

# Canadian Arbitration and Mediation JOURNAL

## d'Arbitrage et de Médiation Canadien

Spring/Summer 2013 - Printemps/Eté 2013 A publication of the ADR Institute of Canada, Inc./Publié par l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

## INSIDE this issue

## DANS ce numéro

Message from the President .....	3
Message du président .....	3
Message from the Editorial Board .....	5
Mot du comité de rédaction .....	6
Commercial Arbitration Basics: Realizing the Potential Benefits .....	7
Notions fondamentales en matière d'arbitrage commercial : Tirer parti des avantages potentiels de l'arbitrage .....	11
Note on Canadian Cases: The Jurisdiction of Tribunals to Control Counsel Conduct and Disqualify Counsel based on Conflicts of Interest .....	18
Note portant sur des affaires canadiennes concernant la compétence des tribunaux pour contrôler la conduite des avocats et les disqualifier en cas de conflit d'intérêts ...	21
Revisiting Appeal Rights: An Argument In Favour of Respecting Party Autonomy .....	26
Examen du droit d'appel : un argument en faveur du respect de l'autonomie des parties .....	29
Evaluating Alternative Dispute Resolution .....	34
Évaluation du règlement extrajudiciaire des différends .....	42
Online Dispute Resolution: The Future of ADR .....	51
Règlement en ligne des litiges : L'avenir du RED .....	55
Ten Reasons Family Mediations Fail .....	61
Dix raisons à l'origine de l'échec des médiations familiales .....	62
Can Mediation be Criminal? .....	64
Peut-on recourir à la médiation dans une affaire criminelle? .....	70
Who decides what in mediation? Making space for difference .....	77
Qui exerce le pouvoir décisionnel en médiation?	
Reflet de la diversité des pratiques .....	83

**Register today! / Inscrivez-vous aujourd'hui!**

### ADRIC 2013 / ICC Canada 2013

For the first time, ADR Canada has joined forces with ICC Canada to combine the ADR Institute of Canada Annual National Conference and the ICC Canada International Arbitration Conference to create one extraordinary event!

October 24 & 25, 2013, Toronto, ON

*For further details, see Page 12.*

### IAMC 2013 / CCI Canada 2013

Pour la première fois, l'IAMC et la CCI Canada ont uni leurs efforts pour rassembler la Conférence nationale annuelle de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada et la Conférence sur l'arbitrage international de la CCI Canada, afin de créer un événement extraordinaire!

les 24 et 25 octobre 2013, Toronto, ON

*Pour plus de détails, voir la page 12.*

# 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 In-

stitute 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, conformément 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 become a Corporate Member, please call Janet:

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

- Alberta Environmental Appeals Board
- Apache Canada Ltd.
- Borden Ladner Gervais LLP
- Burnet Duckworth & Palmer LLP
- Canadian Institute for Conflict Resolution
- Canada Safeway Limited
- Canadian Sport Institute Pacific
- Cox & Palmer
- Davis LLP
- Energy Resources Conservation Board
- ENMAX Corporation
- Dentons
- Gowling Lafleur Henderson LLP
- Imperial Oil Limited
- Ismaili Conciliation and Arbitration Board of Canada
- Insurance Bureau of Canada
- JAMS ADR Services ULC
- McInnes Cooper LLP
- Norton Rose Fulbright Canada LLP
- Osler, Hoskin & Harcourt LLP
- Penn West
- Rogers Partners LLP
- Shell Canada Limited
- Stewart McKelvey LLP
- The City of Calgary
- Torys LLP
- TransCanada Pipelines Limited



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

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

La publication officielle de l'Institut  
d'arbitrage et de médiation du Canada Inc.

Vol. 22, No. 1  
Spring/Summer 2013  
Printemps/Eté 2013

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](mailto:admin@adrcanada.ca)  
Internet: [www.adrcanada.ca](http://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

Accountant/IT Specialist  
Comptable/spécialiste des TI  
Morgan Horst

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. © 2013,  
All rights reserved. Reproduction or trans-  
mittal, in whole or in part, in any form or by  
any means, or its storage in a retrieval sys-  
tem, without prior permission of the copy-  
right 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. c2013. 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

Jim Musgrave, Q.C., C.Med,  
President, ADR Institute of Canada, Inc.

Spring finds us, once again, gearing up for **ADRIC 2013**, the annual national conference. This year's conference promises to be bigger and better than ever! In addition to in-depth sessions on family mediation and arbitration, restorative justice, ADR marketing, skills development and specialty-area sessions, there will be a commercial arbitration stream on October 24 and an international arbitration stream developed by the International Chamber of Commerce on October 25, so we are looking forward to a very comprehensive agenda.

**My message: HOLD OCTOBER 24 AND 25.** And if you are interested in Marketing, **hold October 23** for an intensive session that will give you the essentials on how to increase your market share.

After months of implementation, the national office is now officially "high tech". We thank our members for adapting to the new technology. If you need any assistance in renewing your designation, Mena Sestito is on standby to assist you.

We also want to remind members that it is imperative that you re-enter your profile via your Member Portal on the **new and improved ADR Connect**. This data base is widely used by referring lawyers, the public and other referring professionals. **If your name isn't on it, you don't have a chance.** Please note that all roster mem-

bers, proposed and current, must be on ADR Connect.

You may also note that **Practical Ethics for Working Mediators**, the on-line course developed by ADR Institute of Ontario and written by Elaine Newman, is now available to members across Canada. This course has no right or wrong answers. The goal is to assist the practitioner to be aware of ethical choices he or she may not even consciously realize they are making. Ontario members have given this course the thumbs up!

Finally, please be advised that the recommendation of the National C.Arb Standards Committee to allow unpaid arbitrations to count for the purpose of the C.Arb designation, "in exceptional circumstances described in writing by the Regional Committee" where the cases are "demonstrably complex and involved" has been approved by the ADRIC Board of Directors.

I would like to wish all our members a wonderful spring and summer and I look forward to seeing you in Toronto this Fall. ♣

Yours truly,

Jim Musgrave, Q.C., C.Med  
President  
Halifax, NS

## Message du président

Jim Musgrave, c.r., Méd. A., président, Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc.

Encore une fois, le printemps fait son apparition alors que nous sommes affaires à nous préparer à la **conférence 2013 de l'IAMC**. Cette édition de la conférence promet d'être la meilleure et la plus grande jamais organisée. En plus de

séances approfondies en matière de médiation et d'arbitrage familial, de justice réparatrice, de promotion de la PRD, d'acquisition de compétences et d'autres sujets spécialisés, nous avons organisé une diffusion en continu sur l'arbitrage

commercial qui aura lieu le 24 octobre et une diffusion en continu sur l'arbitrage international élaborée par l'International Chamber of Commerce qui aura lieu le 25 octobre. Notre ordre du jour devrait donc être très chargé.

J'ai un message pour vous : **RÉSERVEZ LES 24 ET 25 OCTOBRE**. Si la promotion de vos activités vous intéresse, **réservez également le 23** en vue de participer à une séance où vous pourrez apprendre les grandes lignes de ce que vous devez faire pour accroître votre part du marché.

Après des mois de mise en œuvre, notre bureau national est maintenant doté d'une technologie de pointe\*. Nous remercions tous nos membres de s'être adaptés aux nouvelles technologies. Si vous avez besoin d'aide pour renouveler votre désignation, n'hésitez pas à communiquer avec Mena Sestito qui est disponible pour vous aider.

Nous désirons également rappeler à nos membres qu'ils doivent absolument saisir de nouveau leur profil, en utilisant le portail à l'intention des membres, dans la **version nouvelle et améliorée du système « Se connecter à PRD »**\*. Cette base de données est fréquemment utilisée par le public, les avocats et les autres professionnels qui nous réfèrent des clients. Veuillez remarquer que tous les membres inscrits (ou dont l'inscription a été proposée) au tableau de service doivent se trouver dans le système « Se connecter à PRD ».\*

Vous serez heureux d'apprendre que

« *Practical Ethics for Working Mediators* », le cours en ligne élaboré par l'*ADR Institute of Ontario* et rédigé par Elaine Newman, est maintenant offert aux membres à l'échelle nationale. [Ce cours est disponible en anglais seulement.] Ce cours ne vise pas à distinguer les bonnes réponses des mauvaises. Son objectif est plutôt d'aider les spécialistes à prendre conscience des choix éthiques qu'ils doivent faire et font, sans nécessairement s'en rendre compte. Les membres ontariens qui ont suivi ce cours le recommandent chaudement!

Prenez également note du fait que la recommandation du Comité national d'évaluation des critères s'appliquant aux arbitres agréés, selon laquelle les heures d'arbitrage non rémunérées devraient pouvoir être comptabilisées en vue d'obtenir la désignation d'arbitre agréé « dans des circonstances exceptionnelles décrites par voie écrite par le Comité régional » dans des cas « dont il est possible de démontrer la complexité », a été approuvée par le conseil d'administration de l'IAMC.

Je souhaite un printemps et un été fabuleux à tous nos membres, et j'ai hâte de vous voir à Toronto à l'automne. ☺

Cordialement,



Jim Musgrave, c.r., Méd. A.  
Président  
Halifax (Nouvelle-Écosse)

\* *L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada travaillera à la mise en œuvre du logiciel en français.*

## Editorial Board / Comité de rédaction



- Barbara Benoliel, B.A., MBA, Ph.D.  
President / présidente, Preferred Solutions, Inc., Toronto
- Mary Comeau, LL.B., ACIArb  
Norton Rose Fulbright Canada LLP
- Lise Delisle, CRHA, Chartered Mediator / médiatrice agréée  
Human Resources Consultant and Organisational Mediator /  
Consultante en ressources humaines et médiatrice  
organisationnelle, Montréal
- Thomas D. Gelbman, B.A., M.Phil, LL.B., LL.L., Osler, Hoskin & Harcourt LLP
- Mandy Moore, BA, LL.B., FCIarb., Borden Ladner Gervais, Ottawa
- Karim Sunderji, Ismaili Conciliation and Arbitration  
Board of Canada, Toronto

## 2012-2013 Board of Directors/ Conseil d'administration

- James Musgrave, Q.C., C.Med  
President and Corporate Director /  
Président et Administrateur - corporatif - NS
- R.J. (Randy) Bundus, LL.B.  
Past President and Corporate Director /  
Ancien président et Administrateur - corporatif - ON
- Mary Comeau, LL.B. ACIArb  
Vice-President and Corporate Director /  
Vice-présidente et Administratrice - corporatif - AB
- William J. Hartnett, Q.C., LL.B.  
Vice President and Corporate Director /  
Vice Président et Administrateur - corporatif - AB
- Jeffrey C. Smith, CA+IFA, CIP  
Director and Treasurer /  
Administrateur et trésorier - ON
- Stephen Antle, LL.B., C.ArB  
Corporate Director / Administrateur - corporatif - BC
- Glen W. Bell, LL.B., C.ArB  
Director / Administrateur - BC
- Thierry Bériault, C.Med, LL.L., D.PRD  
Director / Administrateur - QC
- Andrew D. Butt, C.Med  
Regional Director / Administrateur régional - AP
- Michael Erdle, B.J., LL.B., C.Med, C.ArB  
Director / Administrateur - ON
- H. Derek Lloyd Q.C., LL.B.  
Corporate Director / Administrateur - corporatif - AB
- Jim McCartney, LL.B., BA, C.Med, C.ArB  
Director / Administrateur - AB
- P. David McCutcheon, LL.B., C.ArB. (Fellow)  
Past President and Corporate Director / Ancien  
président et Administrateur - corporatif - ON
- Louise Novinger Grant  
Corporate Director / Administratrice - corporatif - AB
- Alex Paterson, Q.Med.  
Director / Administrateur - AB
- Scott Siemens, C.Med, FICB  
Director / Administrateur - SK
- Karim Sunderji  
Corporate Director / Administrateur - corporatif - ON

## Other Officers / Autres administrateurs

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





# Message from the Editorial Board

Thomas D. Gelbman

Welcome to the Spring/Summer 2013 Canadian Arbitration and Mediation JOURNAL.

The practice of alternative dispute resolution (“ADR”) is a rapidly expanding and changing field. This edition reflects the dynamic nature of the practice by including a wide range of articles that emphasize the ways in which governments and ADR practitioners, tribunals and participants can achieve more effective results, be in commercial, family or criminal contexts. This is an exciting edition with authors from throughout Canada and the United States.

This issue includes a practical article by Stephen Antle and Michelle T. Maniago on realizing the potential benefits of commercial arbitration, particularly when crafting dispute resolution provisions in commercial contracts, and designing an efficient and effective procedure once arbitration is commenced. The authors offer a step-by-step guide for planning an arbitration process to maximize the benefits of arbitration.

