer tous les renseignements confidentiels divulgués lors de la médiation qui sont essentiels à la procédure d'arbitrage. Cette disposition, introduite en 2011 en amendement à l'*Arbitration Ordinance*, a pour but d'empêcher le type de situation qui est survenu aux États-Unis dans l'affaire *Bowden c Weickert*[8] où il est décidé qu'un arbitre excède sa compétence étant donné qu'il fonde sa sentence arbitrale sur des renseignements confidentiels obtenus au cours de la médiation. L'article 33(4) soulève la controverse à Hong Kong - particulièrement au sein des professionnels de la médiation. Les médiateurs de Hong Kong sont préoccupés de ce que l'article porte atteinte à l'intégrité du processus de médiation en jetant le doute sur les assurances de confidentialité qui sont une partie intégrale du processus. Ils indiquent que les parties seront peu enclines à entreprendre une communication franche et ouverte, essentielle à la médiation, sous le spectre de la divulgation par le médiateur.

En sus, ils soulèvent la question que bon nombre d'arbitres qui agissent à titre de médiateur n'ont pas reçu la formation et l'agrément appropriés, et qu'ils peuvent ne pas posséder les compétences appropriées propices à la facilitation ni maîtriser les nuances du processus. En conséquence, les possibilités que les parties tirent profit de la médiation sont sévèrement freinées.

Enfin, il est invoqué qu'il y a bon nombre de possibilités de conception du processus que les praticiens en matière de règlement de différends peuvent utiliser afin d'éviter de possibles manquements à l'équité de la procédure. Trois de celles-ci sont décrites ci-après.

BLG
Borden Ladner Gervais

1. La médiation en début de la procédure arbitrale avec un médiateur qui n'est pas un membre du tribunal d'arbitrage.
2. Des créneaux de médiation en présence de tous les membres du tribunal d'arbitrage ou avec ceux-ci qui conduisent la médiation. Un seul membre du tribunal conduit les séances de médiation en privé et, dans le cas où l'arbitrage reprend, ce membre du tribunal est remplacé. Cette possibilité permet à tous les membres du tribunal d'avoir accès aux discussions des séances en commun de la médiation, ce qui assure en conséquence que, si le différend n'est pas réglé et que l'arbitrage se poursuit, le tribunal a connaissance de tous les développements à l'exception des communications *ex parte* avec les parties et le médiateur qui est alors excusé.
3. « Med-Arb simultanés » - une procédure offerte par le Centre de médiation et d'arbitrage à Paris selon laquelle un arbitrage est mis en œuvre de manière simultanée, mais indépendamment, d'une médiation. En général, les parties conviennent d'une date de fin de la mission du médiateur. Si la médiation ne résulte pas en un règlement, alors la sentence arbitrale qui lie les parties sera rendue huit jours après la date de la fin de la mission du médiateur. Pendant les procédures parallèles, le médiateur et l'arbitre ont interdiction de s'entretenir de l'affaire. Toutefois, à la fin de chaque journée ou pendant les pauses, les parties peuvent communiquer avec leurs représentants légaux de chacune des procédures à l'égard de l'avancement des procédures.

On ne peut donner trop d'importance à la planification de procédures hybrides d'une manière qui tient compte des questions liées à l'équité des procédures, l'impartialité et la neutralité. Ce point est bien illustré dans la décision rendue à Hong Kong dans l'affaire *Gao HaiYan and Xie HePing v Keeneye Holdings Ltd and others* HCCT 41/2010 (jugement du 12 avril 2011). Cette affaire concerne une demande à Hong Kong d'annuler une sentence arbitrale rendue par la Commission d'arbitrage de Xi'an en République populaire de Chine au motif qu'il est contraire à l'ordre public d'exécuter la sentence étant donné que la procédure d'arbitrage est viciée par la partialité ou la perception de celle-ci. Une demande précédente auprès du Tribunal populaire de seconde instance de Xi'an d'annuler la sentence a été rejetée. Le différend en arbitrage concerne la validité d'une entente de transfert d'actions.

Le juge Reyes énonce que la question dont le tribunal est saisie est « de savoir si la sentence a été prononcée dans des circonstances qui porterait un observateur de bonne foi à redouter une réelle possibilité de partialité de la part du Tribunal d'arbitrage [traduction] ».

Alors que certains faits demeurent en litige, il semble que durant un ajournement des procédures d'arbitrage, un membre du Tribunal arbitral de Xi'an communique avec un avocat des intimés et demande qu'une autre personne, Zeng, qui est en bons termes avec

TORYS LLP

les intimés, le rencontre ainsi que le secrétaire-général de la Commission d'arbitrage de Xi'an (CAX). La rencontre a lieu lors d'un dîner à l'Hôtel Shangri-la. Durant la rencontre, le secrétaire-général fait savoir que, bien que le Tribunal considère l'entente de transfert d'actions comme valide, il estime que les intimés doivent compenser les demandeurs par un paiement de 250 millions de renminbis. Le secrétaire-général encourage Zeng à convaincre les intimés à adopter cette proposition. Zeng transmet l'opinion du Tribunal aux intimés qui, bien que satisfaits de la décision proposée, refusent de verser la compensation suggérée.

Lorsque l'arbitrage reprend, le Tribunal prononce une sentence déclarant que l'entente de transfert d'actions n'est pas valide - le contraire de ce qui avait été donné à penser lors du dîner au Shangri-La.

Les demandeurs affirment, et les intimés nient, que la rencontre à l'hôtel Shangri-la équivaut à une médiation selon l'article 37 du Règlement d'arbitrage de Xi'an. Le Règlement permet aux arbitres et, avec le consentement des parties, à des tiers d'agir à titre de médiateurs et de rencontrer les parties, ensemble ou séparément. En vertu du Règlement, les médiateurs sont expressément autorisés à faire des propositions de règlement aux parties.

Le juge Reyes émet des réserves quant à savoir si la soi-disant médiation respectait l'article 37 du Règlement, en indiquant bon nombre d'aspects « inhabituels » du processus, y compris :

- le lieu de la rencontre et le choix du moment, à savoir un dîner dans un hôtel plutôt qu'un lieu de rencontre officiel;
- les parties ne semblent pas avoir convenu du moment et du lieu de la médiation;
- les parties ne semblent pas avoir convenu d'un tiers « médiateur », à savoir le secrétaire-général;
- la médiation est conduite par un membre non président du Tribunal et par le secrétaire-général de la CAX, une composition inhabituelle;
- les parties ne sont pas présentes à la médiation; plutôt, la présence d'un tiers dont on pense qu'il a une influence sur les intimés est demandée;
- les demandeurs ne semblent pas avoir été consultés sur la proposition présentée aux intimés et il n'est pas clair comment le montant de compensation de 250 millions de renminbis est établi;
- les « médiateurs » demandent à la personne présente, Zeng, de « travailler les répondants au corps » pour qu'ils acceptent la proposition, ce qui semble équivaloir à plus qu'une communication neutre d'un message.

Au paragraphe 79, le juge explique que

> « ...nommer un processus une médiation ne signifie pas que tout est permis. Il y a des façons appropriées et inappropriées de conduire une médiation. Le soi-disant médiateur doit assurer continuellement, particulièrement s'il pourrait agir plus tard comme arbitre, que rien n'est dit ou fait qui puisse donner à penser à de la partialité ». [traduction]

Le juge Reyes conclut que les faits survenus à l'hôtel Shangri-la donneraient à un observateur de bonne foi « un sentiment manifeste de malaise » (54) et porterait un observateur de bonne foi à redouter une réelle possibilité de partialité (53). En conséquence, dans l'intérêt public, il refuse l'exécution de la sentence.

L'affaire *Keeneye* donne un message très fort aux praticiens en règlement de différends partout au monde. Si vous choisissez de combiner des processus de facilitation, comme la médiation, avec des processus décisionnels, comme l'arbitrage, alors il faut procéder de manière à maintenir l'intégrité des deux processus et assurer l'équité procédurale et la perception de celle-ci.

C'est aussi l'occasion pour les médiateurs de jouer un rôle plus actif dans le domaine de l'arbitrage et de ne pas laisser seuls les arbitres ouvrir les créneaux de la médiation. Les médiateurs peuvent contribuer non seulement à titre de facilitateurs de processus de médiation lors d'arbitrage, mais également à titre de concepteurs du système de règlement de différend, par l'élaboration de processus hybrides qui sont d'une équité procédurale et qui répondent aux besoins des clients.

Affichez votre publicité dans le Journal canadien d'arbitrage et de médiation
Informez-vous sur les tarifs :
janet@adrcanada.ca
ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

1 C Bühring-Uhle, L Kirchhoff et G Scherer *Arbitration and Mediation in International Business* (2e éd, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2006) aux pages 108–109 et C Bühring-Uhle, G Scherer and L Kirchhoff, « The Arbitrator as Mediator: Some Empirical Insights » (2003) 20 *Journal of International Arbitration* 81–88. Voir également les conclusions de G Lagerberg et L Mistelis, *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2008* (PWC: London 2008) disponible au www.pwc.co.uk.

2 Les données sont disponibles sur le site de la CNUDCI : www.uncitral.org.

3 Les données sont disponibles sur le site de la CNUDCI : www.uncitral.org.

4 Par exemple, voir le recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (CLOUT) au www.uncitral.org.

5 Voir G Lagerberg et L Mistelis, *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2008* (PWC: London 2008) disponible au www.pwc.co.uk.

6 Voir Bühring-Uhle et al (2006), note plus haut 89 à 128.

7 Voir l'article 27 de la *Commercial Arbitration Act* 1984 (NSW), l'article 51 de l'*English Arbitration Act* (1996), le paragraphe 1053 du Code de procédure civile allemand (ZPO), l'article 33 de la *Hong Kong Arbitration Ordinance* 1996, les articles 16–17 de la *Singapore International Arbitration Act* 1995, l'article 30 de *l'Indian Arbitration and Conciliation Act* 1996, les articles 44 et 45 de la *Taiwanese Arbitration Act*, et l'article 38(4) de la *Japanese Arbitration Act* (2003). En Angleterre, voir le *2009 Draft Report of the CEDR Commission on Settlement in International Arbitration*, qui étudie les avantages et les risques en matière d'arbitres qui agissent comme médiateurs et qui tentent d'autres modes de règlement et qui établit un règlement type à l'égard de cette pratique : disponible au www.cedr.com.

8 *Bowden c Weickert* N° S–02–017, 2003 WL 21419175 au *7 (Ohio AP 6 Dits 20 juin 2003) et étudié par J Cobain et P Thompson, dans « *Disputing Irony: A Systématic Look at Litigation about Mediation* » (2006) 11 *Harvard Negotiation Law Review* 99 aux pages 100–101. Les auteurs notent que « les mêmes préoccupations sur le traitement inadéquat des renseignements confidentiels rendent problématiques la dualité de service de médiateur et de tuteur à l'instance ». [traduction]

Carol Craig

Collaborative Law and Estates Matters

Carol Craig is an Associate in the Ottawa office of Borden Ladner Gervais where she practises Family and Estate Litigation. Carol graduated from the Faculty of Law at the University of Ottawa in 2006 and was admitted to the Bar of the Province of Ontario in 2007. She has recently completed her Collaborative Law training and looks forward to establishing both a Collaborative Family and a Collaborative Estates practice.

Overview

Collaborative law has been adopted by many practitioners as an effective way to resolve family law disputes. Given the many similarities between family and estates matters, collaborative law should be considered as a viable alternative to litigating estates disputes.

1. What is Collaborative Practice?

Collaborative law, a relatively new alternative dispute resolution method, was developed by Stuart Webb, a Minnesota divorce lawyer, in 1990.[1] The method requires each party in the dispute to retain their own trained collaborative lawyer and to work together to achieve an efficient and fair settlement that would be mutually beneficial to all parties without the underlying threat of litigation.

As part of the process, the lawyers and their clients sign an agreement that litigation or the threat of litigation will not be used to resolve any issues. Each lawyer further agrees to disqualify themselves from representing their clients if no settlement is achieved and the matter goes to court.[2] The parties, in turn, focus on resolving the issues rather than blaming each other.

The approach is geared towards settlement from the beginning as it involves the commitment of the parties to resolve their dispute outside the court system. All necessary information is exchanged freely, yet confidentially, throughout the process. Since the approach is tailored to the needs and interests of both clients, problems are solved mutually and privately, key long-term relationships are preserved, and costly litigation is avoided.

2. Why Collaborative Law is So Successful in Family Law Practice

Collaborative law has been applied successfully to family law practice where it has been found to be both accessible and adaptable. Throughout the process, the parties participate actively with their lawyers in reaching a settlement. In contrast to the traditional method of litigation, parties can craft the process they want to follow and they are in control of their schedule instead of being subject to arbitrary scheduling orders by the court or the availability of a judge.[3] Considerations in scheduling include the amount of time required to proceed through the steps of the process and the convenience of the parties. Parties also have the option of agreeing jointly on what information is necessary to resolve the dispute and when that information should be delivered. In addition, jurisdiction and choice of law issues do not arise in the collaborative process as parties are not bound to have their matters adjudicated in specific forums.

Another advantage to the collaborative law process is that it can reduce significantly the costs associated with resolving the dispute. In effect, lawyers can spend their billable time towards achieving a mutually beneficial resolution for their clients, as opposed to preparing for civil procedural discovery requirements, motions, or trials. Furthermore, unlike traditional litigation, if experts are required, they are retained jointly and the cost is shared between the parties. Since the expert remains neutral, he or she can also help the parties reach a mutual resolution quicker. For example, the settlement rate for a collaborative law divorce is well above that of both divorce mediations and litigations.[4]

The collaborative process is also more predictable for clients than litigation. The initial agreement the lawyers and parties sign can outline the steps of the process. There are no surprises or ambushes as the parties are working together to resolve the issues according to an agenda both parties have agreed to follow.[5] The collaborative process can also resolve issues faster than litigation because the process is more client accessible and is not subject to court backlogs for trials and motions.

Collaborative law is preferable to mediation because it encourages the lawyers for the parties to participate actively in the process to ensure that there is an even playing field. In mediation, a power imbalance between parties can occur due to their negotiating ability, financial sophistication or the previous control and submission dynamics of their relationship.[6] Mediators may be reluctant to step in to rectify these imbalances because they may fear they will be perceived as taking sides. Moreover, there is a greater chance that parties may end up with an unqualified mediator instead of a poorly trained collaborative lawyer due to the lack of regulation over mediators.

The parties in collaborative law approach the process as a team to build on areas of mutual agreement and to reach a superior settlement. The team approach requires the

parties and their lawyers to work together with other professionals, including coaches, financial consultants, and other specialists if required. Mental health professionals are also used to assist the parties by helping them develop better listening skills as well as expressing themselves in a more clear, yet less offensive, manner. Communication coaches are used to assist parties in developing the habit of speaking in the first person which is an important skill for interest-based negotiations.[7]

Negotiations in collaborative law focus on the interests of the parties rather than their positions. This is because the positional approach undermines the negotiation process and creates a competitive atmosphere, where parties believe only one side can win. But considering the time and costs spent on litigation, there are no true winners. In contrast, the interest based negotiations that occur in collaborative law begin with open discovery. The parties focus on sharing relevant information, and creating solutions that are more likely to result in both sides' interests and needs being satisfied.

Although the traditional litigation method may also end up in settlement, the process that is taken to achieve it is often lengthy and costly. In addition, the parties cannot focus primarily on settlement, since the threat of litigation is always present. Often times parties make last minute decisions under considerable pressure because they do not want to end up in trial.[8] The parties often agree to this settlement because they feel they have little alternative, and not because it is a reasonable solution to the issues. Not only are they usually not really satisfied with these decisions, but they are dissatisfied with the costs associated with achieving the settlement, and the legal process in general.