William Horton’s article argues in favour of the power of arbitral tribunals to control the conduct of counsel appearing before them. In particular, he emphasizes the implied jurisdiction of tribunals to disqualify counsel from a case where they hold a potential conflict of interest that would affect the fairness of proceedings by comparing private arbitration to the role of statutory tribunals such as the Ontario Labour Relations Board.

The article by Bryan C. Duguid and Deborah Book is a must-read for those interested in the proposed changes to the appeal provisions of Alberta’s *Arbitration Act*, RSA 2000, c A-43. The authors provide a detailed analysis of options available to Alberta, the experience of other

Canadian jurisdictions, and the conflicting Alberta jurisprudence relating to appeal rights. They conclude by arguing that Alberta should respect party autonomy by excluding rights of appeal where there is clear agreement to do so, and highlighting the policy reasons for doing so.

Richard A. Feldman’s article advocates for a rigorous cost-benefit approach to assessing the value of ADR programs offered or mandated by the state. In reminding us of the importance of evaluating the effectiveness of ADR, he outlines metrics, and associated drawbacks, used to evaluate the costs and benefits of ADR programs, and the need for reliable scientific data that administrators can use when evaluating court-connected programs to ensure ongoing effectiveness.

This issue also includes an article by Dr. Frank Fowlie, Colin Rule and David Bilinsky on the rise of online dispute resolution (“ODR”). The authors explain the two evolving branches of ODR, citing the remarkable statistic that more than 100 million disputes are filed online each year around the world. They analyze ODR’s applications and benefits, and efforts to develop ODR theory, ethical standards and cross-cultural issues. They also provide a blueprint for ODR implementation, insight into its future, and exciting new possibilities for our field.

Stephen Grant’s article provides his own Top Ten List of the reasons that family mediations fail, and the critical importance for mediators to reflect upon and identify these underlying problems to avoid “missed opportunities” and work toward a successful resolution that meets the true objectives of the disputing parties.

This issue also includes an article by

Michael F. Walsh on the use of mediation in the course of plea bargaining in criminal proceedings, which has unique potential in Canada in light of the *Charter*-mandated requirement that criminal cases are resolved expediently. The author first explores the approaches taken in the U.K., India and the Philippines, and then examines the nature of pre-trial conferences in Canada by contrasting the approaches taken in Quebec and Ontario. In the end, he argues for a more widespread adoption of mediation and an acknowledgment of the role of the judge in fashioning a reasonable legal result.

John Peter Weldon, Joseph P. Folger and Robert A. Baruch Bush discuss the different approaches taken to mediation and the extent to which these models emphasize self-determination by the parties. The authors highlight the role of the mediator in different models and compare two organizational approaches to codes of conduct for mediators, and the important of “consumer choice” in mediation. They argue that codes of conduct should embrace a diverse range of mediation theory and practice while emphasizing core precepts common to all mediation models. A one-size fits all approach may not work, the author argue, space must be made for such diversity in codes of conduct and other forms of mediation regulation.

On behalf of the Editorial Board, I would like to wish each of you a safe and enjoyable summer. We hope that you enjoy the issue. ♣



# Mot du comité de rédaction

Thomas D. Gelbman

Bienvenue à l'édition printemps/été 2013 du JOURNAL d'Arbitrage et de Médiation Canadien.

Le règlement extrajudiciaire des différends est un domaine qui connaît une évolution constante et rapide. La présente édition témoigne de la nature dynamique de cette pratique en présentant des articles bien diversifiés qui mettent l'accent sur la façon dont les gouvernements, les professionnels du domaine, les tribunaux et les participants peuvent obtenir des résultats plus efficaces, et ce, aussi bien dans un contexte commercial que familial ou criminel. Nous vous présentons cette fois-ci une édition stimulante alimentée par des auteurs des quatre coins du Canada et des États-Unis.

Ce numéro comprend un article pratique de Stephen Antle et Michelle T. Maniago portant sur la façon de tirer le plein potentiel d'un arbitrage commercial, plus particulièrement en ce qui a trait à la rédaction de dispositions de résolution de différends dans des contrats commerciaux et à l'élaboration de procédures efficaces et efficientes une fois l'arbitrage amorcé. Les auteurs offrent un guide de planification « étape par étape » visant à maximiser les avantages tirés du processus d'arbitrage.

L'article de William Horton se porte en faveur du pouvoir des tribunaux d'arbitrage de contrôler la conduite des avocats qui se présentent devant eux. Il met particulièrement l'accent sur le pouvoir implicite permettant aux tribunaux d'exclure un avocat d'un cas où il pourrait être en conflit d'intérêts, ce qui pourrait avoir une incidence sur l'équité du processus. M. Horton y arrive en comparant l'arbitrage privé au rôle des tribunaux établis par une loi, comme la Commission des relations de travail de l'Ontario.

L'article signé Bryan C. Duguid et Deborah Book est un incontournable pour ceux qui s'intéressent aux modifications proposées à la *Arbitration Act*, RSA 2000, c.A-43 de l'Alberta. Les auteurs offrent une

analyse détaillée de toutes les options dont dispose l'Alberta, de l'expérience des autres provinces canadiennes ainsi que de la jurisprudence albertaine qui se veut contradictoire en matière de droits d'appel. Ils arrivent à la conclusion que l'Alberta devrait respecter l'autonomie des parties en annulant le droit d'appel s'il existe une entente claire en ce sens, tout en faisant valoir des justifications sur le plan des orientations.

L'article de Richard A. Feldman se montre en faveur d'une approche coûts-avantages pour évaluer les programmes de règlement extrajudiciaire des différends offerts ou rendus obligatoires par l'État. En soulignant l'importance d'évaluer l'efficacité du règlement extrajudiciaire des différends, M. Feldman fait ressortir les indicateurs utilisés pour évaluer les coûts et avantages des programmes, et leurs inconvénients. Il insiste également sur le besoin de données scientifiques fiables que les administrateurs peuvent utiliser lorsqu'ils évaluent des programmes associés à des tribunaux en vue d'assurer une efficacité durable.

Le présent numéro comprend de plus un article de Frank Fowlie, Ph. D., Colin Rule et David Bilinsky sur le gain de popularité de la résolution de différends en ligne. Les auteurs définissent les deux volets de la résolution en ligne et leur évolution indépendante, et citent le chiffre invraisemblable de plus de 100 millions de différends déposés en ligne chaque année à l'échelle mondiale. Ils analysent les applications de la résolution en ligne et ses avantages, et abordent les efforts visant à élaborer une théorie et des normes d'éthique en ce sens, ainsi que les préoccupations interculturelles. Ils offrent de plus un cadre de mise en œuvre du règlement en ligne, des perspectives sur l'avenir de cette pratique et de nouvelles perspectives stimulantes pour notre domaine.

L'article de Stephen Grant nous offre les dix meilleures explications de l'échec des médiations familiales, et insiste sur l'importance cruciale des médiateurs en vue

de réfléchir aux problèmes sous-jacents et d'en dresser la liste dans le but d'éviter les « occasions ratées » et de travailler pour obtenir une résolution qui satisfera aux véritables objectifs des parties au différend.

Ce numéro comprend également un article de Michael F. Walsh sur l'utilisation de la médiation dans le cadre de négociations de peine dans des poursuites au criminel, une option qui revêt un potentiel unique au Canada où la *Charte* exige que les poursuites au criminel soient résolues de façon opportune. L'auteur explore tout d'abord les approches employées au R.-U., en Inde et aux Philippines, puis examine la nature des conférences préparatoires aux procès au Canada en comparant les approches du Québec et de l'Ontario. En bout de ligne, il se montre en faveur d'une adoption plus large de la médiation et d'une reconnaissance du rôle du juge en vue d'élaborer un résultat juridique raisonnable.

John Peter Weldon, Joseph P. Folger et Robert A. Baruch Bush se penchent sur les diverses approches employées en médiation et jusqu'à quel point chacun de ces modèles mise sur l'auto-détermination des parties. Les auteurs font ressortir le rôle du médiateur dans chacun de ces modèles et comparent deux approches organisationnelles en ce qui a trait au code de conduite des médiateurs, puis abordent l'important concept de « décision de consommation » en médiation. Selon eux, un code de conduite doit laisser place à un vaste éventail de théories et de pratiques de médiation tout en mettant l'accent sur les concepts essentiels que partagent tous les modèles de médiation. Une approche unique ne peut pas fonctionner, et les codes de conduite et autres règlements applicables à la médiation doivent permettre une certaine diversité.

Au nom du comité éditorial, je vous souhaite à tous et à toutes un été aussi sécuritaire qu'agréable. Nous espérons que ce numéro vous plaira. ♣

# Commercial Arbitration Basics: Realizing the Potential Benefits



Stephen Antle



Michelle T. Maniago

**Stephen Antle** is a partner in the Commercial Litigation Group of BLG's Vancouver office. He is also a Chartered Arbitrator. Stephen has expertise in all forms of dispute resolution: negotiation, mediation, arbitration, administrative proceedings and litigation. He has a broad range of experience, with particular interests in corporate governance, shareholder and securities disputes, domestic and international commercial arbitration, and multi-jurisdictional issues such as letters rogatory. He acts for diverse corporate and individual clients involved in a wide variety of businesses.

**Michelle T. Maniago** is a senior associate in the Commercial Litigation Group of BLG's Vancouver office. Her practice focuses on commercial and corporate disputes, including corporate rectifications, shareholder and director disputes, enforcement of foreign letters rogatory, and general contract disputes. She has acted as counsel or co-counsel in class actions, trials and appeals, and in domestic and international arbitrations. She also has experience in preparing complex legal opinions for clients and regularly provides advice for individuals and boards of directors.

## I. Introduction

Commercial arbitration is conceptually similar to litigation – an appointed neutral finds facts from evidence, applies the relevant law to those facts and imposes on the parties a legally binding determination of their legal rights and obligations. Yet arbitration also offers the parties significant potential advantages over litigation – input into the choice of decision-maker, customized procedure (perhaps including limited document disclosure), confidentiality, limited rights of appeal, speed and cost effectiveness.

But all too frequently those potential advantages are squandered. We've all heard the horror stories of arbitrations that were more complex, took longer and

cost more than litigation would have. They were really just expensive “private litigation”. Why? In many cases the parties did not understand that arbitration’s advantages are not automatic. Parties need to appreciate that, despite conceptual similarities, arbitration procedure can be very different from litigation if the parties (and their counsel) are aware of the potential advantages and implement them in the procedure adopted.

Private litigation may be exactly what the parties want. It has its place. But for those who want to realize the potential advantages of arbitration, we provide below some tips about how, in both drafting arbitration agreements and conducting arbitrations, to actually do that. They apply equally to domestic and international commercial arbitrations. These tips fall into the following categories:

### I. Arbitration Design Considerations

- a. Pre-conditions to Arbitration
- b. Scope of Disputes to be Arbitrated
- c. Number of Arbitrators
- d. Qualifications
- e. Procedural Rules
- f. Administered versus *Ad Hoc*
- g. Confidentiality
- h. Seat of Arbitration

### II. Conducting the Arbitration

- a. Engage Experienced Arbitration Counsel
- b. Choose Experienced Arbitrators
- c. Make a Schedule Early and Try to Stick to It

- d. The Less Involved the Tribunal, the Better
- e. Focus Document Requests on Material Items
- f. Keep Experts to a Minimum
- g. Avoid a Run-Away Tribunal

## II. Arbitration Design Considerations

An arbitration agreement, whether embedded in an existing contract or a stand-alone submission to arbitration, is itself a contract. It is a separate contract from whatever contract may have given rise to the dispute itself. It carries with it all the usual contractual issues of interpretation, performance and breach.

### A) Pre-conditions to Arbitration are Potentially Dangerous

It is common for commercial contracts to require “tiered” dispute resolution procedures, beginning with negotiation, continuing through mediation and culminating in arbitration if necessary. The benefits of such an approach, principally resolving disputes as consensually and with as little outside intervention as possible, are obvious.

However, there are also drawbacks. Such a process can be superfluous. Generally speaking, if the parties want to settle, they will, whether or not they are required by an agreement to try. And if they don’t, they won’t, and there is no real benefit to requiring them to go through the motions before having their dispute resolved by arbitration. Requiring the parties to negotiate and mediate before arbitrating can cause delay and expense, unnecessarily if there’s no prospect of settling.

Such a process may also introduce unnecessary uncertainty, potentially affecting the validity of the entire proceeding. For example, the language creating the process will likely refer to the parties negotiating in “good faith” or using their “best efforts”

to resolve the dispute by mediation. The meaning of those phrases is far from clear. A party wishing to stall, or derail, an arbitration proceeding could take the position that the other party has not met those requirements and therefore that the claims are not yet admissible or the arbitrator has no jurisdiction. Resolving such challenges often requires considerable time and expense. Although the arbitrator could make a preliminary ruling, such a decision may be subject to review by a competent court. In any event, the issue might not practically be finally resolved, in court, until it came time to enforce the arbitral award.