In comparison, collaborative law takes away the threat of litigation and allows the parties to focus on settlement. Furthermore, parties are not forced into last minute decisions, and can come to decisions on their own schedule, resulting in more satisfying agreements.

3. Why Collaborative Law Should be Considered to Resolve Estate Matters

Although collaborative law arose out of family law practice, the process has ready application to other matters including estates.[9] It is especially suitable to matters where maintaining the relationships between the disputing parties is important and the clients do not wish to end up in court. In estate matters the parties are often family members, and disputes that end up in court can damage family relationships. Estate disputes may not only have the emotional dynamics present in family law, but also often have more family members involved. Besides the parties in the dispute, these cases can also affect the children and other relatives who, although not directly involved in the matter, end up taking sides.[10] The collaborative law practice promotes mutual respect of the parties, and helps to rebuild the relationships, while avoiding the loss of control, expense, delay and publicity inherent in litigation.[11]

Disputes also often involve a mix of legal and non-legal issues only some of which can be addressed by litigation. Complicated assets are often involved and the best decisions might require creative solutions and the help of joint experts. Similar to collaborative law in the family context, in estate disputes experts can often reduce costs instead of increasing them because they help the process move more quickly and efficiently. Mental health professionals can also be used to provide grief counselling or anger management in estate matters that involve highly emotional parties. Other experts such as financial experts, who may not be involved in family law matters, can provide assistance in areas such as opinions on economic damages, business planning, and special needs trusts.[12]

Privacy is a concern in both the family and estate contexts. Collaborative law is beneficial as negotiations take place off the record and away from the public courthouse.[13]

Finally, given the nature of the disputes in estate matters, as in family matters, litigation is time consuming and expensive. Most parties prefer to resolve the dispute as quickly as possible without spending the funds in the decedent's estate on legal fees. Otherwise, these legal fees can become counterproductive to reaching a resolution which would be against all parties' best interests.

4. Challenges Posed by the Collaborative Process

Although the collaborative process offers many benefits, it also has potential shortcomings. One general problem is that like other forms of mediation, the collaborative law process can be used to delay or obstruct settlement and for other improper purposes such as obtaining information.[14]

In the collaborative process, information is meant to be exchanged freely, honestly and with good faith; however, there is no means to compel discovery. There are no sanctions for noncompliant parties who do not exchange information freely, but the fact that any party can terminate the col-

laborative law process at any time for any reason may induce both parties to cooperate.[15] Furthermore, a series of face to face negotiations in an informal atmosphere may be helpful in determining the credibility of the information provided by the other party.

One challenge that would need to be overcome is that there are often far more parties in estate disputes than in family law matters. Having too many parties would not be appropriate from a proportionality perspective and, given the small size of the estate bar, could prove a barrier to finding the required number of qualified counsel.[16] Statutory parties, such as unknown creditors who are unlikely to enter the process resulting in a two track approach, can also complicate the process.[17] Parties may also be unrepresented and decisions would have to be made regarding their need for representation and participation.

Estate matters are further complicated by parties such as minors or disabled persons. In Ontario, the Children's Lawyer or the Public Guardian and Trustee only get authority to act when proceedings are commenced.[18] It might be necessary to start the proceedings in order to get the appointment and then divert the proceedings through the collaborative law process. This is unlike family law, where the objective is never to start proceedings. Special care would be required to make sure that these parties are not taken advantage of throughout the process.

Although the collaborative process can be taken advantage of by any set of parties seeking to resolve their issues, it is less accessible to lower income classes because of the steep financial entry costs of retaining counsel. This is especially problematic due to the financial consequences that would result if the collaborative process fails to resolve the dispute. Proposals to reduce the cost of the process include limiting the participation of other professionals in the process whenever feasible. Parties may also wish to proceed on a "pay-as-you-go" basis, where the rate of work proceeds according to the finances of the parties. [19]

Some of the problems with collaborative law can be avoided by only using the process in appropriate cases. The lawyer must assess the appropriateness of the matter for the collaborative law process before having the client sign an agreement. The lawyer must consider whether other methods such as litigation, mediation, arbitration and expert evaluation are more appropriate.[20] This is important because unlike other forms of alternative dispute resolution, the lawyer is required to disqualify him or herself from the matter if it is necessary to proceed to court. It is critical that as part of the screening process lawyers advise their clients of the benefits and risks of participating in the collaborative law process, including the fact that they will not litigate the dispute if it does not settle, and that the client must retain new counsel to handle the matter at trial. In addition, clients should also be informed about the potential personal and economic costs if a matter does not settle.[21]

In estate matters the disqualification requirement poses a greater problem because the estate bar is quite small.[22] This problem increases dramatically if the disqualification applies to the entire firm as opposed to the individual. Lawyers are also fearful that they may lose clients if they have to withdraw, forcing their clients to retain and build relations with another firm. In reality however, the vast majority of cases settle and never go to trial.[23] If lawyers properly screen their clients and assess the appropriateness of the matter for the collaborative process, it is probable that a lawyer will not be required to withdraw.

Alberta
Environmental Appeals Board

5. Conclusion

Collaborative law is a tested method of dispute resolution that has succeeded in the family law context and, given its adaptability and accessibility, it is probable that it will be an effective method at resolving issues within estate matters. Collaborative law avoids the loss of control, expense, delay and publicity that is present in traditional litigation. In addition, it takes away the threat of litigation, allowing the parties to focus on producing a high quality agreement that will be responsive to the parties' needs. Although it may face several challenges, the creative ability of the participants is the only true limitation.

I would like to express my appreciation to my Articling Student, Qasim Ebrahimi, for his assistance in the preparation of this article.

1 Normon Solovay, "The Future of Collaborative Law" (2008) 1 NY Disp Resol Law 61 [*Solovay*].
2 Jennifer A. Treloar, "The Collaborative Law Process" (Paper delivered at the Return of the Six-Minute Family Lawyer Program, Law Society of Upper Canada, Toronto, 26 October 2000), [*Treloar*].
3 Sherrie R. Abney, "The Evolution of Civil Collaborative Law" (2009) 15 Tex Wesleyan L Rev 495 at 503 [*Abney*].
4 *Solovay, supra* note 1 at 61.
5 *Abney, supra* note 3 at 509.
6 *Solovay, supra* note 1 at 62.
7 *Abney, supra* note 3 at 504.
8 *Treloar, supra* note 2 at 4.
9 Marilyn A. K. Scott, "Collaborative Law: Dispute Resolution Competencies for the 'New Advocacy'" (2008) 8 Queensland U Tech L & Just J 213 at 221.
10 Elizabeth J. Kates, "Collaborative Law for Probate Disputes: an emerging trend" (2010), online: Collaborative Lawyers <http://www.collaborativelawflorida.com/Articles/Collaborative-Law-for-Probate-Disputes.html>.
11 Collaborative Practice Committee, *Collaborative Practice in South Australia*, online: Law Society of South Australia <http://www.lawsocietysa.asn.au/other/collaborative_law.asp>.
12 *Abney, supra* note 3 at 513.
13 *Abney, supra* note 3 at 502.
14 *Solovay, supra* note 1 at 62.
15 J. Herbie DiFonzo, "A Vision for Collaborative Practice: The Final Report of the Hofstra Collaborative Law Conference" (2009) 38 Hofstra L Rev 569 at 585 [*DiFonzo*].
16 *Rhijn, supra* note 18.
17 "Collaborative Process: Probate & Trust Administration" (March 2011), online: KCBA <http://www.kcba.org/streaming/documents/collaborative-collaborative_process_probate_mar2011.pdf>
18 *Rhijn, supra* note 22.
19 *Ibid.* at 606.
20 Difonzo, *supra* note 15 at 575.
21 Difonzo, *supra* note 15 at 574.
22 Judy van Rhijn, "Growing Pains", *Canadian Lawyer Magazine* (October 2010), online: Canadian Lawyer Magazine <http://www.canadianlawyermag.com/Growing-pains.html> [*Rhijn*].
23 *Abney, supra* note 3 at 512.

Le droit collaboratif et les questions successorales

Carol Craig

Carol Craig est avocate et exerce dans le domaine du litige successoral et en droit de la famille, au bureau d'Ottawa de Borden Ladner Gervais. Carol a obtenu son diplôme en droit de la faculté de droit de l'Université d'Ottawa en 2006 et est membre du Barreau du Haut-Canada depuis 2007. Elle a récemment suivi une formation en droit collaboratif et compte établir une pratique en droit collaboratif, à la fois en matière successorale et familiale.

Aperçu

Bon nombre d'avocats ont recours au droit collaboratif à titre d'approche efficace pour régler des différends en matière de droit de la famille. Étant donné que les questions familiales et successorales ont de nombreux aspects semblables, le droit collaboratif doit être considéré comme une solution de rechange pratique aux procès en matière de successions.

1. Qu'est-ce que le droit collaboratif?

Le droit collaboratif, un mode assez récent de règlement extrajudiciaire des différends, a été élaboré en 1990 par Stuart Webb, un avocat du Minnesota exerçant dans le domaine du droit de la famille, particulièrement en matière de divorce[1]. Ce mode requiert que chaque partie à un différend retienne les services d'un avocat qui a suivi une formation en droit collaboratif et qu'ils travaillent ensemble afin de conclure un règlement juste et efficace qui profite à toutes les parties, sans la menace sous-jacente d'une poursuite judiciaire.

Dans le cadre du processus, les avocats et leurs clients signent une entente où ils conviennent que les poursuites judiciaires ou la menace de celles-ci ne seront pas utilisées pour régler une question. En outre, chaque avocat convient de se désister et de ne pas représenter son client si aucun règlement n'intervient et l'affaire est portée devant les tribunaux[2]. En contrepartie, les parties se concentrent sur le règlement des questions et non sur les récriminations.

Dès le début, l'approche est axée sur le règlement étant donné qu'elle comprend l'engagement des parties à régler leur différend hors du système judiciaire. Toute l'information est partagée sans contrainte, néanmoins confidentiellement, tout au long du processus. Étant donné que l'approche est personnalisée afin de répondre aux besoins des deux parties, les problèmes sont résolus d'un commun accord et en privé, les relations à long terme importantes sont préservées, et un procès à grands frais est évité.

2. Pourquoi le droit collaboratif donne de si bons résultats dans le contexte du droit de la famille

Le droit collaboratif a été mis en œuvre avec succès dans le cadre du droit de la famille où il a fait preuve à la fois d'accessibilité et d'adaptation. Tout au long du processus, les parties participent activement avec leurs avocats à la conclusion d'un règlement. Au contraire de la méthode classique de litige, les parties peuvent élaborer un processus qu'elles désirent suivre et elles maîtrisent leur calendrier au lieu d'être soumises aux mises au rôle arbitraires du tribunal ou à la disponibilité d'un juge[3]. Les facteurs dont il est tenu compte dans l'établissement du calendrier comprennent le temps requis pour réaliser les étapes du processus et la commodité pour les parties. Les parties ont également la possibilité de convenir ensemble des renseignements nécessaires au règlement du différend et du moment où ces renseignements sont fournis. En sus, les questions de compétence et de droit applicable ne sont pas soulevées dans le processus collaboratif étant donné que les parties ne sont pas tenues de soumettre leurs différends à un tribunal en particulier.

Un autre avantage du processus de droit collaboratif est qu'il peut réduire de façon importante les coûts liés au règlement d'un différend. En effet, les avocats peuvent utiliser le temps facturable pour assurer un règlement qui convienne aux deux parties, au lieu de préparer les étapes de communication et d'interrogatoire préalables, des requêtes, ou des procès. En outre, au contraire des litiges classiques, si des experts sont requis, leurs services sont retenus conjointement et les frais sont partagés entre les parties. Étant donné que l'expert demeure neutre, il peut également aider les parties à convenir plus rapidement d'un règlement à l'amiable. Par exemple, le taux de règlement de différends en matière de divorce grâce au droit collaboratif est bien supérieur à celui des règlements obtenus grâce à la médiation et lors de procès[4].

Pour les clients, le processus collaboratif est également plus prévisible qu'un procès. L'entente initiale que les avocats et les parties signent peut indiquer les étapes du processus. Il n'y a pas de surprises ni de pièges du fait que les parties travaillent ensemble pour régler les questions selon un programme dont les deux parties ont convenu[5]. Le processus collaboratif peut également régler les questions plus rapidement qu'un procès étant donné que le processus est plus accessible au client et qu'il n'est pas soumis à l'arriéré judiciaire en matière de procès et de requêtes.

Le droit collaboratif est préférable à la médiation du fait qu'il encourage les avocats des parties à participer activement au processus afin d'assurer ce que les règles du jeu soient les mêmes pour tous. En médiation, il peut y avoir un déséquilibre entre les pouvoirs des parties en raison de leur habileté à négocier, leur maîtrise des questions financières ou des rapports antérieurs de contrôle et de soumission au sein de la relation[6]. Les médiateurs peuvent hésiter à intervenir pour corriger la situation parce qu'ils peuvent craindre d'être perçus comme ayant un parti pris. En outre, en raison de l'absence de réglementation de la médiation, il y a de plus grandes possibilités que les parties se retrouvent devant un médiateur sans compétence que devant un avocat qui a reçu une piètre formation en droit collaboratif.

Dans le cadre du droit collaboratif, les parties s'engagent en équipe dans le processus pour prendre appui sur un terrain d'entente et parvenir à un meilleur règlement. L'approche d'équipe exige que les parties et leurs avocats travaillent ensemble avec

d'autres professionnels, y compris des mentors, des consultants financiers, et autres spécialistes, s'il y a lieu. On peut également faire appel à des professionnels de la santé mentale au soutien des parties qui les aident à acquérir de meilleures aptitudes à écouter et à s'exprimer de façon plus claire et moins déplaisante. Dans le domaine de la communication, les mentors aident les parties à cultiver l'habitude de parler à la première personne, ce qui est une aptitude importante lors de négociations axées sur les intérêts[7].

En droit collaboratif, la négociation est axée sur les intérêts des parties plutôt que sur leurs positions. Il en est ainsi car l'approche fondée sur les positions mine le processus de négociation et crée un climat de compétition, où les parties croient qu'une seule peut avoir gain de cause. Toutefois, en tenant compte du temps et des coûts liés aux procès, il n'y a pas de véritable gagnant. En revanche, la négociation fondée sur les intérêts qui a lieu en droit collaboratif commence par une communication préalable ouverte. Les parties se concentrent sur le partage de l'information pertinente, et sur l'élaboration de solutions qui soient plus à même de répondre aux besoins et aux intérêts des deux parties.

Quoiqu'un règlement puisse également intervenir dans le cadre d'un litige classique, le processus pour arriver à cette fin est souvent long et dispendieux. En sus, les parties ne peuvent pas se concentrer principalement sur un règlement, du fait que la menace du procès est omniprésente. Bon nombre de fois, les parties prennent une décision à la dernière minute sous le coup d'une énorme pression étant donné qu'elles ne veulent pas aller à procès[8]. Souvent, les parties conviennent d'un règlement du fait qu'elles pensent qu'il n'y a pas d'autre solution, et non pas que c'est une solution raisonnable aux questions. Non seulement en général elles ne sont pas réellement satisfaites de ces décisions, mais elles sont mécontentes des frais liés à la conclusion du règlement et du processus judiciaire en général.