In addition, because court proceedings are generally public, having to resolve any arbitration-related issue in court would likely nullify one of the important potential advantages of arbitration: confidentiality.

Because of those potential drawbacks, the parties should consider conditions precedent for arbitration, such as tiered dispute resolution processes, very carefully. They can be designed to minimize these problems, but that requires considerable care, by experienced counsel.

## B) Scope of Disputes to be Arbitrated

In the commercial context this issue often arises in terms of whether the disputes to be submitted to arbitration are limited to claims of breach of a particular contract or extend to all claims arising from a business relationship, including things like tort claims.

It's crucial to understand that, unlike a court, an arbitrator has only the jurisdiction the parties to the arbitration agreement agree to give him or her. When the parties define the scope of the issues to be arbitrated, they define their arbitrator's juris-

diction. If they use narrow language, the arbitrator may not have jurisdiction to deal with important aspects of their relationship. The parties may find themselves in the unenviable position of having to arbitrate and litigate aspects of their situation at the same time. That would negate most of the potential advantages of arbitration.

If the parties define the scope of issues to be arbitrated in uncertain language, they invite more preliminary objections to the jurisdiction of the arbitrator. Those may, again, have to be resolved in court, with the delay, expense, uncertainty and breach of confidentiality described above.

To avoid these difficulties the parties should consider carefully the kinds of disputes which might arise from their relationship, make conscious decisions about which they wish to arbitrate and reflect those decisions in appropriate language. Generally, it is preferable to use more comprehensive, rather than more limiting, language. The parties should avoid the risk and expense of having to both arbitrate and litigate a dispute. But, if there is a good reason to limit the scope of disputes to be arbitrated, that limitation should be stated in the clearest possible language.

## C) Number of Arbitrators

Arbitrations are usually adjudicated by a single arbitrator or a panel of three. The applicable arbitration legislation or procedural rules will likely provide the default of a single arbitrator. But it is always preferable for the parties to state the number of arbitrators they wish to use.

Different factors should be considered to decide which is most appropriate: a single arbitrator or a panel of three. These factors include: the amount in dispute (if it is a nominal amount, the extra cost associated with having a panel of three may not

be justified) and the complexity of the dispute. With a panel the parties gain the benefit of three minds considering their respective issues as opposed to one. Generally each party will appoint one arbitrator, and they, in turn, then appoint a chair. The parties' appointments can reflect their views about the arbitrators' desirable background and experience (which could also be reflected if the parties are able to agree to a single arbitrator). A panel permits a blend of experience, for example a chair with legal and arbitral experience, and arbitrators with relevant technical, business or cultural background.

## D) Qualifications

One of the potential advantages of arbitration over litigation is that the parties have at least some input into the choice of their decision maker. To realize this advantage the parties should consider the qualifications of their arbitrator(s).

Generally, arbitrators are required to be "independent" and "impartial". Independence requires that arbitrators not have a financial, professional or personal connection with any of the parties. Impartiality requires that they have an open mind about the parties and the issues. Such requirements are likely in the legislation or rules governing the arbitration. If not, the parties should ensure they address them.

Arbitrators should have legal and arbitral training. Arbitration is an adversarial legal process. Except in extraordinary circumstances, arbitrators are required to find facts from the evidence introduced before them and apply the relevant law to them. They may not adjudicate based on their perceptions of fairness, or their own experience or expertise, unless specifically given the ability to do so by the parties agreement. Arbitrating a dispute therefore normally requires experience in dealing

# ADR Outsourcing

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

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



with evidence, and other legal procedural matters, and knowledge of the relevant law.

Most often, parties are best served by arbitrators experienced in arbitration practice and procedure, rather than arbitrators with specific business, technical or scientific experience. If necessary, parties can always adduce the opinion evidence of qualified experts to educate the tribunal. The parties should also bear in mind that many procedural rules permit arbitrators to appoint independent experts to advise them, if necessary, which may be particularly useful in technology-related disputes.

If the parties do not agree on an arbitrator, the applicable arbitration legislation or rules will likely provide a mechanism for their appointment. The institutions involved normally recognize the importance of legal and arbitral experience. Nonetheless, the parties should consider whether their particular circumstance warrants specifying such qualifications in their arbitration agreement: the norm is that such specificity is not necessary.

### E) Procedural Rules

The parties should choose a set of procedural rules to govern the arbitration. There are several sets of rules, drafted by Canadian and international arbitral institutions. The parties are also free to agree to modify any of those rules or to draft their own from scratch. Likely the best way to proceed is to adopt a tested set of rules from an arbitral institution, and agree on any modifications required by the nature of the particular dispute.

If the parties want to adopt rules, they should consider whether to adopt rules set in time (such as the “2007” version) or to adopt those rules as they may be amended at the time that the arbitration is commenced. Rules can obviously change dramatically over time. The changes may simplify the process or remove key elements that the parties like.

It is in this area, designing the procedural rules for the arbitration, that many of the potential benefits of arbitration can be realized. When considering what rules to adopt, the parties should

consider issues like:

- Should they require pleadings, and if so how minimal or elaborate should they be?
- What should be the scope of any required disclosure of documents?
- Should there be any form of pre-hearing “examination for discovery”?
- What should be the procedural timeframes leading to the hearing?
- Should the evidence of witnesses be given by statement and cross-examination, rather than by *viva voce* testimony?
- Should the tribunal be required to deliver its award within a specified time?
- Should the parties’ rights to seek judicial intervention in the arbitration, and to appeal the award, be limited?

It is obvious from this list that the nitty gritty of arbitral procedure can differ significantly from litigation. That is precisely the point. In arbitration the parties have the freedom to custom design a process which incorporates only what is essential to fairly resolve their particular dispute, and so to realize the potential benefits of arbitration. They should use that freedom.

### F) Administered versus *Ad Hoc*

Another choice the parties should make is whether their arbitration is to be administered by an arbitral institution or *ad hoc*. Arbitral institutions offer administrative services for a fee. Usually their procedural rules assume the parties will use them. They usually include acting as a registry for the filing of “pleadings”, assisting in the appointment of arbitrators if necessary, preliminary consideration of challenges to the independence or impartiality of arbitrators, arranging for deposits to secure the payment of the arbitrator’s fees, formally issuing the arbitrator’s award, and the like. Some require that all communications between the parties and the arbitrator flow through them. Others provide a level of scrutiny of the arbitrator’s award before it can be issued.

The parties should consider whether those services are worth their cost. For a factually or legally complex dispute, or one involving a large amount of money, they may well be. For simpler disputes, they may

not. The economics of a dispute involving a relatively small amount may simply make them unaffordable. However, the parties should also remember that if the arbitration is to be *ad hoc*, the arbitrator (who they must pay) will have to administer the arbitration themselves. Therefore, given the usual hourly rates of arbitrators, the cost of an institutions administration may not be prohibitive.

The parties must also remember that, even if their arbitration is to be *ad hoc*, they should still choose procedural rules. There are rules suitable to *ad hoc* arbitrations, such as the UNCITRAL Arbitration Rules. Another option is to amend an institution’s rules to delete references to that institution administering the arbitration, but counsel must be very cautious in doing so, lest any ambiguity be imported into the adopted rules.

If the arbitration is to be administered, the arbitration agreement should identify the administering institution and clearly state that it will have that responsibility.

### G) Confidentiality

If preservation of the parties’ confidentiality is an important potential benefit, the parties should carefully consider how to realize it. The applicable arbitral legislation and rules should deal with confidentiality to some extent. Corporate or securities laws governing the parties may inform the extent of the confidentiality that can be maintained. The parties should consider whether their arbitration agreement should incorporate a detailed confidentiality agreement to deal with the issue further. Likewise, they should consider, in appropriate circumstances, whether they should have to agree on public statements about the arbitration, such as press releases.

Parties should note that confidentiality may be lost depending on whether the arbitral award is challenged or enforced. Again, if the courts are involved, they are generally public.

### H) Seat of Arbitration

Choosing the “seat” of arbitration is crucial. The seat of arbitration is where the

arbitration is notionally, legally, held, not where its hearings may be physically held. It is crucial because the laws of that place will govern the arbitration; those laws will be the “applicable arbitration legislation” we have referred to.

In addition, if it is necessary for the parties to seek recourse to the courts during the arbitration, then the courts of the seat are competent to assist them. A party may also try to seek interim relief in the courts of the jurisdiction of the party to be enjoined. Depending on where the parties’ counsel are authorized to practice, they may have to engage local counsel to exercise those rights.

The parties can also agree on a venue for the hearings (if hearings are even physically held in any one place, in this age of video conferencing) that may be different from the seat. But it may be better to leave that until the arbitrators (and their residences) are known. It is also important to consider whether the venue of the hearing permits foreign counsel to appear there in an arbitration. In some places, like California, the issue is not clear.

### **III. Conducting the Arbitration**

Drafting a thoughtful arbitration clause or agreement that deals with all these issues is vital if the potential benefits of arbitration are to be realized. But it is not enough. Realizing those benefits also depends on how the arbitration is actually conducted. Here are some specific suggestions for how to conduct an arbitration to realize its potential benefits.

#### **A) Engage Experienced Arbitration Counsel**

Counsel who can think outside the litigation “box”, who are comfortable with the different arbitration processes and who are able to make that process work, will help parties to realize the potential benefits of arbitration. Counsel who are very experienced litigators but cannot adapt to arbitration’s different process, and so conduct the arbitration just as though it were litigation, minimize that potential. For example, one of the authors, when acting as arbitrator in a commercial dispute, encoun-

tered counsel who treated the arbitration as private litigation: presenting issue pleadings, disclosing and demanding all relevant documents and conducting fulsome examinations for discovery. Few of arbitration’s potential advantages were realized in that arbitration, because of the approach of counsel.

#### **B) Choose Experienced Arbitrators**

The parties should choose their arbitrators with the same care they draft their arbitration agreement and choose their counsel. It should be clear by now that realizing arbitration’s potential benefits requires the process to be different from litigation. As with counsel, the parties should choose arbitrators who are experienced and comfortable with those differences. There is no shortage of retired judges and senior litigators practicing as arbitrators. Unless the parties do want private litigation, before appointing one of them the parties should ensure that the proposed appointee is cognizant of the differences between arbitration and litigation, and prepared to run the arbitration in a manner to realize its potential benefits.

Beyond that, the parties should consider what kind of person they need to resolve the dispute at hand. There is a very human dimension to that consideration. What is the dynamic between the parties? Do they need someone who will bend over backwards to be fair or a firm hand on the tiller? What is the nature of the dispute? Do they want a “black letter” lawyer or a more flexible decision maker?

Practical considerations like availability and location also factor into this analysis.

The take away is that, having decided on arbitration, with the potential benefit of input into the choice of decision maker, the parties should consider carefully what qualities they really need in an arbitrator, and select someone who has them.

#### **C) Make a Schedule Early and Try to Stick to It**

The greater the number of participants (parties, counsel and arbitrators), the harder it is to find deadlines and hearing dates that work for everyone. A simple tip

is to ask the tribunal to hold a conference call early on to consider a prehearing schedule and make a procedural order incorporating the necessary steps and deadlines. Some arbitral rules provide for mandatory case conferences early in the process.

Given how difficult it can be to schedule hearing dates, parties should make their best efforts to meet the deadlines. That said, problems and delays do arise. For example, document review may consume more time than expected or someone key may fall ill. To avoid the difficulties caused by a compressed timeline, consider building into the schedule a bit of flexibility, for example leaving time between the last required step and the hearing, to allow deadlines to be pushed back while maintaining the hearing dates.

#### **D) The Less Involved the Tribunal, the Better**

Tribunals appreciate reasonable counsel. To the extent counsel can agree on matters, the parties save the cost, and time, of having them resolved by the tribunal. The tribunal will appreciate that (and so will the parties’ financial officers).

#### **E) Focus Document Requests on Material Items**

In the email age, litigation document discovery (“all relevant documents”) can be a nightmare. Avoiding that is one of the important potential advantages of arbitration. The scope of document disclosure in an arbitration depends on the procedural rules chosen by the parties, and it is an important consideration in that choice.

Under most rules, the document disclosure required is narrow. However, there remain some rules, which permit broad disclosure – almost litigation-like. But even if you are operating under those rules, one cost saving tool is to focus requests for disclosure on material documents, assuming the situation permits. Consider also restrictions on date ranges. Keep requests narrow. This approach may avoid the cost of counsel needing to wade through thousands of possibly relevant, but not material, documents. The IBA Rules on the Taking of Evidence in International

Arbitration provide excellent guidelines on document production, and there is no reason the IBA Rules, or similar international rules, cannot be adopted as guidelines in a domestic arbitration.

Where document disclosure is limited to material documents, or even reliance documents, by rule or by party-conduct, cost savings will be automatic.

The ability to work with less than all potentially relevant documents is a key qualification of effective arbitration counsel.

#### F) Keep Experts to a Minimum

Does this dispute really need an expert? If it does, how many? Efficient and cost effective arbitrations use a minimum of experts. Of course, if the arbitration does have several issues that require expert evidence, counsel should be careful in choosing a “jack-of-all-trades” expert, lest their qualifications be seen as less impressive

than specialized experts and harm their credibility.

#### G) Avoid a Run-Away Tribunal

In the end, the arbitration experience should be party-driven. That is one of arbitration’s basic concepts. It is important to avoid having a tribunal that takes on too much (and then costs too much). Part of achieving that comes from the initial selection of the arbitrator(s). Another tip to keep the tribunal on track is to base all activity on its procedural orders. Another is for counsel to approach the tribunal jointly with any concerns about the process, if such an approach is absolutely necessary. Ideally, counsel will not have to, and rarely do they have to, resort to this extreme, but must be prepared to do so in the interest of an efficient arbitration.

### IV. Conclusion

The prevailing view in the ever-global-

ized commercial world is that arbitration is the most effective dispute resolution mechanism. This view is increasingly shared in domestic circles because arbitration has many potential advantages over litigation. If the parties take proper care to design, and implement, a process which actually realizes those potential benefits, arbitration can be much, much more than private litigation. ☘

*Please feel free to contact the authors, Stephen Antle, at [santle@blg.com](mailto:santle@blg.com), or Michelle Maniago, at [mmaniago@blg.com](mailto:mmaniago@blg.com), for further information on this topic or to provide comments or questions.*

*Borden Ladner Gervais LLP (“BLG”) is one of Canada’s largest law firms, with 750 lawyers in offices across the country, including Vancouver, Calgary, Toronto, Ottawa, Montreal and Waterloo. Visit our website at: [www.blg.com](http://www.blg.com) to find out more about our services and expertise.*

## Notions fondamentales en matière d’arbitrage commercial : Tirer parti des avantages potentiels de l’arbitrage

### *Biographies des auteurs*

**Stephen Antle** est associé dans le groupe chargé des litiges de droit commercial au bureau de BLG, à Vancouver. Il est également arbitre agréé. Stephen est expert de toutes les formes de règlement de différends : négociation, médiation, arbitrage, poursuites administratives et litige. Il possède une vaste expérience, et un intérêt particulier pour la gouvernance d’entreprise, les litiges relatifs aux actionnaires et aux valeurs mobilières, l’arbitrage commercial national et international, ainsi que les questions intergouvernementales telles que les commissions rogatoires. Il représente plusieurs entreprises et clients particuliers dans un large éventail de secteurs d’activité.

**Michelle T. Maniago** est avocate associée du groupe chargé des litiges de droit commercial au bureau de BLG, à Vancouver. Elle exerce dans le domaine des litiges de droit commercial et de droit des entreprises, y compris les modifications d’entreprises, les litiges concernant les actionnaires et les directeurs, l’application des commissions rogatoires étrangères, et les litiges ayant trait aux contrats généraux. Elle a offert ses services en tant que conseillère juridique ou co-conseillère juridique dans le cadre de recours collectifs, de procès et d’appels, ainsi que d’arbitrages nationaux et internationaux. Elle possède également de l’expérience en matière de préparation d’avis juridiques complexes pour des clients, et offre régulièrement des conseils à des particuliers et des conseils d’administration.

### I. Introduction

Un arbitrage commercial et un procès présentent des similarités conceptuelles : un arbitre nommé tire des conclusions fondées sur des preuves, applique la loi correspondant aux faits et impose aux parties une décision exécutoire concernant leurs droits et obligations. Toutefois, l’arbitrage offre

également aux parties des avantages potentiels significatifs par rapport à un procès, comme la possibilité de participer au choix du décideur, une procédure personnalisée (incluant peut-être une divulgation limitée des documents), une certaine confidentialité, des droits d’appel limités, la

rapidité et la rentabilité.

Mais ces avantages potentiels sont trop fréquemment inutilisés. Nous avons tous entendu des histoires horribles d’arbitrages plus complexes, plus longs et plus coûteux qu’un procès. Ils se sont résumés à de simples « procès privés » coûteux. Pourquoi? Dans de nombreux cas, les parties n’avaient pas compris pas que les avantages de l’arbitrage ne sont pas automatiques. Les parties doivent tenir compte du fait que, malgré des similarités conceptuelles, la procédure d’arbitrage peut être très différente d’un procès si les parties (et leur conseiller juridique) en connaissent les avantages potentiels et les utilisent au cours de la procédure choisie.

Il est possible que des poursuites privées répondent exactement aux attentes des parties. Elles ont leur place. Mais pour ceux qui souhaitent profiter pleinement des avantages potentiels qu’offre l’arbitrage, voici quelques conseils pour y parvenir concrètement, tant en ce qui a trait à la ré-

# ANNUAL NATIONAL CONFERENCE: ADRIC 2013 / ICC Canada 2013

**Join us October 24 & 25, 2013 in Toronto for the ADR Institute of Canada's AGM and National Conference, ADRIC's largest yet!**

This year, ADR Canada has joined forces with ICC Canada to combine the **ADR Institute of Canada Annual National Conference** and the **ICC Canada International Arbitration Conference** to create one extraordinary event.

In addition to top speakers on issues of importance to users and practitioners of arbitration and mediation, ADRIC's program will be enriched with ICC Canada's sessions on International Arbitration to create the largest and most important gathering of arbitration and mediation practitioners and consumers in Canada.

- **FIVE STREAMS: OVER 45 SESSIONS** to choose from, plus plenary sessions and excellent networking opportunities.
- We are also holding two pre-conference full-day workshops **Wednesday October 23, 2013:** **Marketing Your ADR Practice** and **Advanced Negotiation Skills.**

**Register today:** [www.adrcanada.ca](http://www.adrcanada.ca)

Location: InterContinental Toronto Centre, 225 Front Street West, Toronto.

**October 24 & 25,  
2013 in Toronto**

We have a limited number of guest rooms blocked at the excellent rate of just \$174 per night! Reserve yours today via this link: <https://resweb.passkey.com/go/ADRInstituteofCanadaConf>

## CONFÉRENCE NATIONALE ANNUELLE : IAMC 2013 / CCI Canada 2013

**Venez assister les 24 et 25 octobre 2013, à Toronto, à l'Assemblée générale annuelle (AGA) et à la conférence nationale de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, la plus importante conférence de l'IAMC à ce jour!**

Cette année, l'IAMC et la CCI Canada ont uni leurs efforts pour rassembler la **Conférence nationale annuelle de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada** et la **Conférence sur l'arbitrage international de la CCI Canada**, afin de créer un événement extraordinaire.

Outre les principaux conférenciers qui interviendront sur des thèmes importants tant pour les professionnels de l'arbitrage et de la médiation, que pour leurs clients, le programme de la conférence de l'IAMC sera enrichi de séances sur l'arbitrage international de la CCI Canada afin de créer le plus important rassemblement de professionnels et de clients de ces secteurs au Canada.

- **CINQ VOLETS : PLUS DE 45 SÉANCES** au choix, en plus de séances plénaires et d'excellentes occasions de réseautage. (Remarque : Les séances plénaires et un des volets [à déterminer] bénéficieront d'un service d'interprétation en français).
- Nous offrirons également deux ateliers d'une journée la veille de la conférence : **mercredi 23 octobre 2013 : « Marketing Your ADR Practice » et « Advanced Negotiation Skills »** (Remarque : ces deux ateliers sont en anglais seulement).

**les 24 et 25 octobre  
2013 à Toronto**

Renseignements concernant les réservations d'hôtels :

Nous avons réservé un nombre limité de chambres pour nos invités à un excellent tarif : 174 \$ par nuit! Réservez la vôtre dès aujourd'hui en cliquant sur le lien suivant : <https://resweb.passkey.com/go/ADRInstituteofCanadaConf>

**De plus amples renseignements et le formulaire d'inscription seront disponibles sous peu. [www.adrcanada.ca](http://www.adrcanada.ca)**

Lieu : InterContinental Toronto Centre, au 225 Front Street West, Toronto.



daction des conventions d'arbitrage qu'à la conduite des arbitrages. Ils s'appliquent de la même façon aux arbitrages commerciaux nationaux et internationaux. Ces conseils entrent dans les catégories suivantes :

### I. Considérations liées à l'élaboration d'un arbitrage

- a. Conditions préalables à un arbitrage
- b. Portée des différends soumis à un arbitrage
- c. Nombre d'arbitres
- d. Qualifications
- e. Règles de procédure
- f. Administré ou *ad hoc*
- g. Confidentialité
- h. Siège de l'arbitrage

### II. Conduite de l'arbitrage

- a. Engager des conseillers juridiques expérimentés en arbitrage
- b. Choisir des arbitres chevronnés
- c. Établir au préalable un calendrier et tenter de le respecter
- d. Recourir le moins possible aux tribunaux
- e. Limiter les demandes de documents aux documents importants
- f. Recourir au moins d'experts possible
- g. Éviter les tribunaux zélés

### II. Considérations liées à l'élaboration d'un arbitrage

Une convention d'arbitrage, qu'elle s'inscrive dans un contrat existant ou qu'il s'agisse d'une demande indépendante d'arbitrage, est en soi un contrat. Il s'agit d'un contrat distinct de tout autre susceptible d'être à l'origine du différend. Il s'accompagne de toutes les questions contractuelles habituelles liées à l'interprétation, l'exécution et la violation.

#### A) Des conditions préalables à un arbitrage constituent un danger potentiel.

Il est courant, dans les contrats commerciaux, d'exiger des procédures de règlement des différends « par palier », en commençant par une négociation, suivie d'une médiation pour finir, au besoin, à l'arbitrage. Les avantages d'une telle approche, principalement pour résoudre un différend de manière consensuelle

en limitant le plus possible les interventions extérieures, sont évidents.

Toutefois, elle comporte également des inconvénients. Un tel processus peut être superflu. De façon générale, si les parties souhaitent parvenir à un accord, elles y parviendront, qu'elles soient tenues d'essayer ou non par une entente. Si elles ne le souhaitent pas, elles ne le feront pas, et il n'y a pas vraiment d'avantages à les contraindre à suivre les étapes habituelles avant de résoudre leur différend par arbitrage. Exiger des parties une négociation et une médiation avant l'arbitrage peut entraîner des retards et des dépenses superflus si elles ne prévoient pas parvenir à un accord.

Une telle procédure peut également introduire un doute superflu, qui pourrait remettre en question la validité de toute la procédure. Par exemple, la formulation utilisée dans la procédure fera probablement référence à des parties négociant de « bonne foi » ou faisant « de leur mieux » pour régler le différend par l'entremise de la médiation. La signification de ces phrases est loin d'être claire. Une partie qui souhaite retarder ou saboter une procédure d'arbitrage peut arguer que l'autre partie n'a pas rempli les exigences et que les réclamations ne sont, par conséquent, pas admissibles pour l'instant ou que l'arbitre n'est pas compétent. Résoudre de tels défis est souvent très chronophage et coûteux. Même si l'arbitre rendait une décision préliminaire, cette dernière pourrait faire l'objet d'un examen par un tribunal compétent. Quoi qu'il en soit, le problème pourrait ne pas être résolu de façon pratique au tribunal avant l'application de la décision arbitrale.

En outre, les procédures judiciaires étant généralement publiques, résoudre un différend lié à un arbitrage devant un tribunal compromettrait probablement l'un des avantages potentiels importants de l'arbitrage : la confidentialité.

En raison de ces inconvénients potentiels, les parties doivent examiner très attentivement les étapes précédant l'arbitrage, telles que des procédures de règlement des différends par paliers. Elles

peuvent être élaborées de manière à minimiser ces problèmes, mais cela nécessite les conseils avisés d'un conseiller juridique expérimenté.

#### B) Portée des différends soumis à un arbitrage

Dans le contexte commercial, cette question se pose souvent comme suit : les différends soumis à un arbitrage se limitent-ils à des allégations de violation d'un contrat particulier ou s'étendent-ils à toutes les réclamations découlant d'une relation commerciale, y compris les réclamations en responsabilité civile extracontractuelle ?