À cet égard, le droit collaboratif enlève la menace de procès et permet aux parties de se concentrer sur un règlement. En outre, les parties ne sont pas obligées de prendre des décisions de dernière minute, et peuvent arriver à des décisions à leur rythme, ce qui donne lieu à des ententes qui répondent mieux aux besoins des parties.

3. Pourquoi le droit collaboratif doit être pris en compte pour régler des questions successorales

Quoique le droit collaboratif soit né de la pratique en droit de la famille, le processus s'applique facilement à d'autres domaines, notamment celui du droit des successions[9]. Il convient particulièrement aux questions où le maintien de relations entre les parties au différend est important et que les clients ne souhaitent pas aller devant les tribunaux. Dans les questions successorales, les parties sont souvent des membres de la famille, et les différends qui sont portés devant les tribunaux peuvent nuire aux relations familiales. Les différends en matière de succession peuvent non seulement avoir la dynamique émotionnelle liée au droit de la famille, mais également concerner plus de membres de la famille. Outre les parties au différend, ces cas peuvent également concerner des enfants et d'autres parents qui, bien qu'ils ne soient pas directement concernés, au fil du temps choisissent un camp[10]. La démarche en droit collaboratif encourage le respect réciproque des parties, et aide à rebâtir les relations, tout en évitant la perte de contrôle, les frais, les délais et l'aspect public inhérents au procès[11].

Bon nombre de fois, les différends concernent du même coup une combinaison de questions juridiques et non juridiques dont seulement quelques-unes peuvent être résolues par un procès. Des questions complexes liées aux actifs sont souvent en jeu et la meilleure décision peut requérir des solutions créatives et l'aide d'experts communs. Semblable au droit collaboratif dans le contexte de la famille, dans le cadre de différends successoraux, les experts peuvent souvent contribuer à diminuer les frais et non les augmenter du fait qu'ils aident à faire avancer le processus plus rapidement et efficacement. Les professionnels de la santé mentale peuvent de même fournir des consultations aux endeuillés ou en maîtrise de la colère dans des dossiers de succession qui concernent des parties hautement émotives. D'autres experts dont les experts financiers, qui peuvent ne pas être concernés par des questions de droit de la famille, peuvent fournir une aide, comme des opinions sur le dommage financier, la planification d'entreprise et les fiducies liées aux besoins spéciaux[12].

Le respect de la vie privée est une préoccupation tant dans un contexte familial que dans un contexte successoral. Le droit collaboratif est utile du fait que les négociations ont lieu en confidence et loin d'un palais de justice public[13].

Enfin, étant donné la nature des différends en matière successorale, tout comme en matière familiale, le procès prend beaucoup de temps et est dispendieux. Bon nombre de parties préfèrent régler un différend le plus rapidement possible sans dilapider les fonds de la succession en frais juridiques. Autrement, ces frais juridiques peuvent nuire à la conclusion d'un règlement, ce qui va à l'encontre de l'intérêt supérieur de toutes les parties.

4. Les problèmes à résoudre en matière de processus collaboratif

Bien que le processus collaboratif offre de nombreux avantages, il présente de même des lacunes. Un problème général est que, tout comme les autres modes de médiation, le processus de droit collaboratif peut être utilisé afin de retarder ou d'entraver un règlement ou à d'autres fins inappropriées comme l'obtention de renseignements[14].

Dans un processus collaboratif, l'information est censée être partagée sans contrainte, honnêtement et de bonne foi; toutefois, il n'y aucun moyen d'exiger une communication préalable. Il n'y a aucune sanction envers une partie qui ne divulgue pas l'information sans contrainte; cependant le fait qu'une partie puisse en tout temps mettre fin au processus de droit collaboratif pour n'importe quelle raison peut inciter les parties à collaborer[15]. En outre, une série de séances de négociations face à face peuvent aider à déterminer la crédibilité de l'information fournie par l'autre partie.

Un obstacle qui doit être surmonté est qu'il y a souvent beaucoup plus de parties à un différend successoral qu'à un différend en matière de droit de la famille. Selon le principe de la proportionnalité, un grand nombre de parties n'est pas approprié et, étant donné le petit nombre d'avocats qui exerce le droit successoral, peut être un obstacle à retenir les services d'avocats de ce domaine[16]. Les parties autorisées par la loi à intervenir, comme les créanciers inconnus qui ne participeront pas en toute vraisemblance au processus, ce qui donne lieu à une approche à deux volets, peuvent également compliquer le processus[17]. De plus, les parties peuvent être non représentées et des décisions doivent être prises à l'égard de leur besoin en matière de représentation et de participation.

Les questions successorales sont compliquées davantage par des parties comme les mineurs ou les personnes handicapées. En Ontario, l'avocat des enfants ou le Tuteur et curateur public ne sont autorisés à agir que lorsqu'une instance est introduite[18]. Il peut être nécessaire d'introduire une instance afin d'obtenir une nomination et alors faire dévier l'instance vers le processus de droit collaboratif. C'est à l'inverse du droit de la famille, où l'objectif est de ne jamais introduire d'instance. Il faut prendre soin de s'assurer que ces parties ne sont pas exploitées durant le processus.

Bien que le processus collaboratif puisse profiter à tout ensemble de parties qui cherchent à régler leur différend, il est moins accessible aux tranches de faible revenu en raison des frais initiaux élevés liés au fait de retenir les services d'un avocat. Ceci est particulièrement critique en raison des conséquences financières si le processus collaboratif ne réussit pas à régler le différend. Les propositions en vue de réduire le coût du processus comprennent la restriction de la participation d'autres professionnels au processus dans la mesure du possible. Les parties peuvent également choisir de procéder selon un mode de « paiement au fur et à mesure », où les travaux procèdent selon les finances des parties [19].

Quelques problèmes liés au droit collaboratif peuvent être évités en utilisant le processus seulement dans les cas appropriés. L'avocat doit évaluer si la question convient au processus de droit collaboratif avant que le client ne signe l'entente. L'avocat doit examiner si d'autres modes comme un procès, la médiation, l'arbitrage et une évaluation par un expert sont plus appropriés[20]. Ceci est important étant donné qu'à la différence des autres modes de règlement extrajudiciaire des différends, l'avocat est requis de se désister du dossier s'il est nécessaire de procéder devant un tribunal. Il est essentiel que, faisant partie intégrale du processus d'évaluation, les avocats avisent leurs clients des avantages et des risques liés à la participation au processus de droit collaboratif, y compris le fait qu'ils ne pourront pas représenter leurs client devant les tribunaux si le différend n'est pas réglé, et que le client devra retenir les services d'un nouvel avocat pour s'occuper du dossier au procès. En sus, les clients doivent être informés des coûts financiers et personnels possibles si le différend n'est pas réglé[21].

Dans les questions successorales, l'exigence en matière de désistement pose un plus grand problème étant donné que le nombre d'avocats qui exercent dans ce domaine est assez restreint[22]. Ce problème augmente énormément si le désistement s'applique à tout le cabinet et non à un seul avocat. Les avocats craignent également de perdre les clients s'ils doivent se désister, ce qui oblige leurs clients à retenir les services d'un autre cabinet et à établir des relations avec celui-ci. Toutefois, en fait, la grande majorité des dossiers sont réglés et ne vont jamais à procès[23]. Si les avocats sélectionnent correctement leurs clients et évaluent la convenance de la question au processus collaboratif, il est probable que l'avocat ne soit pas requis de se désister.

5. Conclusion

Le droit collaboratif est un mode éprouvé de règlement de différends qui a réussi dans le cadre du droit de la famille et, étant donné son adaptabilité et son accessibilité, il est probable qu'il soit un mode efficace de règlement de différends successoraux. Le droit collaboratif permet d'éviter la perte de contrôle, les frais, les délais et la publicité qui font partie des litiges classiques. En sus, il enlève la menace d'un procès, permettant aux parties de se concentrer sur la conclusion d'une entente de qualité qui répond aux besoins des parties. Bien qu'il y ait un nombre d'obstacles à surmonter, la faculté de création des participants est la seule véritable restriction.

« Je tiens à témoigner de ma vive reconnaissance envers mon stagiaire, Qasim Ebrahimi, pour son aide à la préparation de cet article. »

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.

1 Normon Solovay, « *The Future of Collaborative Law* » (2008) 1 NY Disp Resol Law 61 [*Solovay*].
2 Jennifer A. Treloar, « *The Collaborative Law Process* » (Communication faite dans le cadre du *Return of the Six-Minute Family Lawyer Program*, Barreau du Haut-Canada, Toronto, le 26 octobre 2000), [*Treloar*].
3 Sherrie R. Abney, « *The Evolution of Civil Collaborative Law* » (2009) 15 Tex Wesleyan L Rev 495 p. 503 [*Abney*].
4 *Solovay*, note 1 *supra* p. 61.
5 *Abney*, note 3 *supra* p. 509.
6 *Solovay*, note 1 *supra* p. 62.
7 *Abney*, note 3 *supra* p. 504.
8 *Treloar*, note 2 *supra* p. 4.
9 Marilyn A. K. Scott, « *Collaborative Law: Dispute Resolution Competencies for the 'New Advocacy'* » (2008) 8 Queensland U Tech L & Just J 213 p. 221.
10 Elizabeth J. Kates, « *Collaborative Law for Probate Disputes: an emerging trend* » (2010), en ligne : Collaborative Lawyers <http://www.collaborativelawflorida.com/Articles/Collaborative-Law-for-Probate-Disputes.html>.
11 *Collaborative Practice Committee, Collaborative Practice in South Australia*, en ligne : Law Society of South Australia <http://www.lawsocietysa.asn.au/other/collaborative_law.asp>.
12 *Abney*, note 3 *supra* p. 513.
13 *Abney*, note 3 *supra* p. 502.
14 *Solovay*, note 1 *supra* p. 62.
15 J. Herbie DiFonzo, « *A Vision for Collaborative Practice: The Final Report of the Hofstra Collaborative Law Conference* » (2009) 38 Hofstra L Rev 569 à 585 [*DiFonzo*].
16 *Rhijn*, note 18 *supra*.
17 « *Collaborative Process: Probate & Trust Administration* » (March 2011), en ligne : KCBA <http://www.kcba.org/streaming/documents/collaborative-collaborative_process_probate_mar2011.pdf>
18 *Rhijn*, note 22 *supra*.
19 *Ibid.* à 606.
20 Difonzo, note 15 *supra* p. 575.
21 Difonzo, note 15 *supra* p. 574.
22 Judy van Rhijn, « *Growing Pains* », *Canadian Lawyer Magazine* (Octobre 2010), en ligne : Canadian Lawyer Magazine <http://www.canadianlawyermag.com/Growing-pains.html> [*Rhijn*].
23 *Abney*, note 3 *supra* p. 512.

Jennifer D. Bergman

Mediators' Power :
A Study of Mediators' Views about the Sources of Power they Possess and Use

Introduction

Whether or not they choose to acknowledge it, Mediators consciously or unconsciously use the power they have, which stems from various sources to effect how a mediation unfolds.[1] The parties also perceive the mediator as possessing power and this also influences the mediation process and the parties thereto.[2] Although the power possessed by the mediator can never be fully eschewed, it can be used consciously by the mediator so as to assist and not hinder the mediation process.[3] Where mediators are conscious not only of the power dynamics between the disputing parties but also about the power they personally possess and the power dynamics between themselves and the disputing parties, they will be in the best position to effectively guide the mediation process.[4]

There are a variety of views on the issue of power in mediation: how and when power should be used (if at all), and even what 'power' is and whether mediator power has a role to play, or in fact exists, in mediation.[5] The controversy over the concept of power as it relates to conflict and particularly as it relates to ideas of whether the mediator possesses power in the mediation and whether and how this power (if any) should be used, is related in part to the various conceptions of power espoused by different schools of thought within the field, and is also intimately related to the various conceptions about mediation, its purpose, and the appropriate role of the mediator.[6] While power is a complex concept, which has been defined in various ways,[7] for my purposes, I have essentially conceptualized 'power' in terms of the influence the mediator has in mediation – what are the bases from which this influence can be drawn, and how it is used.

Variations in conceptions of mediation and about appropriate mediation practices and goals abound.[8] There are gaps between mediation theory and mediation practice, and flexibility is required in the different circumstances of different cases such that, in practice, there tends to be overlap on the continuum across which the different conceptions can be located.[9] These realities make it difficult, if not impossible, to make any firm generalizations about what mediation is, its purpose, the role to be played by the mediator, and the power imbued to the mediator in this role and how it is used. That being said, while the sources of power described and the skills, techniques, and approaches used to develop and implement them will not be universally applicable, mediators are imbued with power in the mediation whether they choose to acknowledge it or not. This power, whether consciously exercised or not, has a big role to play in influencing the mediation process and the disputing parties and thus, the ultimate outcome that is reached.[10] This reality requires that we gain a better understanding of the sources of power possessed by the mediator, how they are used, and mediators' own perceptions about the power possessed by or available to them (or even whether they believe they possess any power) and how they use it (or how they believe they eschew its use).

The Study – A Survey of Mediators in Toronto, Ontario

As part of an examination of the sources of power possessed by mediators, which sources of power mediators use, and how they use these sources of power to effectively guide the mediation process, a small survey of mediators practicing in Toronto, Ontario was conducted. This survey was conducted for purposes of testing and supplementing the existing literature on these issues. The survey sought to ascertain mediators' views about the power they believe they possess in their role as mediator and how they use this power. Participants were asked to provide this information by answering a short online questionnaire. The majority of the questions on the questionnaire set out fixed response options; however, allowance was made for respondents to go beyond these fixed response options by selecting the 'other' category and inserting the information they wished. In addition, the final question was open-ended and invited respondents to provide any additional comments they wished to make. The questionnaire is attached as Appendix A.

The participants for the study were recruited from the list of members practicing as mediators in Toronto, Ontario of two organizations, the ADR Institute of Ontario, Inc. and the ADR Chambers. The ADR Institute of Ontario, Inc. is one of six affiliates of the non-profit organization, the ADR Institute of Canada, Inc., and provides information about mediation and arbitration, access to mediators and arbitrators in Ontario, and a regulatory structure for its members.[11] ADR Chambers is an alternative dispute resolution company whose members are retired judges, experienced lawyers, and other dispute resolution professionals, which provides conflict resolution services (including mediation), across Canada and internationally.[12]

A search of the ADR Institute of Ontario, Inc.'s database[13] conducted on January 3, 2011 identified 189 mediators practicing in

Toronto, Ontario. E-mail addresses for all 189 of these mediators were available on the ADR Institute of Ontario, Inc.'s website. A search of the ADR Chambers database[14] conducted on January 3, 2011 identified 60 mediators practicing in the Ontario region, 50 of whom were listed with a 'Home City' of 'Toronto' or 'GTA'. Of the 50 mediators from the ADR Chambers database with a 'Home City' of 'Toronto' or 'GTA', e-mail addresses could not be located for 16 of them, making the total number of potential participants from the ADR Chambers database 34. Removing any duplication between the list from the ADR Institute of Ontario, Inc. and ADR Chambers, resulted in a total number of 214 mediators.

On February 15, 2011, I sent an e-mail to these 214 mediators to request participation in my study by following the link provided and completing a short questionnaire online. Delivery of the e-mail failed for 8 of the e-mail addresses to which the e-mail was sent, resulting in a final total number of potential participants for the study of 206 mediators. Two follow-up e-mails were sent. The questionnaire was closed to responses on March 19, 2011.