Il est primordial de comprendre qu'à la différence d'un tribunal, ce sont les parties à la convention d'arbitrage qui décident de la compétence d'un arbitre. En définissant la portée des problèmes à soumettre à l'arbitrage, elles définissent les compétences de leur arbitre. Si elles utilisent des formulations restrictives, l'arbitre peut ne pas être compétent pour traiter certains aspects importants de la relation. Les parties peuvent se retrouver dans la position peu enviable d'avoir à régler certains aspects de leur situation à la fois par l'entremise d'un arbitrage et d'un procès. Cela leur enlèverait la plupart des avantages potentiels de l'arbitrage.

Si les parties définissent la portée des problèmes à arbitrer par des formulations floues, elles favorisent davantage d'objections préliminaires à la compétence de l'arbitre. Là encore, on pourrait avoir à régler ces questions au tribunal, avec le retard, les dépenses, l'incertitude et le non-respect de la confidentialité décrits plus haut.

Pour éviter ces difficultés, les parties doivent étudier minutieusement les types de différends susceptibles de découler de leur relation, prendre des décisions éclairées concernant celles qu'elles souhaitent soumettre à un arbitrage, et refléter ces décisions par des formulations appropriées. En général, il est préférable d'utiliser une formulation plus exhaustive que restrictive. Les parties doivent éviter le risque et le coût d'avoir à régler un différend par l'entremise d'un arbitrage et d'un procès. Mais s'il existe une bonne raison pour limiter la

portée des différends à soumettre à l’arbitrage, elle doit être formulée le plus clairement possible.

### C) Nombre d’arbitres

Les arbitrages sont habituellement menés par un arbitre ou un groupe de trois arbitres. Les lois ou les règles de procédure applicables en matière d’arbitrage mentionnent généralement un arbitre unique par défaut. Toutefois, il est toujours préférable pour les parties d’indiquer le nombre d’arbitres qu’elles souhaitent voir intervenir.

Différents facteurs doivent être pris en compte pour choisir la solution la plus appropriée : un seul arbitre ou un groupe de trois arbitres. Ces facteurs incluent : le montant du différend (s’il s’agit d’une somme symbolique, le coût supplémentaire engendré par un groupe de trois arbitres peut ne pas être justifié) et la complexité du différend. Avec un groupe d’arbitres, les parties ont l’avantage de voir leurs problèmes respectifs étudiés par trois cerveaux au lieu d’un. En général, chaque partie nommera un arbitre. Les deux arbitres désigneront à leur tour un président. Les arbitres nommés par les parties peuvent refléter leurs opinions relativement à la formation et à l’expérience souhaitées de ces derniers (ce qui pourrait également être le cas si les parties parvenaient à nommer un seul arbitre). Un groupe d’arbitres permet un mélange d’expériences. Par exemple, un président expérimenté dans les domaines juridique et arbitral, et des arbitres ayant des connaissances techniques, commerciales ou culturelles pertinentes.

### D) Qualifications

L’un des avantages potentiels de l’arbitrage par rapport au procès est que les parties peuvent au moins participer à la sélection du décideur. Pour ce faire, les parties doivent tenir compte des qualifications de leur(s) arbitre(s).

En règle générale, ces derniers se doivent d’être « indépendants » et « impartiaux ». L’indépendance nécessite que les arbitres n’aient aucun lien financier, professionnel ou personnel avec l’une ou l’autre des parties. L’impartialité nécessite qu’ils soient ouverts d’esprit concernant les problèmes

des parties. On peut retrouver de telles exigences dans les lois ou les règles qui régissent l’arbitrage. Si tel n’est pas le cas, les parties doivent s’assurer d’en tenir compte.

Les arbitres doivent posséder une formation juridique et arbitrale. L’arbitrage est un processus juridique de confrontation. Sauf dans des circonstances extraordinaires, les arbitres sont tenus d’établir des faits à partir des preuves qui leur sont présentées, puis d’y d’appliquer la loi pertinente. Ils ne peuvent trancher en s’appuyant sur leurs perceptions de l’équité, ou leur propre expérience ou expertise, à moins d’y avoir été autorisés dans l’entente conclue par les parties. Arbitrer un litige nécessite par conséquent de l’expérience en matière de gestion de preuves, d’autres questions de procédures judiciaires, ainsi qu’une connaissance de la loi pertinente.

Le plus souvent, les parties sont mieux servies par des arbitres possédant une expérience des pratiques et des procédures d’arbitrage, que par des arbitres spécialisés dans des domaines commerciaux, techniques ou scientifiques. Au besoin, les parties peuvent toujours solliciter en preuve l’opinion d’experts qualifiés pour éduquer le tribunal. Les parties doivent également garder à l’esprit que plusieurs règles de procédure permettent aux arbitres de nommer des experts indépendants pour les conseiller, au besoin, ce qui peut être particulièrement utile dans les cas de différends liés à des technologies.

Si les parties ne parviennent pas à nommer un seul arbitre, les lois ou les règles applicables en matière d’arbitrage leur offriront probablement un mécanisme permettant de les nommer. Les institutions impliquées reconnaissent en général l’importance de l’expérience juridique et arbitrale. Cependant, les parties doivent se demander si les circonstances dans lesquelles elles se trouvent justifient de spécifier de telles qualifications dans la convention d’arbitrage : la norme veut qu’une telle spécificité ne soit pas nécessaire.

### E) Règles de procédure

Les parties doivent choisir un ensemble de règles de procédure qui régiront l’arbi-

trage. Il existe plusieurs ensembles de règles, élaborés par des institutions d’arbitrage canadiennes et internationales. Les parties sont également libres de s’entendre pour modifier n’importe laquelle de ces règles ou d’élaborer entièrement les leurs. Il semble que la meilleure façon de faire consiste à adopter un ensemble de règles éprouvé par une institution d’arbitrage, et convenir des modifications nécessaires eu égard à la nature du différend en question.

Si les parties souhaitent adopter des règles, elles doivent se demander si elles préfèrent adopter des règles à un moment donné (par exemple, une version 2007), ou les adopter telles quelles (y compris leurs modifications) au moment de l’arbitrage. Les règles peuvent évidemment changer de façon drastique au fil du temps. Les modifications peuvent simplifier les processus ou révoquer des éléments clés appréciés par les parties.

C’est dans ce domaine, l’élaboration de règles de procédure d’arbitrage, qu’il est possible de profiter des nombreux avantages potentiels de l’arbitrage. Pour choisir les règles à adopter, les parties doivent se poser les questions suivantes :

- Ont-elles besoin d’actes de procédure et, le cas échéant, doivent-ils être succincts ou élaborés?
- Quelle doit être la portée d’une divulgation de documents?
- Doit-il y avoir une forme d’audience préliminaire à l’« interrogatoire préalable »?
- Quelles sont les durées des procédures précédant l’audience?
- Les témoignages doivent-ils être formulés par l’entremise d’une déclaration et d’un contre interrogatoire, ou plutôt par un témoignage de vive voix?
- Le tribunal est-il tenu de rendre sa sentence dans un délai donné?
- Les droits des parties de demander une intervention judiciaire pendant l’arbitrage, et de faire appel de la décision doivent-ils être limités?

Cette liste de questions montre clairement que le fond de la procédure d’arbitrage peut différer grandement d’un procès. C’est là toute la question. En cas d’arbitrage, les parties sont libres d’élaborer un processus

personnalisé qui incorpore uniquement l'essentiel en vue de résoudre leur différend, et ce, pour tirer pleinement parti des avantages potentiels de l'arbitrage. Elles doivent utiliser cette liberté.

#### F) Administré ou *ad hoc*

Les parties vont également devoir décider si elles souhaitent que l'arbitrage soit administré par une institution arbitrale ou *ad hoc*. Les institutions arbitrales offrent des services administratifs moyennant des frais. Habituellement elles proposent les règles de procédures que les parties pourront utiliser. Les services incluent, en général, le fait de servir de registre pour la consignation des documents de procédure, l'aide à la nomination des arbitres au besoin, l'examen préliminaire des questions liées à l'indépendance ou l'impartialité des arbitres, les dispositions relatives aux dépôts visant à garantir le paiement des honoraires de l'arbitre, la publication officielle de la décision des arbitres, etc. Certaines institutions arbitrales exigent que toutes les communications entre les parties et l'arbitre passent par elles. D'autres offrent un examen plus ou moins minutieux de la décision de l'arbitre avant sa publication.

Les parties doivent se demander si ces services valent leur coût. Ils le valent peut-être dans le cas d'un différend factuellement ou juridiquement complexe, ou portant sur une importante somme d'argent. Pour des différends plus simples,

peut-être pas. Le coût d'un différend concernant une somme relativement faible peut rendre ces services simplement inabordables. Toutefois, les parties doivent également garder à l'esprit que si l'arbitrage est *ad hoc*, l'arbitre (qu'elles doivent rémunérer) devra administrer l'arbitrage lui-même. Par conséquent, compte tenu des taux horaires habituels des arbitres, le coût de l'administration par une institution peut ne pas être prohibitif.

Les parties doivent également se rappeler que, même si leur arbitrage est *ad hoc*, elles devront toujours choisir des règles de procédure. Il existe des règles adaptées aux arbitrages *ad hoc*, telles que les règles d'arbitrage de la CNUDCI. L'autre possibilité consiste à modifier les règles d'une institution pour supprimer les références indiquant que cette institution administre l'arbitrage, mais le conseiller juridique doit être extrêmement prudent à cet égard, pour éviter que les règles adoptées soient empreintes d'ambiguïté.

Si l'arbitrage est administré, la convention d'arbitrage doit indiquer l'institution administratrice et stipuler qu'elle en aura la responsabilité.

#### G) Confidentialité

Si le respect de la confidentialité des parties est un avantage potentiel important, celles-ci doivent réfléchir attentivement à la manière d'en profiter. Les lois et les règles d'arbitrage applicables doivent, dans

une certaine mesure, tenir compte de la confidentialité. Le droit des sociétés ou des valeurs mobilières que les parties sont tenues de respecter peut donner une idée de la confidentialité qu'il sera possible de préserver. Les parties doivent se demander si leur convention d'arbitrage doit contenir une entente détaillée en matière de confidentialité pour répondre à ce problème plus tard. Dans la même veine, elles doivent se demander si, dans des circonstances appropriées, elles devraient accepter de faire des déclarations publiques concernant l'arbitrage, telles que des communiqués de presse.

Les parties doivent noter que la confidentialité pourrait être mise à mal selon que la décision arbitrale est contestée ou acceptée. Là encore, si les tribunaux sont impliqués, ils le sont généralement publiquement.

#### H) Siège de l'arbitrage

Choisir le « siège » de l'arbitrage est crucial. Il s'agit de l'endroit où se déroule, en théorie, légalement l'arbitrage, et non du lieu où les audiences pourraient se tenir physiquement. Il est crucial parce que les lois du lieu en question régiront l'arbitrage. Ces lois seront les « lois applicables en matière d'arbitrage » mentionnées plus haut.

En outre, si les parties décident de porter la cause devant les tribunaux pendant l'arbitrage, les tribunaux compétents pour les

## 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](mailto:admin@adrcanada.ca), [www.adrcanada.ca](http://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 administering 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

aider seront ceux du siège. Une partie peut également solliciter des mesures provisoires devant les tribunaux du territoire de compétence de la partie intimée. Selon l'endroit où les conseillers juridiques des parties sont autorisés à exercer, les parties pourraient devoir faire appel à un conseiller juridique de la région pour exercer ces droits.

Les parties peuvent également convenir d'un lieu d'audience différent du siège (les audiences se tiennent physiquement à un endroit quelconque, à l'ère de la vidéo-conférence). Cependant, il vaut peut-être mieux attendre de connaître les arbitres (et leur lieu de résidence). Il est également important de se demander si le lieu de l'audience permet l'intervention d'un conseiller juridique étranger pendant un arbitrage. À certains endroits, comme en Californie, ce point n'est pas clair.

### III. Conduite de l'arbitrage

Élaborer une clause ou une convention d'arbitrage réfléchie qui tient compte de toutes ces questions est essentiel si l'on souhaite profiter pleinement des avantages potentiels de l'arbitrage. Mais cela ne suffit pas. Tirer parti de ces avantages dépend également de la manière dont l'arbitrage est mené concrètement. Voici quelques suggestions précises concernant la manière de mener un arbitrage afin de bénéficier de tous les avantages offerts.

#### A) Engager des conseillers juridiques expérimentés en arbitrage

Des conseillers juridiques en mesure de réfléchir en dehors du cadre des lois, à l'aise avec les différents processus d'arbitrage et capables de faire fonctionner cette procédure, aideront les parties à profiter pleinement des avantages potentiels de l'arbitrage. Des conseillers juridiques qui sont des plaideurs très chevronnés, mais qui sont incapables de s'adapter aux différences de l'arbitrage, et le mènent comme s'il s'agissait d'un procès, rédui-

sent ce potentiel. Par exemple, l'un des auteurs, alors qu'il intervenait en tant qu'arbitre dans un différend commercial, a rencontré un conseiller juridique qui traitait l'arbitrage comme une poursuite privée : en présentant les documents de procédure du dossier, en divulguant et en exigeant tous les documents pertinents, et en menant des interrogatoires préalables approfondis. Peu des avantages de l'arbitrage ont été mis à profit dans ce cas, en raison de l'approche du conseiller juridique.

#### B) Choisir des arbitres chevronnés

Les parties doivent choisir leurs arbitres aussi attentivement qu'elles élaborent leur convention d'arbitrage et sélectionnent leurs conseillers juridiques. Il est clair maintenant que tirer pleinement parti des avantages potentiels de l'arbitrage nécessite que le processus soit différent d'un procès. Comme pour le conseiller juridique, les parties doivent choisir des arbitres expérimentés et à l'aise avec ces différences. Les juges à la retraite et les plaideurs chevronnés qui offrent leurs services en tant qu'arbitres ne manquent pas. À moins que les parties souhaitent un procès privé, elles devraient s'assurer, avant de nommer l'un d'entre eux, que l'arbitre proposé est au fait des différences entre un arbitrage et un procès, et qu'il est prêt à mener l'arbitrage de façon à profiter des avantages potentiels qu'offre ce processus.

En outre, les parties doivent réfléchir au type de personne dont elles ont besoin pour résoudre le différend en question. Il y a une dimension humaine importante à prendre en compte. Quelle est la dynamique entre les parties? Ont-elles besoin d'une personne qui fera tout son possible pour être juste ou d'une main ferme à la barre? Quelle est la nature du différend? Souhaitent-elles un avocat qui respecte le droit à la lettre ou un décideur plus souple?

Des considérations pratiques telles que la

disponibilité et l'emplacement sont également des facteurs à prendre en compte dans cette analyse.

Ce qu'il faut retenir est qu'en ayant opté pour l'arbitrage, avec l'avantage potentiel de pouvoir participer à la sélection du décideur, les parties doivent examiner attentivement les qualités que devra réellement posséder l'arbitre selon elles, et en choisir un qui les possède.

#### C) Établir au préalable un calendrier et tenter de le respecter

Plus il y a d'intervenants (parties, conseillers juridiques et arbitres), plus il est difficile d'établir un calendrier et de fixer des dates d'audiences qui satisfont tout le monde. Un conseil simple consiste à demander au tribunal de tenir une conférence téléphonique à l'avance afin d'étudier un calendrier d'audiences préalables, et d'établir des règles de procédure qui incorpore les étapes et échéances nécessaires. Certaines règles arbitrales prévoient des conférences préparatoires obligatoires au début du processus.

Compte tenu de la difficulté de fixer des dates d'audiences, les parties doivent faire leur possible pour les respecter. Ceci étant dit, des problèmes et des retards peuvent survenir. Par exemple, l'examen des documents peut prendre plus de temps que prévu ou une personne clé peut tomber malade. Pour éviter les difficultés liées à un calendrier serré, tentez de conserver un peu de souplesse lorsque vous établissez votre calendrier. Laissez, par exemple, du temps entre la dernière étape nécessaire et l'audience afin de pouvoir repousser les échéances tout en respectant les dates d'audience.

#### D) Recourir le moins possible aux tribunaux

Les tribunaux apprécient les conseillers juridiques raisonnables. Plus ils seront en mesure de s'entendre sur un différend,



moins les parties perdront de temps et d'argent à les résoudre devant un tribunal. Le tribunal l'appréciera (ainsi que les conseillers financiers des parties).

### E) Limiter les demandes de documents aux documents importants

À l'ère du courriel, la communication des documents relatifs au litige (« tous les documents pertinents ») peut tourner au cauchemar. Éviter ce tracas est l'un des avantages potentiels importants de l'arbitrage. La portée de la divulgation des documents au cours d'un arbitrage dépend des règles de procédures choisies par les parties, et il s'agit d'une considération importante de ce choix.

Pour la plupart, les règles limitent la divulgation des documents. Toutefois, il en demeure quelques-unes qui permettent une divulgation plus large, presque autant qu'au cours d'un procès. Mais même si vous optez pour ces dernières, une des façons de réduire les coûts est de limiter la divulgation aux documents importants, en admettant que la situation le permette. Pensez également à limiter le laps de temps. Demandez des documents sur des périodes courtes. Cette approche pourrait éviter le coût lié au fait que le conseiller juridique doive consulter des milliers de documents susceptibles d'être pertinents, mais pas importants. Les règles de l'IBA

relatives à la réception des témoignages au cours d'un arbitrage international offrent d'excellentes lignes directrices concernant la production des documents. Et il n'y a aucune raison pour que les règles de l'IBA, ou des règles internationales semblables ne puissent être adoptées en tant que lignes directrices dans le cadre d'un arbitrage national.

Limiter la divulgation des documents aux documents importants, ou même à des documents d'appui, par les règles choisies ou par la conduite des parties, permettra automatiquement de réduire les coûts.

La capacité à travailler sans disposer de l'ensemble des documents potentiellement pertinents est une compétence clé d'un conseiller juridique efficace pendant un arbitrage.

### F) Recourir au moins d'experts possible

Est-il vraiment nécessaire de recourir à des experts pour régler ce différend? Dans l'affirmative, combien en faut-il? Les arbitrages efficaces et rentables font appel au moins d'experts possible. Évidemment, si l'arbitrage comprend plusieurs questions qui nécessitent le témoignage d'un expert, le conseiller juridique évitera soigneusement les experts généralistes, sous peine que leurs qualifications soient perçues

comme moins impressionnantes que celles d'experts spécialisés, et nuisent à leur crédibilité.

### G) Éviter les tribunaux zélés

En fin de compte, l'arbitrage doit être axé sur les parties. Il s'agit d'un des concepts fondamentaux de l'arbitrage. Il est important d'éviter de se retrouver face à un tribunal zélé (qui finit par coûter trop cher). Cet objectif est atteint, en partie, par la sélection initiale des arbitres. Pour garder le tribunal sur les rails, une autre astuce consiste à fonder toute l'activité sur ses ordonnances de procédures. Une autre astuce consiste à ce que les conseillers juridiques fassent conjointement part au tribunal de toute préoccupation concernant la procédure, si une telle démarche est absolument nécessaire. Idéalement, les conseillers juridiques n'auront pas à en arriver à une situation aussi extrême – et y arrivent rarement, mais soyez préparés à le faire dans l'intérêt d'un arbitrage efficace.

## IV. Conclusion

L'opinion prédominante dans un contexte commercial de plus en plus mondialisé est que l'arbitrage est le mécanisme de règlement des différends le plus efficace. Cette opinion fait des émules au sein de cercles nationaux parce que l'arbitrage offre beaucoup plus d'avantages potentiels qu'un procès. Si les parties prennent le temps d'élaborer et de mettre en œuvre un processus qui permettra de vraiment profiter pleinement de ces avantages potentiels, l'arbitrage peut être beaucoup plus qu'un procès privé. ♣

*N'hésitez pas à communiquer avec les auteurs, Stephen Antle, à [santle@blg.com](mailto:santle@blg.com), ou Michelle Maniago, à [mmaniago@blg.com](mailto:mmaniago@blg.com), pour de plus amples renseignements à ce sujet, pour formuler des commentaires ou poser des questions.*

*Borden Ladner Gervais LLP (« BLG ») est l'un des plus importants cabinets juridiques au Canada, qui compte 750 avocats en exercice dans tout le pays, y compris Vancouver, Calgary, Toronto, Ottawa, Montréal et Waterloo. Consultez notre site Web à l'adresse [www.blg.com](http://www.blg.com) pour de plus amples renseignements sur nos services et notre expertise.*

## Externalisation des services de l'IAMC

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

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



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



William G. Horton,  
C.Arb, FCIArb<sup>2</sup>

# Note on Canadian Cases: The Jurisdiction of Tribunals to Control Counsel Conduct and Disqualify Counsel based on Conflicts of Interest<sup>1</sup>

The purpose of this note is to bring attention to certain Canadian authorities relating to the power of tribunals to control the conduct of counsel appearing before them, including the power to disqualify counsel from acting due to a conflict of interest which would affect the fairness of the proceedings. These authorities were brought to my attention by counsel on a motion to disqualify opposing counsel which was heard by me as a sole arbitrator of a non-international commercial arbitration. As it turned out, there was no dispute in that case as to my jurisdiction to grant the order.

On reviewing the authorities cited, it would appear that although none of the cases directly relate to a commercial arbitration under a provincial arbitration statute, the principle is well established that the power to entertain such applications and make such orders are a necessarily implied adjunct to the power of any tribunal to control its own process. The power of arbitral tribunals to control their own process, subject to the agreement of the parties and some statutory limitations, is clearly recognized and established by all provincial arbitration statutes.

Many discussions of this issue begin by contrasting the *inherent* jurisdiction possessed by courts with the fact that the jurisdiction of arbitral tribunals is based on the consent of the parties and therefore cannot be said to be “inherent”. It is therefore interesting to read a decision of the Supreme Court of Canada which builds a bridge between the inherent jurisdiction possessed by superior courts and the “implied” jurisdiction of statutory courts, which do not have inherent jurisdiction, to control the conduct of counsel. As was stated in *R v. Cunningham*, [2010] 1 S.C.R. 331 at paras. 18-20:

[18] Superior courts possess inherent jurisdiction to ensure they can function as courts of law and fulfil their mandate to administer justice (see I.H. Jacob, “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, at pp. 27-28). Inherent jurisdiction includes the authority to control the process of the court, prevent abuses of process, and ensure the machinery of the court functions in an orderly and effective manner. As counsel are key actors in the administration of justice, the court has authority to exercise some control over counsel when necessary to protect its process. In *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235, this Court confirmed that inherent jurisdiction includes the authority to remove counsel from a case when required to ensure a fair trial:

The courts, which have inherent jurisdiction to remove from the record solicitors who have a conflict of interest, are not bound to apply a code of ethics. Their jurisdiction stems from the fact that lawyers are officers of the court and their conduct in legal proceedings which may affect the administration of justice is subject to this supervisory jurisdiction. [p. 1245]

...

[19] Likewise in the case of statutory courts, the authority to control the court’s process and oversee the conduct of counsel is necessarily implied in the grant of power to function as a court of law. This Court has affirmed that courts can apply a “doctrine of jurisdiction by necessary implication” when determining the powers of a statutory tribunal:

... the powers conferred by an enabling statute are construed to include not only those expressly granted but also, by implication, all powers which are practically necessary for the accomplishment of the object intended to be secured by the statutory regime ....

(*ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 51)

Although Bastarache J. was referring to an administrative tribunal, the same rule of jurisdiction, by necessary implication, would apply to statutory courts.

[20] Applications regarding withdrawal or removal of counsel, whether for non-payment of fees, conflict of interest or otherwise, are the types of matters that fall within the necessarily implied authority of a court to control the conduct of legal proceedings before it.

It is noteworthy that in *Cunningham* the Supreme Court of Canada upheld the power of a statutory court to *prevent the withdrawal* of counsel from the case – arguably an even more draconian measure than disqualification ! However, since counsel in that case applied for permission to withdraw there does not seem to be any reason why a statutory court should not have refused to grant permission where it felt that withdrawal would undermine its process. Also, the public law aspects of the statutory court in *Cunningham* (dealing with criminal cases) may have had a strong influence on the decision and may indeed, offer an important dis-

tinction from commercial arbitration tribunals. In any event, the Court does not appear to have dwelt on the distinction between an application by one party to disqualify the counsel employed by the other side and an application by counsel for one of the parties to withdraw. The jurisdiction to deal with both was held to be within the implied jurisdiction of the statutory court for reasons that are highly transferrable to the private arbitration context.

The existence of this implied jurisdiction with respect to statutory tribunals (in this case an adjudicator under the *Canada Labour Code*) was also confirmed by the Federal Court of Canada in *Genex Communications Inc. v. Fillion*, [2007] F.C.J. No. 371 (F.C.) paras 22 and 23 in which it was said:

22 It is clear upon reading paragraph 242(2)(b) [of the *Canada Labour Code*] that an adjudicator is master of his or her proceedings. This authority is in compliance with the rule stated by the Federal Court of Appeal in *Fishing Vessel Owners' Assn. of British Columbia v. Canada (Attorney General)*, 1 C.P.C. (2d) 312 (F.C.A.), at page 319:

Every tribunal has the fundamental power to control its own procedure in order to ensure that justice is done. This, however, is subject to any limitations or provisions imposed on it by the law generally, by statute or by the rules of Court.