Response Rate

Seventy-five questionnaires were completed, for an overall response rate of 36.41%.[15] For two questions on the questionnaire (questions 7 and 8) however, only 74 records were found valid for purposes of analysis. In questions 7 and 8, respondents were asked to rank various sources of power in terms of possession (question 7) and use (question 8). There were some response categories in questions 7 and 8 for which entries were invalid or missing, making the valid responses for some of the categories less than 74. Finally, it bears noting that some respondents assigned the same rank to more than one source of power in questions 7 and 8, and that for purposes of analysis, each answer category was treated individually. The response frequencies for each answer category in questions 7 and 8 will be discussed throughout this paper, as will the remainder of the results.

Possible Limitations of Questionnaire

It bears noting that the way the study was framed may have affected the response rate (and the representativeness of the results), as it may have disinclined mediators who do not believe they possess and use power from even considering responding to the questionnaire or, upon reviewing the questionnaire, from completing it. While the questionnaire allowed respondents the opportunity to indicate they do not believe that, as mediator, they have any power, it was framed from the perspective of looking at what power mediators *do* possess and use, rather than *whether* they have any power.

The results may also have been affected by the way the questionnaire was designed, as the respondents were limited in their ability to go in a direction that I had not anticipated.[16] The different ways some of the terms used in the questionnaire can be conceptualized and understood may also have resulted in some confusion about what certain questions or response categories meant. Finally, the survey records self-reflection by the respondents about the power they possess and use in mediation. When relying on self-reflection, measurement error may occur as a result of a respondent's failure to be truthful, misunderstandings about the questions, and/or inability to accurately recall past events.[17] In addition, the sources of power possessed and used by a mediator will vary with the circumstances of a given mediation, thus making it difficult to make a blanket statement about (and ranking for) these sources of power, which is essentially what respondents were asked to do in the questionnaire.

Characteristics of Respondents

Of the mediators who responded, 37.33% are female and 62.67% are male. The vast majority (90.67%) of respondents are aged 40 to 59 (46.67%) and 60 to 79 (44%). A minority of respondents are aged 18 to 29 (1.33%) and 80 to 99 (1.33%), with the balance of respondents being aged 30 to 39 (6.67%). There was a pronounced gender difference in the 60 to 79 age group, with males making up 81.81% of this group, and females 18.18%. The 40 to 59 age group was fairly balanced between males (48.57%) and females (51.42%). These gender and age characteristics are detailed in Figure 1.

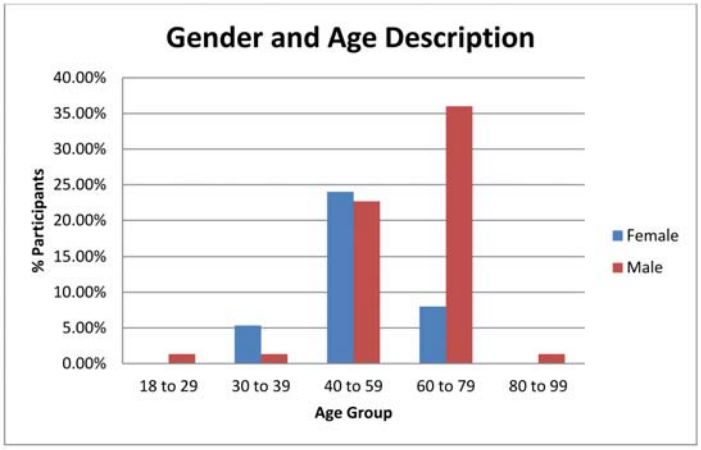


*Figure 1: Respondents' Characteristics by Gender and Age **

Just over forty-one percent (41.33%) of respondents have 6 to 15 years of experience working as a mediator. The second main categories of experience working as a mediator were 3 to 5 years (21.33%) and 16 to 30 years (25.33%). The predominant age in the 6 to 15 years of experience category was 60 to 79 (making up 54.85% of this category) and in the 3 to 5 years and 16 to 30 years of experience was 40 to 59 (50.02% and 57.92%, of each category, respectively). These findings are detailed in Figure 2.

The majority of respondents' employment experience (outside of acting as a mediator) was lawyer (50.67%). Just over thirteen percent (13.33%) of respondents possessed experience in the listed professions of accountant (5.33%), psychologist (1.33%), retired judge (2.67%), social worker (1.33%), and teacher (2.67%). Thirty-six percent of responses regarding employment experience were 'other' professions than those listed.

Results

Relative Importance Assigned to Sources of Power a Mediator May Possess and Use

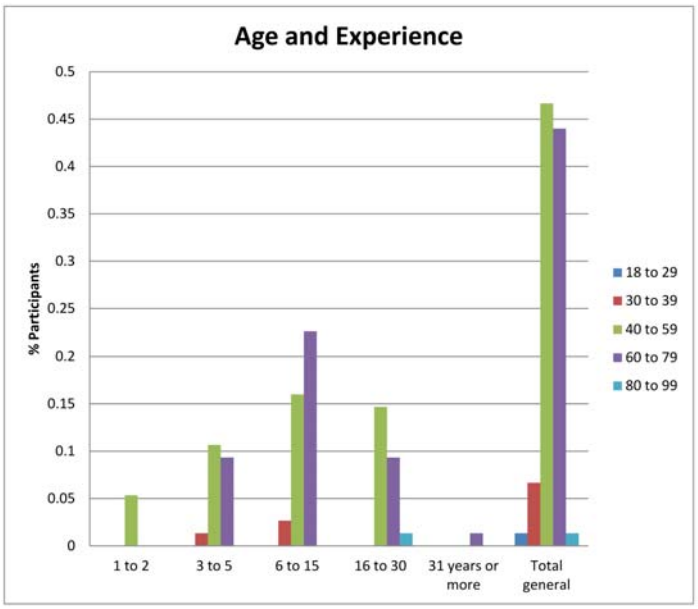


*FIGURE 2: Respondents' Characteristics by Age and Experience **

To ascertain the relative importance assigned to the sources of power a mediator may possess, respondents were asked to rank the listed sources of power (and any others that they wished to specify) that they, as mediator, possess within the mediation, with '1' indicating the source conferring the greatest degree of power. Of the sources of power listed in the questionnaire, the sources were ranked, on average, as follows (starting with the source that was perceived as conferring the greatest degree of power): 'knowledge and expertise' (2.3); 'appointment by the parties (voluntary participation)' (2.4); and 'framing and reframing issues, problems, and discussions, and generating ideas' (2.5) and 'design and control of the mediation process' (2.5). 'Personal characteristics and relationship with the parties' and 'links to the legal structure' were perceived as conferring less power than the above-mentioned categories, receiving average rankings of 3.2 and 3.5, respectively. Receiving the lowest average ranking (4.1), was 'ability to withdraw from the mediation (alternative to a negotiated solution)'.

To ascertain the relative importance assigned to the sources of power a mediator uses, respondents were asked to rank the listed sources of power (and any others that they wished to specify) that they, as mediator, use to guide the mediation process, with '1' indicating the source most important to enabling them to guide the mediation process effectively. Of the sources of power listed in the questionnaire, the sources were ranked, on average, in the following order (starting with most important): 'knowledge and expertise' (2.3), 'framing and reframing issues, problems, and discussions, and generating ideas' (2.3) and 'design and control of the mediation process' (2.3); 'appointment by the parties (voluntary participation)' (2.6); 'Personal characteristics and relationship with the parties' (2.8); and 'ability to withdraw from the mediation (alternative to a negotiated solution)' (3.3). Receiving the lowest average ranking (3.6) was 'links to the legal structure'. The average rankings in terms of sources of power possessed and used are depicted in Figure 3.

As a review of the rankings assigned to the various sources of power in terms of possession and use confirms, the sources of power one possesses is not the same as their uses of power.[18] This reality provides a plausible explanation for the finding of significant differences ($p<0.005$) between the average rankings assigned

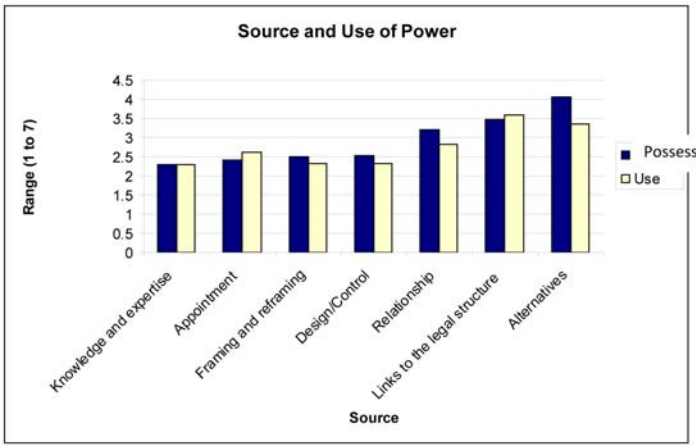


*FIGURE 3: Sources of Power Possessed and Used (comparison of average rankings) **

to the sources of power respondents (1) possessed and (2) used in relation to the categories of 'framing and reframing issues, problems, and discussions, and generating ideas' and 'ability to withdraw from the mediation (alternative to a negotiated solution)'. While there is a difference between the possession and use of a source of power, it should be remembered that the various sources of power possessed and used by mediators are not unrelated; the survey data revealed significant correlations (at the 0.05 and 0.01 level (bilateral)) between a number of the sources of power respondents' possessed and used.

Appointment by Parties

Only a small percentage (5.33%) of the respondents in the study indicated they believed the power they possess as mediator comes from the parties. While this could arguably detract from the notion that mediator power may be derived from the parties, as the majority (78.67%) of respondents indicated power is related to both the parties and the position they hold as mediator, it is more likely that respondents attribute the power they possess as mediator not only to the parties, but to this and to the position they hold as mediator (see Figure 4).

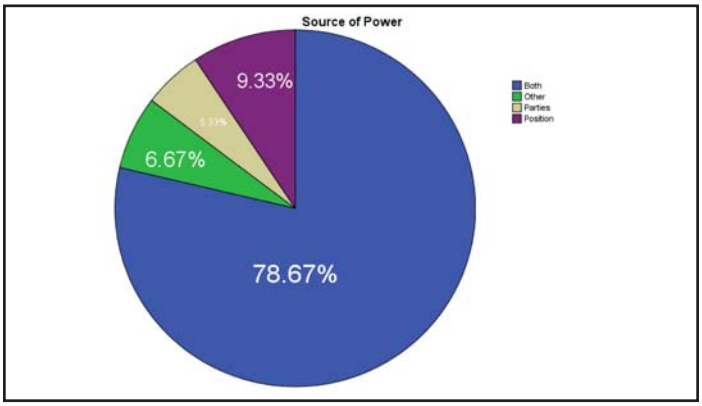


*FIGURE 4: Beliefs Regarding Foundations of Mediator Power **

This explanation is substantiated by the fact that 'appointment by the parties (voluntary participation)' received the second highest average ranking (2.4) of all the listed sources of power possessed, and that the main ranking (selected by 39.4% of respondents) assigned to this source of power was a '1'. It is also noteworthy however, that 8.5% of respondents ranked this source of power with a '0', indicating that some respondents in fact did not believe this was a source of power they possessed. As noted above, 'appointment by the parties (voluntary participation)' received the fourth (following a three-way tie for first) highest average ranking (2.6) of the listed sources of power used by the mediator. While this source of power was ranked as a '1' by 28.2% of respondents, 19.7% indicated (by inserting a rank of '0') that they do not use this source of power, and the ranks of '3', '4', '5', '6', and '7' were each selected by 8.5% of respondents, which results suggest a possible disparity between the views respondents hold in relation to the use of this source of power.

Design and Control of Process

'Design and control of the mediation process', as a source of power possessed, was assigned a rank of '1' by 29.7% of respondents and, as either a '2' or '3' by 39.2% of respondents, and no respondents ranked it as a '7'. As noted, this source of power tied for the third highest average ranking amongst the listed sources of power possessed by mediators. Interestingly, 'design and control of the mediation process' received an average ranking (2.3), tying for most important amongst the listed sources of power used by mediators. This source of power was ranked a '1' by 33.8% of respondents, and only 23% of respondents ranked it a '4' or '5' and only 1.4% ranked it a '7', although 6.8% indicated (by inserting a '0') that they did not use this source of power.

Framing and Reframing (and Idea Generation)

The main rankings assigned to 'framing and reframing issues, problems, and discussions, and generating ideas' as a source of power possessed, were '1' (27.8%) and '2' (29.2%), with only 1.4% of respondents indicated (by ranking '0') they do not believe they possess this source of power. As noted above, this source of power tied for the third highest average ranking amongst the sources of power listed in terms of possession. In addition, 'framing and reframing issues, problems, and discussions, and generating ideas' received an average ranking of 2.3, tying it for most important amongst the listed sources of power used by mediators. Over eighty percent of respondents ranked it as either a '1' (30.1%), '2' (31.5%) or '3' (21.9%), and only 1.4% indicated (by inserting a '0') that they did not use this source of power. These findings substantiate the idea that mediators use the techniques of framing and reframing to manage communication behaviour, making it an important source of power exercisable by the mediator.[19]

Knowledge and Expertise

The degree of power conferred by 'knowledge and expertise' is evident as this source of power had the highest average ranking of the sources of power listed (possession) and as 63.5% of respondents ranked this source of power as a '1' (40.5%) or a '2' (23.0%), and no respondents ranked it as a '0' (that is to say none indicated they do not believe they possess this source of power) or as a '7' – unfortunately, no delineation was made in the questionnaire between procedural and substantive, so these results do not evidence which (or both) of these types of knowledge or expertise respondents were thinking of. 'Knowledge and expertise' tied for most important of the listed sources of power used by the mediator, receiving an average ranking of 2.3. It was assigned a rank of '1' by 43.2% of respondents, with only '9.5%' of respondents assigning it a rank of '5' or '6', and no respondents ranking it as a '7'. The importance of this source of power is further confirmed by the fact that no respondents indicated (by inserting a rank of '0') that they did not use this source of power.

Credibility

Credibility, of the mediator and of the mediation process, is one of the major sources of power for mediators.[20] This notion is reinforced by the fact that, although not included as a fixed response option in the questionnaire, 'credibility' still came up in the results.

Benefits of Membership with the Institute /

Avantages aux membres de l'Institut

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.
416-487-4733 — 1-877-475-4353
admin@adrcanada.ca, www.adrcanada.ca

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

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

Links to Legal Structure

Even in mediations which are not mandated or court-ordered, linkages to the legal system can be an important source of power for a mediator; the "consensual nature of the mediation process may be diminished by the reality that a third party (a court) may be asked to impose a decision unless the parties can agree upon one; sometimes described as 'bargaining in the shadow of the law'".[21]

Over twenty percent (20.8%) of respondents indicated (by inserting a ranking of '0') they did not believe that 'links to the legal structure' was a source of power they possessed, and only 25% ranked this source of power as a '1', '2', or '3'. As noted above, this source of power received the second lowest average ranking of all the listed sources of power on the questionnaire in terms of sources of power possessed, and the lowest average ranking in terms of sources of power used. 'Links to the legal structure' was ranked a '7' by 18.1% of respondents as a source of power used by mediators, and 20.8% of them indicated (by inserting a rank of '0') they did not use this source of power.

While these results may be construed as indicating that this source of power is not seen as conferring a great deal of (or any) power, it may also evidence a failure on the part of the respondents to consider the interactional nature of power and the role of perception, and the reality that a power holder need not be aware of or actively using a source of power to have an effect.[22]

Personal Power and Relationship with Parties

While 24.7% of respondents ranked 'personal characteristics and relationship with the parties' as a '1' in terms of sources of power possessed, 42.5% ranked it as between a '4', '5', or '6', 5.5% ranked it as a '7', and 8.2% ranked it with a '0'. In addition, as noted, this source of power received the third lowest average ranking in terms of sources of power possessed, and the third lowest average ranking in terms of sources of power used. Furthermore, in terms of use, it was ranked as a '1' by 30.6% of respondents, as '4', '5', or '6' by 36.1% of respondents, and as a '0' by 8.3% of respondents (meaning they do not use this source of power). One possible explanation for these results is a failure to recognize the role this source of power may play in augmenting other sources of power. While it also may be that this source of power is not considered as important as some of the others listed, other studies have found that the rapport established with the parties is a very important (key) element in a mediators' success.[23]

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

Alternative to a Negotiated Solution

The directive nature of this source of power, and its implications, offer one possible explanation as to why 'ability to withdraw from the mediation (alternative to a negotiated solution)' was ranked as a '1' by only 14.1% of respondents, with 32.4% ranking it '5' or '6', 26.8% ranking it a '7', and 19.7% indicating (by rank of '0') that they do not believe they possess this source of power. Reticence to use this directive source of power may also offer one explanation as to why it received the lowest average ranking of all the listed sources of power in terms of possession, and the second lowest average ranking (outside of 'links to the legal structure') as a source of power used. This source of power was ranked as a '7' by 12.5% of respondents, however, it was ranked as a '6' by 27.8% of respondents, and 31.9% indicated (by rank of '0') that they do not use this source of power. In addition, as noted, ability to withdraw was one of only two categories which showed significant differences ($p<0.005$) between the average ranking attributed to it in terms of its (1) possession and (2) use, which difference may well reflect a reticence to use this very coercive source of power.

Conclusion

There are a number of potential sources of power which a mediator may possess or seek to develop.[24] As with power generally, mediators may possess and/or use the various sources of power simultaneously, they may use different sources of power at different stages of the process, or they may not possess or not use a given source of power in a given mediation.[25] The discourse on dispute resolution is replete with discussions about the power dynamics between the disputing parties; however, it is much more limited (and controversial) regarding the power possessed by the mediator and the resulting power dynamics between the mediator and the disputing parties.[26] While the results of this study evidence differing views amongst mediators about the power they possess and use, it lends credence to the notion that mediators do in fact possess and use various sources of power within mediation.

In addition to showing that mediators do possess and use power (and that they are aware of this reality), the results of the study also suggest that mediators are more aware of or are more actively using certain sources of power as compared to others. Interestingly, the respondents generally recognized and attributed more importance to sources of power which they could actively seek to develop and use (knowledge and expertise, framing and reframing, and design and control of the mediation process), as opposed to the more latent or invisible sources of power (links to the legal structure and ability to withdraw from the mediation (alternative to a negotiated solution)). While links to the legal structure and ability to withdraw from the mediation are sources of power which a mediator may actively seek to develop and use, they are also the sources which arguably will be present without any action being taken by the mediator; the presence and effect of these sources of power come from the reality that the parties will likely have to turn to the courts if they are unable to reach a resolution.[27] The

lower rankings attributed to personal characteristics of the mediator and their relationship with the parties as a source of power may similarly have arisen as a result of this source of power being more latent then some of the others; while arguably less tangible then some of the others, it is hard to imagine personal characteristics and/or relationship with the parties not having an important role in the mediation,[28] if for no other reason than the role this source of power may play in augmenting other sources of power. The lower rankings attributed to personal characteristics and relationship with the parties are also interesting in light of the importance attributed to appointment by the parties (voluntary participation) as a source of power mediators possess, although they do seem to coincide with the lower ranking attributed to appointment by the parties as a source of power used. While it may be that these sources of power really confer less power on the mediator or are less important for guiding the mediation process, it also may well be that these sources of power do confer significant power and do have a significant effect on the mediation, much more so than the mediator may know (remember, a mediator need not be actively using, or even aware of a given source of power for it to have an effect[29]).

The mediator is a key player in the mediation process and has a key role to play in how this process unfolds and the outcome that ultimately is reached.[30] It is imperative that our knowledge about the sources of power possessed and used by the mediator, and the effects these sources of power have on the mediation participants and the mediation outcome, continue to be explored and reflected upon, both by individual practitioners and the field as a whole.[31] The results of this study suggest a need for individual mediators (and for the field as a whole) to consider actively not only the power mediators actively seek to develop and use, but also to reflect seriously on the power that may be projected upon the mediator by virtue of their role and the circumstances of the given case, and how this power affects the mediation participants and the mediation outcome.

Jennifer D. Bergman, B.A., LL.B., LL.M. holds a Masters in Law with a focus in Alternative Dispute Resolution. Ms. Bergman practices family law with J K Hannaford Barristers (Professional Corporation) in Toronto. She is a member of the Law Society of Upper Canada and the Law Society of British Columbia (non-practising).

1 Bernard Mayer, "The Dynamics of Power in Mediation and Negotiation" (1987) 16 *Mediation Quarterly* 75 [Mayer, "Power in Mediation"] at 75, 82 & 78; Omer Shapira, "Exploring the Concept of Power in Mediation: Mediators' Sources of Power and Influence Tactics" (2009) 24 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 535 at 542 & 568; Christopher W. Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 3rd ed. (San Francisco: Jossey-Bass, 2003) at 18; Bernard Mayer, *The Dynamics of Conflict Resolution: A Practitioner's Guide* (San Francisco: Jossey-Bass, 2000) [Mayer, "Dynamics"] at 55 & 57; Bernard Mayer, *Beyond Neutrality: Confronting the Crisis in Conflict Resolution* (San Francisco: Jossey-Bass, 2004) [Mayer, "Beyond Neutrality"] at 135; see also Arghavan Gerami, "Bridging the Theory-and-Practice Gap: Mediator Power in Practice" (2009) 26 *Conflict Resolution Quarterly* 433 at 439; consider also Dorothy J. Della Noce, Robert A. Baruch Bush, & Joseph P. Folger, "Clarifying the Theoretical Underpinnings of Mediation: Implications for Practice and Policy" (2002) 3 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 39 at 47.

2 See Colleen M. Hanycz, "Through the Looking Glass: Mediator Conceptions of Philosophy, Process and Power" (2005) 42 *Alberta Law Review* 819 at 875; Gerami, *ibid.* at 440; see also Mayer, "Beyond Neutrality", *ibid.*

3 Mayer, "Power in Mediation", *supra* note 1 at 75; see also Mayer "Beyond Neutrality", *ibid.* at 138.

4 Mayer "Power in Mediation", *ibid.* at 79-80 & 85; see also Margaret S. Herrman et al., "Defining Mediator Knowledge and Skills" (2001) 17 *Negotiation Journal* 139 at 145 & 150.

5 Consider the various views about the concept of power, and the relationship between these views, reflected in the findings of Hanycz, *supra* note 2.

6 Hanycz, *ibid.* at 875-880; Gerami, *supra* note 1 at 440, 437 & 434; consider Della Noce, Bush, & Folger, *supra* note 1 at 47.

7 Shapira, *supra* note 1 at 537; see also Mayer, "Dynamics", *supra* note 1 at 50; Bernard Mayer, *Staying with Conflict: A Strategic Approach to Ongoing Disputes* (San Francisco: Jossey-Bass, 2009) [Mayer, "Staying"] at 152-153; Gerami, *ibid.* at 439; Steven Lukes, *Power: A Radical View*, 2nd ed. (Houndmills and New York: Palgrave Macmillan, 2005) at 30, 15, 19, 24-25 & 28-29.

8 Julie Macfarlane, "The Mediation Alternative" in Julie Macfarlane, ed., *Rethinking Disputes: The Mediation Alternative* (Toronto: Emond Montgomery Publications Limited, 1997) 1 at 13; see also Leonard L. Riskin, "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed" (1996) 1 *Harvard Negotiation Law Review* 7 [Riskin, "Understanding Orientations"] at 8.

9 See Christopher Honeyman, Barbara McAdoo & Nancy Welsh, "Here There Be Monsters: At the Edge of the Map of Conflict Resolution" in *The Conflict Resolution Practitioner* (monograph published 2001 by the Office of Dispute Resolution, Georgia Supreme Court) online: Convenor Conflict Management <http://www.convenor.com/madison/monsters.pdf>; consider also Leonard L. Riskin, "Who Decides What? Rethinking the grid of mediator orientations" (2003) 9:2 *Dispute Resolution Magazine* 22 [Riskin, "Who Decides"] at 22 & 24; Riskin, "Understanding Orientations", *ibid.* at 24-25 & 36; Leonard L. Riskin, "Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System" (2003) 79 *Notre Dame Law Review* 1 [Riskin, "Decisionmaking"] at 14 & 17; Mayer, "Beyond Neutrality", *supra* note 1 at 145-146; Dwight Golann, "Variations in Mediation: How – and Why – Legal Mediators Change Styles in the Course of a Case" (2000) 2000 *Journal of Dispute Resolution* 41 at 47 & 61.

10 Gerami, *supra* note 1 at 439; see Mayer, "Dynamics", *supra* note 1 at 210; see also Mayer "Beyond Neutrality", *ibid.* at 135.

11 ADR Institute of Ontario, Inc., online: <http://adrontario.ca/> at http://www.adrontario.ca/about/what_we_do.cfm & http://www.adrontario.ca/index.cfm.

12 ADR Chambers, online: <http://adrchambers.com/ca/> at http://adrchambers.com/ca/company/.

13 Accessible via http://adrontario.ca/.

14 Accessible via http://adrchambers.com/ca/.

15 The results of the survey were analyzed and processed with the assistance of Juan Rodriguez, A.b.D Psychology. The data were analyzed using a Data Quality process with SPSS ver 18. As a result of this test, 75 records were found valid. For each question missing values were observed. After a descriptive analysis, a non parametric test (Wilcoxon Ranks Test) was performed. Additional frequency analysis, correlations and group of experience analysis were conducted.

16 Consider Kathi Miner-Rubino, Toby Epstein Jayaratne & Julie Konik, "Using Survey Research As A Quantitative Method for Feminist Social Change" in Sharlene Nagy Hesse-Biber, ed. *Handbook of Feminist Research: Theory and Praxis* (Thousand Oaks: Sage Publications, Inc., 2007) 199 at 213.

17 Royce Singleton Jr. & Bruce C. Straits, *Approaches to Social Research*, 3rd ed. (New York: Oxford University Press, Inc. 1999) at 247.

18 See also Mayer, "Dynamics", *supra* note 1 at 62.

19 See Moore, *supra* note 1 at 382; Susan S. Silbey & Sally E. Merry. "Mediator Settlement Strategies" (1986) 8 *Law & Policy* 7 at 15.

20 See Mayer, "Power in Mediation", *supra* note 1 at 80; see also Michael P. Silver, *Mediation and Negotiation: Representing Your Clients* (Toronto and Vancouver: Butterworths Canada Ltd., 2001) at 88.

21 Macfarlane, *supra* note 8 at 3.

22 Mayer, "Dynamics", *supra* note 1 at 58; Shapira, *supra* note 1 at 560; Mayer, "Staying", *supra* note 7 at 156; Hanycz, *supra* note 2 at 875; see also Mayer, "Beyond Neutrality", *supra* note 1 at 135. (The results may also have been affected by some confusion over the meaning of 'links to the legal structure').

23 See Stephen B. Goldberg, "The Secrets of Successful Mediators" (2005) 21 *Negotiation Journal* 365 at 365, 366, 372 & 374; Stephen B. Goldberg & Margaret L. Shaw, "The Secrets of Successful (and Unsuccessful) Mediators Continued: Studies Two and Three" (2007) 23 *Negotiation Journal* 393 at 395 & 414; see also Moore, *supra* note 1 at 93.

24 Shapira, *supra* note 1 at 542.

25 See *ibid.*

26 *Ibid.* at 536.

27 Macfarlane, *supra* note 8 at 3.

28 Consider the findings of other studies regarding the importance of the rapport established with the parties (see Note 23).

29 Mayer, "Power in Mediation", *supra* note 1 at 75 & 82.; see also Mayer "Beyond Neutrality", *supra* note 1 at 135; Consider also Hanycz, *supra* note 2 at 875.

30 Michael Noone, *Mediation* in Julie Macfarlane, series ed. *Essential Legal Skills Series* (London: Cavendish Publishing Limited, 1996) at 33; see also Silver, *supra* note 20 at 87; Gerami, *supra* note 1 at 434 & 439; see also Mayer, "Beyond Neutrality", *ibid.*; consider also Deborah M. Kolb & Kenneth Kressel, "The Realities of Making Talk Work" in Deborah M. Kolb, ed., *When Talk Works: Profiles of Mediators* (San Francisco: Jossey-Bass, 1994) 459 at 469.

31 The gender differences within the age groups (in particular the 60 to 79 age group) and the differences in the years of experience as a mediator possessed by respondents as delineated by age range (in particular the predominant age group in the 16 to 30 years of experience category), are also fertile ground for further theorizing and future study.

* We regret the quality of the graphs in this article.
They were submitted in a format that could not be altered.

Appendix A:Questionnaire

1. Electronic Consent: Please select your choice below.

Clicking on the "I CONSENT" button below indicates that you consent to participate in the research project described herein conducted by Jennifer D. Bergman; you have understood the nature of this project; and you wish to participate. You will not be waiving any of your legal rights by consenting to participate.

❑ I CONSENT to participate in this research project ❑ I DO NOT CONSENT to participate in this research project

Survey - Please Answer the Following Questions:

2. Are you: ❑ Male ❑ Female

3. How old are you?

❑ 18 to 29 ❑ 30 to 39 ❑ 40 to 59
❑ 60 to 79 ❑ 80 to 99

Other (please specify):_____

4. How many years have you worked as a mediator?

❑ Less than 1
❑ 1 to 2 ❑ 3 to 5 ❑ 6 to 15 ❑ 16 to 30
❑ 31 years or more

5. What employment experience, outside of acting as a mediator, do you possess? Please check all that apply.

❑ Accountant ❑ Retired Judge ❑ Lawyer ❑ Social Worker ❑ Psychologist ❑ Teacher
❑ Other (please specify):

_____

6. Do you believe the power that you possess as mediator comes from:

❑ The parties. ❑ The position you hold as mediator.
❑ Both the parties and the position you hold as mediator.
❑ Other (please specify):

_____

7. Please rank the sources of power that you, as mediator, possess within the mediation, with "1" indicating the source conferring the greatest degree of power. Please assign a rank to each of the listed sources of power. If you do not believe you possess a listed source of power, please insert a ranking of "0" for that source of power.

❑ Appointment by the parties (voluntary participation)
❑ Design and control of the mediation process
❑ Framing and reframing issues, problems, and discussions, and generating ideas
❑ Knowledge and expertise
❑ Links to the legal structure
❑ Ability to withdraw from the mediation (alternative to a negotiated solution)
❑ Personal characteristics and relationship with the parties
❑ Other - Please specify source of power and assign a rank

_____

_____

8. Please rank the sources of power that you use to guide the mediation process effectively, with "1" indicating the source most important to enabling you to guide the mediation process effectively. Please assign a rank to each of the listed sources of power. If you do not use a listed source of power, please insert a ranking of "0" for that source of power.