23 Therefore, the power to control its procedure should logically include the adjudicator's power to ensure procedural fairness during a hearing. I agree with the adjudicator R.C. Dumoulin, who wrote the following in his preliminary decision in *Iny-Somberg v. Laurentian Bank of Canada*, [1999] C.L.A.D. No. 526, at paragraph 14: "The principles of audi alteram partem and procedural fairness should be safeguarded by the adjudicator during the pre-hearing process as well as in the conducting of the hearing itself." This duty to enforce procedural fairness must include among other things the duty of ensuring an impartial hearing. In *Smith Mechanical Inc. v. Thomson*, [1985] C.S. 782, [1985] Q.J. No. 124 (QL), the Honourable Mr. Justice Charles D. Gonthier of the Quebec Superior Court, as he then was, wrote the following:

[TRANSLATION]

**para.** 12 An impartial hearing implies not only impartiality on the part of the tribunal, but also independence and disinterestedness on the part of the lawyers who are tasked with asserting the rights of their clients. This also implies that a litigant must have [access] to his or her counsel in confidence, which can only be ensured through the protection of confidential information secrecy and total loyalty.

In *Genex*, the decision of the labour adjudicator to disqualify counsel for one of the parties to the adjudication was upheld. The court did so after determining that the standard of

review on the question of jurisdiction to make the order was a standard of correctness.

In *Universal Workers' Union v. Labourers' International Union of North America*, [2004] O.J. No. 2249 (S.C.J.), the Supreme Court of Ontario reversed a determination by the Ontario Labour Relations Board that it did *not* have jurisdiction to disqualify counsel. The Board's determination that it did not have jurisdiction was in line with numerous previous boards that had come to the same conclusion on similar applications. In rejecting these decisions, Justice Nordheimer provided the following analysis at paras 16 to 25:

16 There is one decision of the Board which does appear to address the issue directly and that is 150960 Canada Inc. Const., [2002] O.L.R.D. No. 777 where the Board said, at para. 9:

"Even if there was any merit to the claim by counsel for Local 598 that the solicitors and counsel for the applicant are in a conflict of interest (a matter on which we express no opinion), the Board does not, in our view, have the power to control access to practise before the Board and therefore does not have the authority to direct the solicitors and counsel for the applicant to cease representing the applicant before the Board in this application. The remedies, if any, with respect to the concerns of counsel for Local 598 about the solicitors and counsel for the applicant must be sought in another forum. The request made by counsel for Local 598 that the Board determine that a conflict of interest exists and direct the applicant's solicitors and counsel be removed is therefore dismissed."

17 In all of these decisions, the Board consistently makes reference to section 23(3) of the Statutory Powers Procedure Act, R.S.O. 1990, c. S.22 which states:

"A tribunal may exclude from a hearing anyone, other than a barrister and solicitor qualified to practise in Ontario, appearing as an agent on behalf of a party or as an advisor to a witness if it finds that such person is not competent properly to represent or to advise the party or witness or does not understand and comply at the hearing with the duties and responsibilities of an advocate or advisor."

18 The Board appears to conclude from the reference in that subsection to "other than a barrister and solicitor" that it has no jurisdiction to preclude a lawyer from appearing before it. With respect, I do not consider that to be the proper interpretation of the subsection. Section 23(3) does not purport to address the issue of lawyers appearing before tribunals in situations where they may have a disqualifying conflict. Rather, the section expressly empowers tribunals to exclude agents from appearing for parties if the tribunal is of the opinion that the agent is not competent to undertake the task. At the same time, however, tribunals are expressly precluded from ruling on the competence of lawyers who may appear for parties or



witnesses. Competence is, of course, not the basis of the concern raised by the application here.

19 Regarding whether a lawyer or law firm is the subject of a disqualifying conflict which ought to prevent that lawyer or law firm from appearing on a matter, the more relevant provisions in the Statutory Powers Procedure Act are sections 23(1) and 25.0.1. Section 23(1) states:

“A tribunal may make such orders or give such directions in proceedings before it as it considers proper to prevent abuse of its processes.”

Section 25.0.1 states:

“A tribunal has the power to determine its own procedures and practices and may for that purpose,

- (a) make orders with respect to the procedures and practices that apply in any particular proceeding; and
- (b) establish rules under section 25.1.”

20 In my view, these sections, either individually or collectively, give the Board authority to determine whether a lawyer or law firm representing any party is or is not in a conflict of interest and, in the former case, then allows the Board to make the appropriate order disqualifying that lawyer or law firm. In *Canam Enterprises Inc. v. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481 (C.A.), Mr. Justice Goudge said, at para. 55:

The doctrine of abuse of process engages the inherent power of the court to prevent the misuse of its procedure, in a way that would be manifestly unfair to a party to the litigation before it or would in some other way bring the administration of justice into disrepute. It is a flexible doctrine unencumbered by the specific requirements of concepts such as issue estoppel.”

21 Similarly, a tribunal has the right to prevent the abuse of its processes by virtue of section 23(1). Permitting a lawyer or law firm to appear for a party when that lawyer or law firm is in a position of conflict of interest regarding another party is, in my view, clearly a misuse of the tribunal’s procedure and one that would be manifestly unfair to the objecting party.

22 Alternatively, it is a matter that the tribunal can properly address under its power to determine its own procedures and practices and to ensure compliance with them. I find support for this latter conclusion in the decision of *Wilder v. Ontario Securities Commission* (2000), 47 O.R. (3d) 361 (Div. Ct.) where it was argued that the Ontario Securities Commission could not take certain actions against a lawyer because it violated the Law Society of Upper Canada’s exclusive jurisdiction to regulate the professional conduct of lawyers. In rejecting that contention, Madam Justice Swinton said, para. 20:

“In proceedings such as these, the Commission is not usurping the role of the Law Society, as its objective is not to discipline the lawyer for professional misconduct; rather, its concern is to remedy a breach of its own Act which violates the public interest in fair and

efficient capital markets, and to control its own processes.” [emphasis added]

23 There is another reason for reaching the conclusion that specialized tribunals, such as the Ontario Labour Relations Board, have such authority. Fundamental to the decision as to whether a lawyer is or is not in a position of conflict is whether information in the possession of that lawyer might be used to the detriment of the objecting party. As Mr. Justice Sopinka said in *MacDonald Estate v. Martin*, *supra*, at p. 1260:

“Typically, these cases require two questions to be answered: 1) Did the lawyer receive confidential information attributable to a solicitor and client relationship relevant to the matter at hand? 2) Is there a risk that it will be used to the prejudice of the client?”

24 The Board is in a much better position, with its specialized knowledge and expertise, to know whether the lawyer or law firm is in possession of confidential information, whether the confidential information is relevant to the issues that the Board has to determine and whether that confidential information could be used to the detriment of the objecting party. It makes more sense for the tribunal, who must make the ultimate determination of the issues on the hearing before it, to decide whether any conflict alleged against the lawyer is real for only apparent, based on the usual practices of the lawyers and law firms who appear before it. For example, in this case the Board might conclude that whether information the lawyer and law firm either did or might have become possessed of as a consequence of acting for the objecting party in the certification hearing could not possibly prejudice the objecting party in respect of the current unfair labour practices hearing. The Board is in a much better position to determine whether that is the reality of the situation than the court would be.

25 I will also say that the possibility that, on a subsequent judicial review of any decision that the Board might reach on the issue, the court “would not likely defer to the Board’s judgment in this area” is not a proper basis for the tribunal to decline to decide the issue in the first instance.

Once again, the analysis and its applicability to arbitral tribunals, which similarly are empowered by legislation to establish procedures with the objective of conducting proceedings which are fair to all parties, is compelling.

While arbitration is based on consent, as with all agreements, freedom of action of the parties to the agreement is limited by the terms of the agreement. In the case of arbitration, this includes submission to the power of the tribunal to prescribe rules that make the proceeding fair and to render decisions that restrict conduct of the parties or their counsel that defeats or undermines that objective.

An important point that emerges from the foregoing analysis is that, in considering applications to disqualify counsel, the tribu-

nal is not usurping the role of any professional body which may regulate counsel in a particular case – nor should it be applying the rules of conduct of any particular governing body. The tribunal is only concerned with that which affects the fairness of its own proceeding. In making its decision, the tribunal is not concerned with the right of a given counsel to practice law, only with

the right of a party who has submitted to the arbitration process to use counsel whose involvement makes the process unfair. 

---

1 Prepared for the Western Canadian Commercial Arbitration Society Annual Conference, Calgary, May 14, 2013.  
2 Independent arbitrator of Canadian and international business disputes. See [www.wghlaw.com](http://www.wghlaw.com).

## Note portant sur des affaires canadiennes concernant la compétence des tribunaux pour contrôler la conduite des avocats et les disqualifier en cas de conflit d'intérêts<sup>1</sup>

William G. Horton, Arb. A FCIArb.<sup>2</sup>

La présente note vise à attirer l'attention sur certains organismes de réglementation canadiens en ce qui concerne le pouvoir qu'ont les tribunaux de contrôler la conduite d'un avocat qui plaide devant eux, y compris le pouvoir de le disqualifier en raison d'un conflit d'intérêts qui pourrait porter atteinte à l'équité des procédures. Ces organismes de réglementation ont été portés à mon attention par un avocat dans le cadre d'une requête visant à disqualifier l'avocat de la partie adverse et que j'ai entendu en ma qualité d'arbitre unique dans une affaire d'arbitrage commercial non international. En fait, ma compétence pour décréter cette mesure dans cette affaire était incontestable.

Après examen des organismes mentionnés, il semble que même si aucune affaire ne se rapporte directement à l'arbitrage commercial en vertu d'une loi provinciale sur l'arbitrage, il existe un principe bien établi voulant que le pouvoir de recevoir de telles demandes et le fait de décréter de telles mesures sont nécessairement implicites et en complément du pouvoir de tout tribunal de contrôler sa propre procédure. Le pouvoir qu'ont les tribunaux d'arbitrage de contrôler leur propre procédure, sous réserve de l'accord des parties et de certaines restrictions statutaires, est clairement reconnu et établi par toutes les lois provinciales sur l'arbitrage.

De nombreuses discussions sur cette question commencent en comparant la compétence *inhérente* des tribunaux au fait que la compétence des tribunaux d'arbitrage se base sur le consentement des parties et qu'en conséquence, cette compétence ne peut être qualifiée d'*« inhérente »*. Il est donc intéressant de lire une décision de la Cour suprême du Canada qui établit un lien entre la compétence inhérente des tribunaux supérieurs et la compétence « implicite » des tribunaux statutaires, qui n'ont pas de compétence inhérente, pour contrôler la conduite des avocats. Tel que mentionné dans l'affaire *R. c. Cunningham*, [2010] 1 R.C.S. 331 aux paragraphes 18 à 20 :

[18] Une cour supérieure a la compétence inhérente nécessaire à l'exercice de sa fonction judiciaire ainsi qu'à l'exécution de son mandat d'administrer la justice (voir I.H. Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, p. 27-28), ce qui comprend le pouvoir de décider du déroulement de l'instance, de prévenir l'abus de procédure

et de veiller au bon fonctionnement des rouages de la cour. Comme l'avocat joue un rôle central dans l'administration de la justice, la cour a un certain pouvoir sur lui lorsqu'il s'agit de faire respecter sa procédure. Dans l'arrêt *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, notre Cour confirme que la compétence inhérente englobe le pouvoir de déclarer un avocat inhabile à occuper afin d'assurer un procès équitable à l'accusé :

Les tribunaux, qui ont le pouvoir inhérent de priver un avocat du droit d'occuper pour une partie en cas de conflit d'intérêts, ne sont pas tenus d'appliquer un code de déontologie. Leur compétence repose sur le fait que les avocats sont des auxiliaires de la justice et que le comportement de ceux-ci à l'occasion de procédures judiciaires, dans la mesure où il peut influer sur l'administration de la justice, est soumis à leur pouvoir de surveillance. [p. 1245]

...

[19] De même, dans le cas d'un tribunal d'origine législative, le pouvoir de faire respecter sa procédure et le droit de regard sur la manière dont les avocats exercent leurs fonctions s'infèrent nécessairement du pouvoir d'être une cour de justice. Notre Cour a confirmé que les pouvoirs d'un tribunal d'origine législative peuvent être déterminés grâce à une « doctrine de la compétence par déduction nécessaire » :

... sont compris dans les pouvoirs conférés par la loi habilitante non seulement ceux qui y sont expressément énoncés, mais aussi, par déduction, tous ceux qui sont de fait nécessaires à la réalisation de l'objectif du régime législatif ...

(*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 51)

Même si dans cet arrêt, le juge Bastarache renvoie à un tribunal administratif, la même règle de la compétence par déduction nécessaire vaut pour un tribunal d'origine législative.