❑ Appointment by the parties (voluntary participation)
❑ Design and control of the mediation process
❑ Framing and reframing issues, problems, and discussions, and generating ideas
❑ Knowledge and expertise
❑ Links to the legal structure
❑ Ability to withdraw from the mediation (alternative to a negotiated solution)
❑ Personal characteristics and relationship with the parties
❑ Other - Please specify source of power and assign a rank

_____

_____

9. **If you wish to provide any additional comments about the power you, as mediator, possess, and/or about how you use this power to guide the mediation process effectively, please do so in the space provided.**

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

Le pouvoir du médiateur : Une étude de l'opinion des médiateurs sur les sources de pouvoir qu'ils détiennent et exercent

Jennifer D. Bergman

Introduction

Qu'ils le reconnaissent ou non, les médiateurs, sciemment ou non, exercent leur pouvoir qui provient de diverses sources, pour influer sur la façon dont se déroule une médiation[1]. Les parties perçoivent également que le médiateur détient un pouvoir[2], ce qui a une influence également sur le processus de médiation et les parties à celle-ci. Bien que le pouvoir détenu par le médiateur ne peut pas être entièrement évité, il peut être exercé sciemment par le médiateur afin d'aider le processus de médiation et non y nuire[3]. Lorsque les médiateurs sont conscients non seulement de la dynamique du pouvoir entre les parties au différend, mais également du pouvoir qu'ils détiennent personnellement et de la dynamique du pouvoir entre les parties au différend et eux, ils ont alors en main tous les éléments nécessaires pour diriger efficacement le processus de médiation[4].

Il existe bon nombre d'opinions sur la question de pouvoir dans la médiation : comment et quand un pouvoir doit être exercé, s'il y a lieu, et même ce qu'est un « pouvoir » et quant à savoir si le pouvoir du médiateur a un rôle à jouer, ou même existe, dans la médiation[5]. Le débat à propos de la notion de pouvoir dans le cas de différends et particulièrement lorsqu'il est question de savoir si le médiateur détient un pouvoir en médiation et si et comment ce pouvoir, le cas échéant, doit être exercé, est lié en partie aux diverses notions de pouvoir que différents courants de pensée dans le domaine préconisent, et est également lié de près aux diverses conceptions de la médiation, son objectif, et le rôle approprié du médiateur[6]. Bien que le pouvoir soit une notion complexe, qui a été définie de diverses façons[7], aux fins des présentes, j'ai conceptualisé le « pouvoir » en fonction de l'influence que le médiateur a sur une médiation - quelles sont les bases sur lesquelles reposent cette influence, et comment elle est exercée.

Il existe bon nombre de variations en matière de conception de la médiation et des pratiques et objectifs appropriés de la médiation[8]. Il y a des écarts entre la théorie et la pratique en matière de médiation, et tellement de flexibilité est requise dans les différentes circonstances des différents dossiers qu'en pratique, il existe en général un chevauchement dans le continuum dans lequel les différentes notions peuvent se situer[9]. Cette réalité rend difficile, voire impossible, toute généralisation ferme de ce qu'est la médiation, son objectif, le rôle du médiateur, et le pouvoir attribué au médiateur dans son rôle et comment il est exercé. Ceci dit, bien que les sources de pouvoir décrites et les compétences, les techniques, et les approches mises en œuvre afin de les élaborer et les mettre en pratique ne soient pas universellement applicables, les médiateurs détiennent un pouvoir dans la médiation qu'ils le reconnaissent ou non. Ce pouvoir, qu'il soit exercé sciemment ou non, a un rôle important à jouer en raison de son influence sur le processus de médiation et sur les parties au différend et, en conséquence, sur le résultat final obtenu[10]. Cette réalité exige que nous acquérions une meilleure compréhension des sources de pouvoir détenu par le médiateur, de la manière que le pouvoir provenant de ces sources est exercé, et des perceptions propres du médiateur à l'égard du pouvoir qu'il détient ou dont il dispose (ou savoir s'il estime qu'il détient un pouvoir) et de quelle manière il l'exerce (ou comment il estime qu'il s'abstient de l'exercer).

L'étude - Une enquête auprès de médiateurs à Toronto, en Ontario

Dans le cadre de l'examen des sources de pouvoir que détiennent les médiateurs, de quelles sources provient le pouvoir que les médiateurs exercent, et de quelle manière ils exercent le pouvoir provenant de ces sources afin de diriger efficacement le processus de médiation, une petite enquête a été menée auprès de médiateurs qui pratiquent à Toronto, en Ontario. Cette enquête a été menée à des fins de vérification de la littérature actuelle sur ces questions et de complément à celle-ci. L'enquête vise à établir l'opinion des médiateurs sur le pouvoir qu'ils estiment détenir dans leur rôle de médiateur et sur la manière qu'ils exercent ce pouvoir. Il a été demandé aux participants de fournir cette information en répondant à un court questionnaire en ligne. La plupart des questions du questionnaire établissent des options de réponses fixes; toutefois, les répondants ont la possibilité d'aller au-delà de ces options en choisissant la catégorie « autre » et en inscrivant l'information qu'ils désirent. En outre, la dernière question est ouverte et demandent aux répondants de fournir tout commentaire additionnel qu'ils désirent. Le questionnaire est joint à la présente à l'annexe A.

Les participants à l'enquête ont été recruté parmi la liste de membres qui agissent à titre de médiateurs à Toronto, en Ontario, de deux organismes, *ADR Institute of Ontario*, Inc. et *ADR Chambers*. *ADR Institute of Ontario, Inc*. est un des six affiliés de l'organisme sans but lucratif, l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc., et fournit des renseignements sur la médiation et l'arbitrage, l'accès aux médiateurs et aux arbitres en Ontario, et une structure de réglementation de ses membres[11]. *ADR Chambers* est une société de règlement extrajudiciaire de différends dont les membres sont des juges à la retraite, des avocats chevronnés, et autres professionnels en règlement de différends, et qui fournit des services en matière de règlement de différends, dont la médiation, au Canada et à l'étranger[12].

Une recherche dans la banque de données d'*ADR Institute of On-*

tario, Inc.[13] menée le 3 janvier 2011 indique que 189 médiateurs pratiquent à Toronto, en Ontario. Les adresses électroniques de tous ces 189 médiateurs sont disponibles sur le site Internet d'*ADR Institute of Ontario, Inc*. Une recherche dans la banque de données d'*ADR Chambers*[14] menée le 3 janvier 2011 indique que 60 médiateurs pratiquent en Ontario, dont 50 résident à Toronto ou dans la RGT. Des 50 médiateurs de la banque de données d'*ADR Chambers* qui résident à Toronto ou dans la RGT, l'adresse électronique de 16 d'entre eux n'est pas disponible, ce qui porte le nombre de participants possibles de la banque de données d'*ADR Chambers* à 34. Après correction du double compte des listes d'*ADR Institute of Ontario*, Inc. et *ADR Chambers*, le total est de 214 médiateurs.

Le 15 février 2011, j'ai envoyé un courriel à ces 214 médiateurs pour leur demander de participer à mon étude en cliquant sur un lien et en remplissant un court questionnaire en ligne. De ceux-ci, 8 courriels n'ont pas été livrés, ce qui donne un nombre final de participants possibles à l'étude de 206 médiateurs. Deux courriels de relance ont été envoyés. La date de clôture de remise des réponses au questionnaire était le 19 mars 2011.

Le taux de réponse

En tout, 75 questionnaires ont été remplis, ce qui donne un taux de réponse global de 36,41 %[15]. Toutefois, à deux questions du questionnaire (les questions 7 et 8), seulement 74 enregistrements ont été déterminés valides aux fins de l'analyse. Aux questions 7 et 8, les répondants doivent évaluer les diverses sources en fonction du pouvoir détenu (question 7) et du pouvoir exercé (question 8). Il y a un nombre de catégories de réponses aux questions 7 et 8 dont les entrées sont invalides ou manquantes, ce qui porte le nombre de réponses valides pour certaines catégories à moins de 74. Enfin, il importe de noter que certains répondants donnent la même importance à plus d'une source de pouvoir aux questions 7 et 8, et qu'à des fins d'analyse, chaque catégorie de réponses est traitée en particulier. La fréquence de réponse pour chacune des catégories de réponses aux questions 7 et 8 est examinée tout au long de cet article, ainsi que les autres résultats.

Les lacunes possibles du questionnaire

Il importe de noter que la façon dont l'étude a été présentée peut avoir une incidence sur le taux de réponse (et la représentativité des résultats), étant donné qu'elle a peut-être rendu les médiateurs qui estiment qu'ils ne détiennent pas et n'exercent pas de pouvoir peu enclins à penser même répondre au questionnaire ou, après avoir examiné le questionnaire, à le remplir. Bien que le questionnaire donne aux répondants la possibilité d'indiquer qu'ils estiment que, à titre de médiateur, ils ne détiennent aucun pouvoir, il a été conçu de façon à étudier le pouvoir que les médiateurs détiennent et exercent *en fait*, et non s'ils détiennent en effet un pouvoir.

La façon dont le questionnaire a été conçu a également peut-être eu une incidence sur les résultats, étant donné que les répondants ne pouvaient pas prendre un chemin que je n'avais pas prévu[16]. Les différentes façons que les termes utilisés dans le questionnaire peuvent être conceptualisés et compris peuvent également avoir donné lieu à un peu de confusion à l'égard du sens de certaines questions ou catégories de réponses. Enfin, l'enquête note l'autoréflexion des répondants sur le pouvoir qu'ils détiennent et exercent en médiation. Lorsqu'on se fonde sur l'autoréflexion, une erreur de mesure peut se produire en raison du manque de sincérité d'un répondant, d'une méprise sur les questions, et/ou de l'incapacité de se rappeler avec exactitude des situations passés[17]. En outre, les sources de pouvoir que détiennent et exercent les médiateurs peuvent varier selon les circonstances d'une médiation donnée, ce qui, par conséquence, rend difficile tout énoncé général sur ces sources de pouvoir (et leur évaluation), et c'est, au fond, ce que l'on a demandé aux répondants de faire dans le questionnaire.

Les caractéristiques des répondants

Parmi les médiateurs qui ont répondu, 37,33 % sont des femmes et 62,67 % sont des hommes. La grande majorité (90,67 %) des répondants font partie des groupes d'âge de 40 à 59 ans (46,67 %) et de 60 à 79 ans (44 %). Un faible nombre de répondants font partie du groupe de 18 à 29 ans (1,33 %) et de 80 à 99 ans (1,33 %), et les autres du groupe de 30 à 39 ans (6,67 %). Il y a un important écart entre les sexes parmi les répondants du groupe d'âge de 60 à 79 ans, dont les hommes constituent 81,81 % de ce groupe, et les femmes 18,18 %. Les répondants du groupe d'âge de 40 à 59 ans représentent de façon relativement bien équilibrée les hommes (48,57 %) et les femmes (51,42 %). Ces caractéristiques liées au sexe et à l'âge sont détaillées au tableau 1.

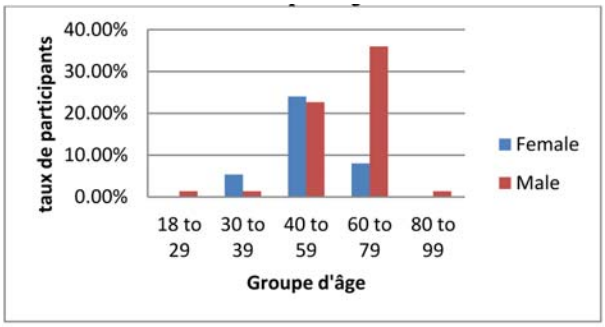


*Tableau 1 : Caractéristiques des répondants selon le sexe et l'âge **

Environ un peu plus de 41,33 % des répondants comptent de 6 à 15 années d'expérience professionnelle à titre de médiateur. La deuxième catégorie en importance en matière d'expérience professionnelle à titre de médiateur est celle de 3 à 5 années (21,33 %) et de 16 à 30 années (25,33 %). L'âge prédominant des répondants de la catégorie de 6 à 15 années d'expérience se situe dans le groupe de 60 à 79 ans (ce qui constitue 54,85 % de cette catégorie) et celui de la catégorie de 3 à 5 années et de 16 à 30 années d'expérience professionnelle est le groupe d'âge de 40 à 59 ans (50,02 % et 57,92 %, de chaque catégorie, respectivement). Ces conclusions sont indiquées au tableau 2.

La plus grande partie de l'expérience professionnelle des répondants (hormis leur travail de médiateur) est à titre d'avocat

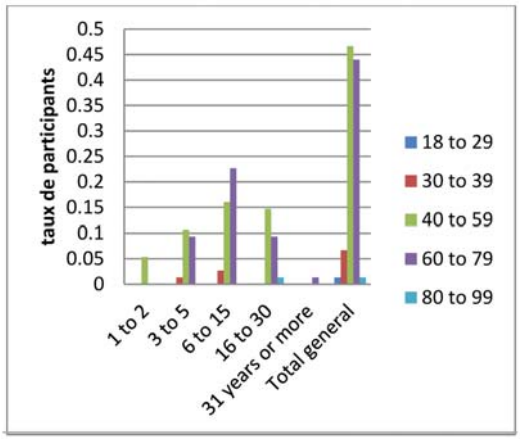


*Tableau 2 : Caractéristiques des répondants selon l'âge et l'expérience **

(50,67 %). Un peu plus de 13 % (13,33 %) des répondants possèdent une expérience dans les professions indiquées au questionnaire, à savoir : comptable (5,33 %), psychologue (1,33 %), juge à la retraite (2,67 %), travailleur social (1,33 %), et professeur (2,67 %). Des réponses concernant l'expérience professionnelle, 36 % indiquent une profession « autre » que celles indiquées.

Les résultats

L'importance relative attribuée aux sources de pouvoir qu'un médiateur peut détenir et exercer

Pour déterminer l'importance relative attribuée aux sources dont provient le pouvoir qu'un médiateur peut détenir, il est demandé aux répondants d'évaluer les sources indiquées dont provient le pouvoir (et toute autre qu'ils désirent préciser) qu'eux, à titre de médiateur, détiennent dans une médiation, la note 1 établissant la source accordant le maximum de pouvoir. Les sources de pouvoir indiquées au questionnaire sont évaluées, en moyenne, de la façon suivante (en commençant par la source qui est perçue comme accordant le maximum de pouvoirs) : « les connaissances et l'expertise » (2,3); « la nomination par les parties (participation volontaire) » (2,4); et « la définition et la redéfinition des questions, des problèmes, et des discussions, et la création d'idées » (2,5) et « la conception et le contrôle du processus de médiation » (2,5). « Les caractéristiques personnelles et la relation avec les parties » et « les liens à la structure juridique » sont perçus comme accordant moins de pouvoir que les catégories précédentes, car ils reçoivent une note moyenne de 3,2 et 3,5, respectivement. « La possibilité de se retirer de la médiation (solution de rechange à une solution négociée) » reçoit la plus faible note en moyenne (4,1).

Pour déterminer l'importance relative attribuée aux sources dont provient le pouvoir qu'un médiateur exerce, il est demandé aux répondants d'évaluer les sources indiquées dont provient le pouvoir (et toute autre qu'ils désirent préciser) qu'eux, à titre de médiateur, exercent pour mener le processus de médiation, la note 1 établissant la source la plus importante qui leur permet de mener efficacement le processus de médiation. Les sources de pouvoir indiquées au questionnaire sont évaluées, en moyenne, de la façon suivante (en commençant par la source qui a été perçue comme la plus importante) : « les connaissances et l'expertise » (2,3); « la définition et la redéfinition des questions, des problèmes, et des discussions, et la création d'idées » (2,3) et « la conception et le contrôle du processus de médiation » (2,3); « la nomination par les parties (participation volontaire) » (2,6); « les caractéristiques personnelles et la relation avec les parties » (2,8) et « la possibilité de se retirer de la médiation (solution de rechange à une solution négociée) » (3,3). « Les liens à la structure juridique » reçoivent la note en moyenne la plus faible (3,6). Les notes moyennes en fonction des sources dont provient le pouvoir détenu et exercé sont indiquées au tableau 3.

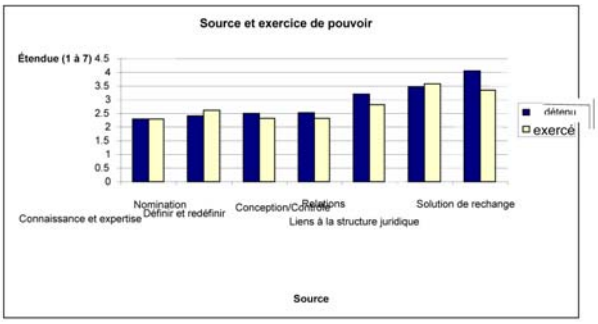


*Tableau 3 : Sources de pouvoir détenu et exercé (comparaison des notes moyennes) **

Comme l'examen de l'évaluation attribuée aux diverses sources en fonction du pouvoir détenu et du pouvoir exercé confirme, les sources dont provient le pouvoir que l'on détient ne sont pas les mêmes que celles dont provient le pouvoir que l'on exerce[18]. Ce fait fournit une explication plausible à la constatation d'écarts importants ($p<0,005$) entre la note moyenne attribuée aux sources dont provient le pouvoir que les répondants 1) détiennent et 2) exercent à l'égard des catégories « la définition et la redéfinition des questions, des problèmes, et des discussions, et la création d'idées » et « la possibilité de se retirer de la médiation (solution de rechange à une solution négociée) ». Bien qu'il y a une différence entre la détention et l'exercice d'un pouvoir provenant d'une source, il doit être noté que les diverses sources dont provient le pouvoir détenu et exercé par les médiateurs ne sont pas sans lien; les données de l'enquête indiquent d'importantes corrélations (coefficient de 0,05 et 0,01 (de manière bilatérale) entre le nombre de sources dont provient le pouvoir qu'un répondant détient et exerce.

La nomination par les parties

Seulement un petit nombre (5,33 %) de répondants à l'étude indiquent qu'ils estiment que le pouvoir qu'ils détiennent à titre de médiateur provient des parties. Bien qu'il soit permis de penser que cela pourrait nuire à la notion que le pouvoir du médiateur peut dériver des parties, du fait que la majorité (78,67 %) des répondants indiquent que le pouvoir est lié à la fois aux parties et aux fonctions qu'ils remplissent à titre de médiateur, il est plus probable que les répondants attribuent le pouvoir qu'ils détiennent à titre de médiateur non seulement aux parties, mais en outre aux fonctions qu'ils remplissent à titre de médiateur (voir le tableau 4).

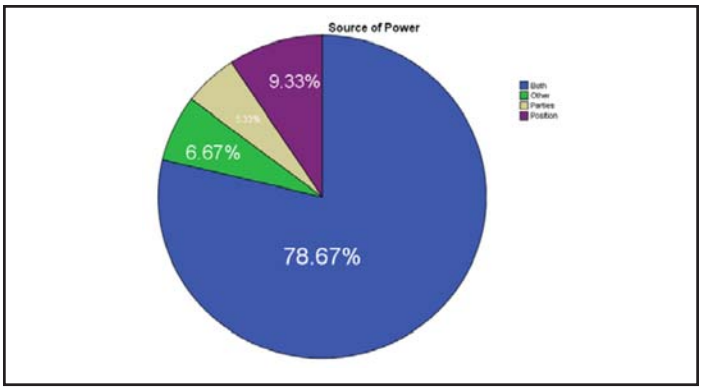


*Tableau 4 : Opinions sur les sources de pouvoir du médiateur **

Cette explication est confirmée par le fait que « la nomination par les parties (participation volontaire) » reçoit la deuxième plus haute note moyenne (2,4) de toutes les sources indiquées dont provient le pouvoir détenu, et que la principale note (choisie par 39,4 % des répondants) attribuée à cette source de pouvoir est de « 1 ». Toutefois, il importe également de noter que 8,5 % des répondants attribuent à cette source de pouvoir la note de « 0 », ce qui indique que certains répondants n'estiment pas en fait détenir un pouvoir provenant de cette source. Comme il est indiqué plus haut, « la nomination par les parties (participation volontaire) » reçoit la quatrième, alors que trois sont à égalité au premier rang, plus haute note moyenne (2,6) des sources indiquées dont provient le pouvoir exercé par les médiateurs. Bien que cette source de pouvoir soit notée « 1 » par 28,2 % des répondants, 19,7 % indiquent, en insérant la note de « 0 », qu'ils n'exercent pas un pouvoir provenant de cette source, et les notes de « 3 », « 4 », « 5 », « 6 » et « 7 » sont attribuées chacune par 8,5 % des répondants, ce qui donne à penser qu'il existe une disparité entre les opinions que les répondants ont sur l'exercice de pouvoir provenant de cette source.

La conception et le contrôle du processus

« La conception et le contrôle du processus de médiation », en tant que source dont provient le pouvoir détenu, reçoivent la note de « 1 » par 29,7 % des répondants, et soit un « 2 » ou un « 3 » par 39,2 % des répondants, et aucun répondant n'a attribué la note de « 7 ». Tel qu'il a été mentionné, cette source de pouvoir est à égalité pour la troisième plus haute note moyenne parmi les sources indiquées dont provient le pouvoir détenu par les médiateurs. Chose intéressante, « la conception et le contrôle du processus de médiation » reçoivent une note moyenne (2,3), à égalité pour le rang de la plus importante des sources indiquées dont provient le pouvoir exercé par les médiateurs. Cette source de pouvoir est notée « 1 » par 33,8 % des répondants, et seulement 23 % des répondants lui attribuent un « 4 » ou un « 5 » et seulement 1,4 % lui attribuent un « 7 », bien que 6,8 % indiquent, en insérant un « 0 », qu'ils n'exercent pas un pouvoir provenant de cette source.

La définition et la redéfinition (et la création d'idées)

Les principales notes attribuées à « la définition et la redéfinition des questions, des problèmes, et des discussions, et la création d'idées » comme une source dont provient le pouvoir détenu, sont de « 1 » (27,8 %) et « 2 » (29,2 %), et seulement 1,4 % des répondants indiquent, en attribuant la note « 0 », qu'ils estiment ne pas détenir un pouvoir provenant de cette source. Tel qu'il est mentionné plus haut, cette source de pouvoir est à égalité au troisième rang pour la note moyenne la plus élevée parmi les sources indiquées de pouvoir en fonction de pouvoir détenu. En outre, « la définition et la redéfinition des questions, des problèmes, et des discussions, et la création d'idées » reçoivent une note moyenne de 2,3, à égalité pour la plus importante des sources indiquées dont provient le pouvoir qu'exercent les médiateurs. Plus de 80 % des répondants lui attribuent la note de « 1 » (30,1 %), « 2 » (31,5 %) ou « 3 » (21,9 %), et seulement 1,4 % indiquent, en insérant la note de « 0 », qu'ils n'utilisent pas un pouvoir provenant de cette source. Ces constatations confirment l'idée que les médiateurs utilisent les techniques de définition et de redéfinition pour gérer le comportement en matière de communication, ce qui en fait une importante source dont provient le pouvoir qui peut être exercé par le médiateur[19].

Les connaissances et l'expertise

Le niveau de pouvoir accordé par « les connaissances et l'expertise » est évident du fait que cette source de pouvoir obtient la plus haute note moyenne des sources indiquées de pouvoir détenu et du fait que 63,5 % des répondants attribuent à cette source de pouvoir la note de « 1 » (40,5 %) ou de « 2 » (23,0 %), et qu'aucun répondant n'attribue un « 0 », c'est-à-dire que personne n'indique qu'il estime ne pas détenir de pouvoir provenant de cette source, ou la note de « 7 ». Il est regrettable qu'aucune délimitation n'est faite dans le questionnaire entre la procédure et le fond, et, en conséquence, les résultats n'indiquent pas quel (ou les deux à la fois) type de connaissances ou d'expertise les répondants ont en tête. « Les connaissances et l'expertise » sont à égalité en tant que plus importante source indiquée dont provient le pouvoir exercé par le médiateur, avec une note moyenne de 2,3. Elles reçoivent une note de « 1 » de 43,2 % des répondants, et seulement 9,5 % des répondants leur attribuent une note de « 5 » ou de « 6 », et aucun répondant ne leur attribue un « 7 ». L'importance de cette source de pouvoir est confirmée en outre par le fait qu'aucun répondant n'indique, en insérant un « 0 », qu'il n'exerce pas de pouvoir provenant de cette source.

La crédibilité

La crédibilité du médiateur et du processus de médiation est une des principales sources de pouvoir des médiateurs[20]. Cette notion est confirmée par le fait que, bien qu'elle ne soit pas indiquée comme une possibilité de réponse dans le questionnaire, la « crédibilité » apparaît dans les résultats.

Les liens à la structure juridique

Même dans le cadre de médiations qui ne sont pas prescrites ou ordonnées par un tribunal, les liens au système juridique peuvent être une importante source de pouvoirs pour un médiateur; « la nature consensuelle du processus de médiation peut être atténuée par le fait qu'un tiers (le tribunal) peut être requis d'imposer une décision sauf si les parties s'entendent; il est décrit quelquefois que c'est « négocier dans l'ombre de la loi »[21] [traduction].

Plus de 20 % (20,8 %) des répondants indiquent, en insérant un « 0 », qu'ils n'estiment pas que les « liens à la structure juridique » soient une source dont provient le pouvoir qu'ils détiennent, et seulement 25 % attribuent à cette source de pouvoir un « 1 », « 2 » ou « 3 ». Comme il est mentionné plus haut, cette source de pouvoir reçoit la deuxième plus faible note moyenne de toutes les sources de pouvoir indiquées au questionnaire selon le pouvoir détenu, et la plus faible note moyenne selon le pouvoir exercé. Les « liens à la structure juridique » reçoivent une note de « 7 » par 18,1 % des répondants à titre de source dont provient le pouvoir exercé par les médiateurs, et 20.8 % de ceux-ci indiquent, en insérant un « 0 », qu'ils n'exercent pas un pouvoir provenant de cette source.

Bien que l'on puisse interpréter ces résultats comme une indication que cette source de pouvoir n'est pas perçue comme accordant un grand pouvoir, ou aucun, ils peuvent être également une constatation de l'omission des répondants de tenir compte de la nature interactionnelle du pouvoir et du rôle de la perception, et le fait qu'il ne soit pas nécessaire qu'un détenteur de pouvoir soit conscient de la source de pouvoir ou l'exerce sciemment pour avoir un effet[22].

Les ressources personnelles et la relation avec les parties

Alors que 24,7 % des répondants attribuent aux « caractéristiques personnelles et la relation avec les parties » la note de « 1 » à titre de source de pouvoir détenu, 42.5 % leur attribuent un « 4 », « 5 » ou « 6 », 5,5 % leur attribuent un « 7 », et 8,2 % leur attribuent un « 0 ». En outre, comme il est mentionné, cette source de pouvoir reçoit la troisième plus faible note moyenne à titre de source de pouvoir détenu, et la troisième plus faible note moyenne à titre de source de pouvoir exercé. En sus, en ce qui a trait à l'exercice, elle reçoit la note de « 1 » de 30,6 % des répondants, « 4 », « 5 » ou « 6 » de 36,1 % des répondants, et un « 0 » de 8,3 % des répondants, ce qui indique qu'ils n'exercent pas un pouvoir qui provient de cette source. Une explication possible de ces résultats est l'omission de reconnaître le rôle que cette source de pouvoir peut jouer pour rehausser les autres sources de pouvoir. Bien que cette source de pouvoir puisse ne pas être considérée comme aussi importante que les autres qui sont indiquées, d'autres études ont constaté que le rapport établi entre les parties est un important élément clé de la réussite d'un médiateur[23].

La solution de rechange à une solution négociée

La nature directive de cette source de pouvoir, et ses répercussions, offrent une explication possible au fait que la « possibilité de se retirer de la médiation (solution de rechange à une solution négociée) » reçoit une note de « 1 » par seulement 14,1 % des répondants, alors que 32,4 % lui attribuent un « 5 » ou un « 6 », 26,8 % un « 7 », et 19,7 % indiquent, en insérant un « 0 », qu'ils n'estiment pas détenir un pouvoir provenant de cette source. La réticence à recourir à cette source de pouvoir directive peut également offrir une explication au fait qu'elle reçoit la plus faible note moyenne de toutes les sources de pouvoir indiquées à titre de pouvoir détenu, et la deuxième plus faible note moyenne (hormis les « liens à la structure juridique ») à titre de source de pouvoir exercé. Cette source de pouvoir est notée « 7 » par 12,5 % des répondants, toutefois, elle est notée « 6 » par 27,8 % des répondants, et 31,9 % indiquent, par un « 0 », qu'ils n'exercent pas un pouvoir provenant de cette source. En outre, comme il est mentionné, la possibilité de se retirer est une de seulement deux catégories qui présentent un écart important ($p<0,005$) entre la note moyenne attribuée en fonction de 1) pouvoir détenu et 2) pouvoir exercé, un écart qui peut correspondre à une réticence à exercer un pouvoir provenant de cette source très coercitive.

Conclusion

Il existe bon nombre de sources possibles dont provient le pouvoir qu'un médiateur peut détenir ou chercher à augmenter[24]. Ainsi qu'il en est du pouvoir en général, les médiateurs peuvent détenir et/ou exercer un pouvoir qui provient de diverses sources simultanément, ils peuvent exercer le pouvoir qui provient de différentes sources à des étapes différentes du processus, ou ils peuvent ne pas détenir ni exercer un pouvoir qui provient d'une source donnée dans une médiation donnée[25]. Le discours en matière de règlement de différends est rempli de discussions sur les rapports de force entre les parties; toutefois, il est beaucoup plus restreint, et controversé, à l'égard de pouvoir détenu par le médiateur et de la dynamique du pouvoir qui en résulte entre le médiateur et les parties au différend[26]" Bien que les résultats de cette étude constatent des opinions différentes parmi les médiateurs sur le pouvoir qu'ils détiennent et exercent, ils appuient la notion que les médiateurs en fait détiennent et exercent un pouvoir qui provient de diverses sources au sein de la médiation.

En plus de démontrer que les médiateurs détiennent et exercent un pouvoir, et qu'ils sont conscients de ce fait, les résultats de l'étude donnent également à penser que les médiateurs sont plus conscients ou exercent plus sciemment un pouvoir qui provient de certaines sources comparativement à d'autres. Chose intéressante, les répondants en général reconnaissent et attribuent plus d'importance aux sources dont ils peuvent activement chercher à augmenter et exercer le pouvoir qui en provient (connaissances et expertise, définition et redéfinition, et conception et contrôle du processus de médiation), par rapport aux sources de pouvoir plus latentes ou invisibles (liens à la structure juridique et possibilité de se retirer de la médiation [solution de rechange à la solution négociée]). Bien que les liens à la structure juridique et la possibilité de se retirer de la médiation sont des sources dont provient un pouvoir que le médiateur peut chercher activement à augmenter et exercer, ils sont également des sources qu'il est permis de croire qu'elles sont présentes sans aucune action de la part du médiateur; la présence et l'effet de ces sources de pouvoir résultent du fait que les parties devront vraisemblablement s'adresser aux tribunaux si elles sont incapables de conclure un règlement[27]. Les notes inférieures attribuées aux caractéristiques du médiateur et la relation avec les parties comme sources de pouvoir peuvent de la même façon résulter du fait que cette source de pouvoir est plus latente que nombre d'autres; bien qu'il soit permis de croire qu'elle est moins tangible que nombre d'autres, il est difficile de penser que les caractéristiques personnelles et/ou la relation entre les parties n'ont pas de rôle important dans la médiation[28], ne serait-

ce que pour rehausser les autres sources de pouvoir. Les notes inférieures attribuées aux caractéristiques personnelles et à la relation entre les parties sont également intéressantes à la lumière de l'importance accordée à la nomination par les parties (participation volontaire) comme source de pouvoir que les médiateurs détiennent, bien qu'elles semblent coïncider avec les notes inférieures attribuées à la nomination par les parties comme source dont provient un pouvoir exercé. Bien qu'il se peut que ces sources de pouvoir confèrent véritablement moins de pouvoir au médiateur ou sont moins importantes dans la conduite du processus de médiation, il se peut également que ces sources de pouvoir confèrent un pouvoir important et aient un effet important sur la médiation, beaucoup plus que les médiateurs ne le pensent (il faut se rappeler qu'il n'est pas nécessaire qu'un médiateur exerce sciemment un pouvoir qui provient d'une source donnée, ou qu'il en soit conscient, pour qu'elle ait un effet[29]).

Le médiateur est un joueur important dans le processus de médiation et il a un rôle important à jouer dans la manière dont se déroule le processus et le résultat qui est ultimement obtenu[30]. Il est impératif que nos connaissances des sources dont provient le pouvoir détenu et exercé par les médiateurs, et l'effet de ces sources de pouvoir sur les participants à la médiation et sur le résultat de la médiation, continuent d'être approfondies et examinées, à la fois par les médiateurs en particulier et l'ensemble des professionnels[31]. Les résultats de cette étude donnent à penser qu'il faut que les médiateurs en particulier, et tous les professionnels du domaine, examinent véritablement non seulement le pouvoir que les médiateurs cherchent activement à augmenter et à exercer, mais également le pouvoir qui peut être dévolu au médiateur en vertu de son rôle et des circonstances d'un dossier donné, et de quelle façon ce pouvoir a des répercussions sur les participants à la médiation et sur le résultat de la médiation.

Jennifer D.Bergman, B.A., LL.B., LL.M., a obtenu une maîtrise en droit avec une concentration en règlement extrajudiciaire de différends. Me Bergman pratique le droit de la famille chez J K Hannaford Barristers (société professionnelle) à Toronto. Elle est membre du Barreau du Haut-Canada et du Law Society of British Columbia (membre non en exercice).

1 Bernard Mayer, « The Dynamics of Power in Mediation and Negotiation » (1987) 16 *Mediation Quarterly* 75 [Mayer, « Power in Mediation »] pp. 75, 82 et 78; Omer Shapira, « Exploring the Concept of Power in Mediation: Mediators' Sources of Power and Influence Tactics » (2009) 24 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 535 pp. 542 et 568; Christopher W. Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 3e éd. (San Francisco: Jossey-Bass, 2003) p. 18; Bernard Mayer, *The Dynamics of Conflict Resolution: A Practitioner's Guide* (San Francisco: Jossey-Bass, 2000) [Mayer, « *Dynamics* »] pp. 55 et 57; Bernard Mayer, *Beyond Neutrality: Confronting the Crisis in Conflict Resolution* (San Francisco: Jossey-Bass, 2004) [Mayer, « *Beyond Neutrality* »] p. 135; voir également Arghavan Gerami, « Bridging the Theory-and-Practice Gap : Mediator Power in Practice » (2009) 26 *Conflict Resolution Quarterly* 433 p. 439; examiner également Dorothy J. Della Noce, Robert A. Baruch Bush, et Joseph P. Folger, « Clarifying the Theoretical Underpinnings of Mediation: Implications for Practice and Policy » (2002) 3 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 39 p. 47.

2 Voir Colleen M. Hanycz, « Through the Looking Glass: Mediator Conceptions of Philosophy, Process and Power » (2005) 42 *Alberta Law Review* 819 p. 875; Gerami, *ibid.* p. 440; voir également Mayer « Beyond Neutrality », *ibid.*

3 Mayer, « Power in Mediation », *supra* note 1 p. 75; voir également Mayer « Beyond Neutrality », *ibid.* p. 138.

4 Mayer « Power in Mediation », *ibid.* pp. 79-80 et 85; voir également Margaret S. Herrman et al., « Defining Mediator Knowledge and Skills » (2001) 17 *Negotiation Journal* 139 pp. 145 et 150.

5 Examiner les diverses opinions sur le concept de pouvoir, et le rapport entre ces opinions, que l'on retrouve dans les conclusions de Hanycz, *supra* note 2.

6 Hanycz, *ibid.* pp. 875-880; Gerami, *supra* note 1 pp. 440, 437 et 434; examiner Della Noce, Bush, et Folger, *supra* note 1 p. 47.

7 Shapira, *supra* note 1 à 537; voir également Mayer, « Dynamics », *supra* note 1 p. 50; Bernard Mayer, *Staying with Conflict: A Strategic Approach to Ongoing Disputes* (San Francisco: Jossey-Bass, 2009) [Mayer, « Staying »] pp. 152-153; Gerami, *ibid.* p.439; Steven Lukes, *Power: A Radical View*, 2e éd. (Houndmills and New York : Palgrave Macmillan, 2005) pp. 30, 15, 19, 24-25 et 28-29.

8 Julie Macfarlane, « The Mediation Alternative » dans Julie Macfarlane, éd., *Rethinking Disputes: The Mediation Alternative* (Toronto : Emond Montgomery Publications Limited, 1997) 1 p. 13; voir également Leonard L. Riskin, « Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed » (1996) 1 *Harvard Negotiation Law Review* 7 [Riskin, « Understanding Orientations »] p. 8.

9 Voir Christopher Honeyman, Barbara McAdoo et Nancy Welsh, « Here There Be Monsters: At the Edge of the Map of Conflict Resolution » dans *The Conflict Resolution Practitioner* (monographie publiée en 2001 par *l'Office of Dispute Resolution*, Georgia Supreme Court) en ligne : Convenor Conflict Management <http://www.convenor.com/madison/monsters.pdf>; examiner également Leonard L. Riskin, « Who Decides What? Rethinking the grid of mediator orientations » (2003) 9:2 *Dispute Resolution Magazine* 22 [Riskin, « Who Decides »] pp. 22 et 24; Riskin, « Understanding Orientations », *ibid.* pp. 24-25 et 36; Leonard L. Riskin, « Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System » (2003) 79 *Notre Dame Law Review* 1 [Riskin, « Decisionmaking »] pp. 14 et 17; Mayer, « Beyond Neutrality », *supra* note 1 pp. 145-146; Dwight Golann, « Variations in Mediation: How – and Why – Legal Mediators Change Styles in the Course of a Case » (2000) 2000 *Journal of Dispute Resolution* 41 pp. 47 et 61.

10 Gerami, *supra* note 1 p. 439; voir Mayer, « Dynamics », *supra* note 1 p. 210; voir également Mayer « Beyond Neutrality », *ibid.* p. 135.

11 ADR Institute of Ontario, Inc., en ligne : <http://adrontario.ca/> au http://www.adrontario.ca/about/what_we_do.cfm et http://www.adrontario.ca/index.cfm.

12 ADR Chambers, en ligne : <http://adrchambers.com/ca/> au http://adrchambers.com/ca/company/.

13 Disponible au http://adrontario.ca/.

14 Disponible au http://adrchambers.com/ca/.

15 Les résultats de l'enquête ont été analysés et traités avec l'aide de Juan Rodriguez, Dr (sans thèse) Psychologie. Les données ont été analysées en utilisant le *Data Quality process* avec SPSS ver 18. À la suite de ce test, 75 enregistrements ont été considérés comme valides. À chaque question manquante, des valeurs ont été observées. Après une analyse descriptive, un test non paramétrique (test Wilcoxon Ranks) a été exécuté. Une analyse fréquentielle, des corrélations et une analyse de groupe d'expérience ont été menées en sus.

16 Examiner Kathi Miner-Rubino, Toby Epstein Jayaratne et Julie Konik, « Using Survey Research As A Quantitative Method for Feminist Social Change » dans Sharlene Nagy Hesse-Biber, éd. *Handbook of Feminist Research: Theory and Praxis* (Thousand Oaks : Sage Publications, Inc., 2007) 199 p. 213.

17 Royce Singleton Jr. et Bruce C. Straits, *Approaches to Social Research*, 3e éd. (New York : Oxford University Press, Inc. 1999) p. 247.

18 Voir également Mayer, « Dynamics », *supra* note 1 p. 62.

19 Voir Moore, *supra* note 1 p. 382; Susan S. Silbey et Sally E. Merry. « Mediator Settlement Strategies » (1986) 8 *Law & Policy* 7 p. 15.

20 Voir Mayer, « Power in Mediation », *supra* note 1 p. 80; voir également Michael P. Silver, *Mediation and Negotiation: Representing Your Clients* (Toronto et Vancouver : Butterworths Canada Ltd., 2001) p. 88.

21 Macfarlane, *supra* note 8 p. 3.

22 Mayer, « Dynamics », *supra* note 1 p. 58; Shapira, *supra* note 1 p. 560; Mayer, « Staying », *supra* note 7 p. 156; Hanycz, *supra* note 2 p. 875; voir également Mayer, « Beyond Neutrality », *supra* note 1 p. 135. (Les résultats peuvent également avoir été entachés par une certaine confusion sur le sens de « liens à la structure juridique »).

23 Voir Stephen B. Goldberg, « The Secrets of Successful Mediators » (2005) 21 *Negotiation Journal* 365 pp. 365, 366, 372 et 374; Stephen B. Goldberg et Margaret L. Shaw, « The Secrets of Successful (and Unsuccessful) Mediators Continued: Studies Two and Three » (2007) 23 *Negotiation Journal* 393 pp. 395 et 414; voir également Moore, *supra* note 1 p. 93.

24 Shapira, *supra* note 1 p. 542.

25 Voir *ibid.*

26 *Ibid.* p. 536.

27 Macfarlane, *supra* note 8 p. 3.

28 Examiner les conclusions d'autres études à l'égard de l'importance du rapport établi entre les parties (voir Note 23).

29 Mayer, « Power in Mediation », *supra* note 1 pp. 75 et 82.; voir également Mayer « Beyond Neutrality », *supra* note 1 p. 135; examiner également Hanycz, *supra* note 2 p. 875.

30 Michael Noone, *Mediation* dans Julie Macfarlane, éd. séries *Essential Legal Skills Series* (London : Cavendish Publishing Limited, 1996) p. 33; voir également Silver, *supra* note 20 p. 87; Gerami, *supra* note 1 pp. 434 et 439; voir également Mayer, « Beyond Neutrality », *ibid.*; examiner également Deborah M. Kolb et Kenneth Kressel, « The Realities of Making Talk Work » dans Deborah M. Kolb, éd., *When Talk Works: Profiles of Mediators* (San Francisco: Jossey-Bass, 1994) 459 p. 469.

31 Les écarts de sexe au sein des groupes d'âge (en particulier le groupe de 60 à 79 ans) et l'écart d'années d'expérience professionnelle à titre de médiateur des répondants comme il est délimité par plage d'âge (en particulier le groupe d'âge prédominant dans la catégorie d'expérience de 16 à 30 années) sont également un terrain propice à une nouvelle élaboration de théories et à une étude future.

* Nous regrettons la qualité des graphiques dans cet article. Ils ont été soumis dans un format qui ne pouvait pas être changé, et donc ne sont pas entièrement traduit.

Annexe A : Questionnaire

1. CONSENTEMENT DONNÉ PAR VOIE ÉLECTRONIQUE : Veuillez indiquer votre choix ci-après.

En cliquant sur le bouton « Je consens » ci-après, vous indiquez que vous consentez à participer au projet de recherche décrit aux présentes et mené par Jennifer D. Bergman; vous comprenez la nature de ce projet; et vous désirez y participer.

❑ JE CONSENS à participer à ce projet de recherche ❑ JE NE CONSENS PAS à participer à ce projet de recherche

Enquête - Veuillez répondre aux questions suivantes :

2. Êtes-vous : ❑ un homme ❑ une femme

3. Quel est votre groupe d'âge?

❑ de18 à 29 ❑ de 30 à 39 ❑ de 40 à 59
❑ de 60 à 79 ❑ de 80 à 99

Autre (veuillez préciser) :_____

4. Depuis combien d'années travaillez-vous à titre de médiateur?

❑ moins de 1
❑ 1 à 2 ❑ 3 à 5 ❑ 6 à 15 ❑ 16 à 30
❑ 31 années et plus

5. Quelle est votre expérience professionnelle, hormis agir à titre de médiateur? Veuillez cocher toutes les réponses qui s'appliquent.

❑ Comptable ❑ Juge à la retraite ❑ Avocat
❑ Travailleur social ❑ Psychologue ❑ Professeur
❑ Autre (veuillez préciser) :

_____

6. Est-ce que vous estimez que le pouvoir que vous détenez à titre de médiateur provient :

❑ des parties
❑ de la fonction que vous occupez à titre de médiateur
❑ à la fois des parties et de la fonction que vous occupez à titre de médiateur
❑ Autre (veuillez préciser) :

_____

7. Veuillez attribuer une note aux sources dont provient le pouvoir que vous détenez dans une médiation, selon le barème où « 1 » indique la source dont provient le maximum de pouvoir. Veuillez attribuer une note à toutes les sources de pouvoir indiquées. Si vous n'estimez pas que vous détenez un pouvoir provenant d'une source indiquée, veuillez insérer une note de « 0 » à cette source de pouvoir.

❑ La nomination par les parties (participation volontaire)
❑ La conception et le contrôle du processus de médiation
❑ La définition et la redéfinition des questions, des problèmes, et des discussions, et la création des idées
❑ Les connaissances et l'expertise
❑ Les liens à la structure juridique
❑ La possibilité de se retirer de la médiation (solution de rechange à une solution négociée
❑ Les caractéristiques personnelles et la relation entre les parties
❑ Autre - Veuillez préciser la source de pouvoir et lui attribuer une note.

_____

_____

8. Veuillez attribuer une note aux sources dont provient le pouvoir que vous exercez afin de diriger efficacement le processus de médiation, selon le barème où « 1 » indique la source la plus importante, en ce qu'elle vous permet de diriger efficacement le processus de médiation. Veuillez attribuer une note à toutes les sources de pouvoir indiquées. Si vous n'estimez pas que vous exercez un pouvoir provenant d'une source indiquée, veuillez insérer une note de « 0 » à cette source de pouvoir.

❑ La nomination par les parties (participation volontaire)
❑ La conception et le contrôle du processus de médiation
❑ La définition et la redéfinition des questions, des problèmes, et des discussions, et la création des idées
❑ Les connaissances et l'expertise
❑ Les liens à la structure juridique
❑ La possibilité de se retirer de la médiation (solution de rechange à une solution négociée)
❑ Les caractéristiques personnelles et la relation entre les parties
❑ Autre - Veuillez préciser la source de pouvoir et lui attribuer une note.

_____

_____

9. **Si vous désirez donner des commentaires additionnels sur le pouvoir que vous, à titre de médiateur, détenez et/ou sur la façon dont vous exercez ce pouvoir pour diriger efficacement le processus de médiation, veuillez indiquer vos commentaires ci-après.**

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

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