[20] La demande d'autorisation de cesser d'occuper ou celle visant à priver l'avocat du droit d'occuper, qu'elle soit présentée par exemple, en raison du non-paiement des honoraires ou d'un conflit d'intérêts, ressortissent au pouvoir dont dis-

pose par déduction nécessaire le tribunal pour décider du déroulement de l'instance.

Il convient de souligner que dans l'affaire *Cunningham*, la Cour suprême du Canada a maintenu le pouvoir d'un tribunal statutaire de *priver un avocat du droit d'occuper* – sans conteste une mesure encore plus radicale que la disqualification! Toutefois, puisque l'avocat dans cette affaire a demandé l'autorisation de se retirer, il ne semble pas y avoir de raison pour laquelle un tribunal statutaire n'aurait pas refusé cette autorisation, s'il jugeait que le retrait nuirait à la procédure. En outre, les aspects de droit public du tribunal statutaire dans l'affaire *Cunningham* (dans le traitement des affaires pénales) pourraient avoir grandement influé la décision et pourraient en effet, constituer une importante distinction par rapport aux tribunaux d'arbitrage commercial. Quoi qu'il en soit, le tribunal ne semble pas s'être arrêté à la distinction entre une demande présentée par une partie pour disqualifier l'avocat à l'emploi de la partie adverse et une demande présentée par un avocat pour le retrait de l'une des parties. La compétence pour recevoir ces deux demandes a été maintenue dans le cadre de la compétence implicite du tribunal statutaire pour des motifs qui peuvent grandement être transposés au contexte d'un arbitrage privé.

L'existence de cette compétence implicite en ce qui concerne les tribunaux statutaires (dans ce cas un arbitre en vertu du *Code canadien du travail*) a également été confirmée par la Cour fédérale dans l'affaire *Genex Communications Inc. c. Fillion*, [2007] CF n° 371 (CF) aux paragraphes 22 et 23 :

22 Il est clair, à la lecture de l'alinéa 242(2)b) [du *Code canadien du travail*], que l'arbitre est maître dans sa procédure. Ce pouvoir est conforme à la règle énoncée par la Cour d'appel fédérale dans *Fishing Vessel Owners' Assn. of British Columbia c. Canada (Procureur général)*, 1 C.P.C. (2d) 312 (C.A.F.), à la page 319 :

Chaque tribunal est investi du pouvoir fondamental de contrôler sa propre procédure afin d'assurer que la justice soit rendue. Ce pouvoir est toutefois assujetti à toute limitation ou disposition prévue, soit par le droit en général ou par une loi ou les règles de la Cour.

23 Le pouvoir de contrôler sa procédure devrait donc logiquement comprendre le pouvoir de l'arbitre de faire respecter l'équité procédurale au cours d'une audience. Je suis d'accord avec l'arbitre R.C. Dumoulin qui écrivait dans sa décision préliminaire dans le dossier *Iny-Somberg c. Laurentian Bank of Canada*, [1999] C.L.A.D. n° 526, au paragraphe 14 : « Les principes d'entendre l'autre partie et de l'équité procédurale devraient être respectés par l'arbitre au cours du processus préalable à l'audience ainsi qu'au cours de l'audience elle-même. » Ce devoir de faire respecter l'équité procédurale devrait inclure entre autres, le devoir d'assurer une audition impartiale. Dans l'arrêt *Smith Mechanical Inc. c. Thomson*, [1985] C.S. 782, [1985] J.Q. n° 124 (QL), l'honorable Charles D. Gonthier, à l'époque juge à la Cour supérieure

du Québec, écrivait :

**par. 12** L'audition impartiale implique non seulement l'impartialité du tribunal, mais également l'indépendance et le désintéressement des avocats qui sont chargés de faire valoir les droits de leurs clients. Cela implique également l'accès du justiciable à son avocat en toute confiance, laquelle ne peut être assurée que par le respect des informations confidentielles et une entière loyauté.

Dans l'affaire *Genex*, la décision de l'arbitre dans le domaine du travail de disqualifier l'avocat de l'une des parties à l'arbitrage a été maintenue. Le tribunal a procédé ainsi après avoir établi que la norme de contrôle judiciaire sur la question de la compétence pour rendre l'ordonnance était la norme de la décision correcte.

Dans l'affaire *Universal Workers' Union c. Union internationale des journaliers d'Amérique du Nord*, [2004] O.J. n° 2249 (C.S.J.), la Cour suprême de l'Ontario a renversé une décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario affirmant qu'elle n'avait *pas* compétence pour disqualifier un avocat. La conclusion de la Commission voulant qu'elle n'avait pas compétence se basait sur les décisions antérieures de nombreuses autres commissions qui en étaient venues à la même conclusion dans le cas de demandes semblables. En rejetant ces décisions, le juge Nordheimer a analysé la situation aux paragraphes 16 à 25 :

## CETTE TRADUCTION EST NON OFFICIELLE

16 Une décision prononcée par la Commission semble traiter directement la question, à savoir dans l'affaire 150960 Canada Inc. Const., [2002] O.L.R.D. n° 777 où la Commission énonce, au paragraphe 9 :

« Même si la demande formulée par l'avocat de la section locale 598 était fondée à savoir qu'il y a conflit d'intérêt entre les procureurs et l'avocat du requérant (une question sur laquelle nous n'exprimons aucune opinion), la Commission n'a pas, à nos yeux, le pouvoir de contrôler l'accès à l'exercice du droit par devant la Commission et, par conséquent, n'a pas l'autorité d'ordonner aux procureurs et à l'avocat du requérant de cesser de représenter ce dernier devant la Commission dans cette affaire. Pour les recours éventuels eu égard aux préoccupations de l'avocat de la section locale 598 au sujet des procureurs et de l'avocat du requérant, il faut s'adresser à un autre tribunal. La demande de l'avocat de la section locale 598 visant à ce que la Commission détermine qu'il y a conflit d'intérêts et ordonne que les procureurs et l'avocat du requérant soient dessaisis de l'affaire est par conséquent rejetée. »

17 Dans toutes ces décisions, la Commission fait constamment référence à l'article 23(3) de la Loi sur l'exercice des compétences légales, L.R.O. 1990, chapitre S.22 qui énonce :

« Le tribunal peut exclure d'une audience quiconque, à l'exception d'une personne pourvue d'un permis l'autorisant à pratiquer le droit en Ontario en qualité d'avocat, y comparaît au nom d'une partie ou à titre de conseiller d'un témoin, s'il conclut que cette personne n'a pas la compétence voulue pour représenter ou conseiller la partie ou le témoin, ne comprend pas les devoirs et les responsabilités inhérents à ces qualités, ni ne les observe à l'audience. »

18 La Commission semble conclure de la référence au paragraphe « à l'exception d'une personne....en qualité d'avocat » qu'il n'y a aucune juridiction qui interdise à un avocat de comparaître devant le tribunal. À cet égard, je considère que cette interprétation dudit paragraphe n'est pas adéquate. L'article 23(3) n'a pas pour objet de régler la question de la comparution d'avocats devant les tribunaux se trouvant dans des situations de conflit d'intérêts où ils pourraient être déclarés inhabiles. L'article confère plutôt aux tribunaux le droit d'exclure toute personne comparaissant au nom d'une partie si le tribunal est d'avis que ladite personne n'a pas la compétence voulue pour exercer cette fonction. Cependant, il est expressément interdit aux tribunaux de se prononcer sur la compétence des avocats qui peuvent comparaître au nom d'une partie ou de témoins. Bien évidemment, la compétence n'est pas l'enjeu soulevé dans cette affaire.

19 En ce qui concerne la question de savoir si un avocat ou un cabinet d'avocats est en conflit d'intérêts et devrait dès lors être déclaré inhabile à comparaître devant un tribunal, les dispositions les plus pertinentes de la Loi sur l'exercice des compétences légales sont l'article 23(1) et l'article 25.0.1. L'article 23(1) est libellé ainsi :

« Le tribunal peut rendre les ordonnances ou donner les directives qui lui semblent opportunes pour empêcher les abus de procédure. »

L'article 25.0.1 énonce :

« Le tribunal a le pouvoir de déterminer sa propre procédure et sa propre pratique et peut, à cette fin :

- a) rendre des ordonnances à l'égard de la procédure et de la pratique qui s'appliquent dans une instance donnée;
- b) adopter des règles en vertu de l'article 25.1. »

20 À mon avis, ces dispositions confèrent à la Commission, soit individuellement, soit collectivement, le pouvoir de déterminer si un avocat ou un cabinet d'avocats est ou n'est pas en conflit d'intérêts et, le cas échéant, de rendre l'ordonnance qu'elle juge indiquée pour déclarer l'avocat ou le cabinet d'avocats inhabile. Dans l'affaire Canam Enterprises Inc. c. Coles (2000), 51 O.R. (3d) 481 (C.A.), Monsieur le juge Goudge a déclaré, au paragraphe 55 :

La doctrine de l'abus de procédure met en cause le pouvoir intrinsèque du tribunal de prévenir l'abus de sa procédure d'une manière qui serait manifestement inéquitable à l'endroit d'une des parties au litige qu'il doit trancher ou qui aurait pour effet de jeter le discrédit sur l'administration de la justice. Il s'agit d'une doctrine flexible qui est dénuée des exigences particulières inhérentes à des concepts tels que l'exception de chose jugée. »

21 De même, un tribunal a le droit de prévenir les abus de sa procédure aux termes de l'article 23(1). Permettre à un avocat ou à un cabinet d'avocats de représenter une partie quand l'un ou l'autre est en conflit d'intérêts par rapport à une autre partie constitue, à mon sens, un abus de la procédure du tribunal et un abus qui serait manifestement inéquitable à l'endroit de la partie qui a formulé l'objection.

22 Subsidiairement, c'est là une question que le tribunal est habilité à trancher en invoquant son pouvoir de déterminer sa propre procédure et sa propre pratique et de veiller à leur application. Je m'appuie pour tirer cette conclusion sur l'arrêt Wilder c. Ontario Securities Commission (2000), 47 O.R. (3d) 361, 184 D.L.R. (4th) 165 (Cour div. de l'Ontario), dans laquelle on prétendait que la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario ne pouvait pas prendre certaines mesures contre un avocat parce que cela empiétait sur la compétence exclu-

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  
[executivedirector@adrcanada.ca](mailto:executivedirector@adrcanada.ca)

sive du Barreau du Haut-Canada d'établir le code de déontologie des avocats. En rejetant cette prétention, Madame la juge Swinton a observé ceci, au paragraphe 20 :

Dans des instances comme la présente, la Commission ne se trouve pas à usurper le rôle du Barreau, puisque son objectif n'est pas d'infliger une sanction disciplinaire à l'avocat en raison d'une faute professionnelle, mais bien d'imposer une réparation en cas d'une infraction à sa propre Loi qui va à l'encontre de l'intérêt public dans des marchés financiers équitables et efficents, et de contrôler sa propre procédure. [C'est nous qui soulignons]

23 Il existe une autre raison de conclure que les tribunaux spécialisés, tels que la Commission des relations de travail de l'Ontario, possèdent un tel pouvoir. La question fondamentale qu'il faut se poser pour déterminer si un avocat est ou n'est pas en conflit d'intérêts est celle de savoir s'il est susceptible d'utiliser les renseignements qu'il a en mains au détriment de la partie qui a formulé l'objection. Dans l'affaire Succession MacDonald c. Martin, précitée, à la page 1260 du R.C.S., le juge Sopinka a déclaré ce qui suit :

« D'ordinaire, ce type d'affaire soulève deux questions : premièrement, l'avocat a-t-il appris des faits confidentiels, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, qui concernent l'objet du litige? Deuxièmement, y a-t-il un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment du client? »

24 La Commission est beaucoup mieux placée, du fait de ses connaissances et de ses compétences spécialisées, pour savoir si l'avocat ou le cabinet d'avocats détient des renseignements confidentiels, si ces renseignements présentent de l'intérêt pour trancher les questions en litige et s'ils sont susceptibles d'être utilisés au détriment de la partie qui a formulé l'objection. Il est plus logique que ce soit le tribunal, auquel il appartient de trancher les questions dont il est saisi, qui décide si le conflit d'intérêts qui est imputé à l'avocat est réel ou tout simplement apparent, en se fondant sur les pratiques habituelles des avocats et des cabinets d'avocats qui comparaissent devant lui. Par exemple, en l'espèce, la Commission pourrait conclure que les renseignements que l'avocat ou le cabinet d'avocats

avait eus ou pourrait avoir eus en mains à titre de représentant de la partie qui a formulé l'objection dans l'affaire d'accréditation ne peut pas causer un préjudice à cette partie dans le cadre de l'instruction de la plainte actuelle de pratique déloyale de travail. La Commission est bien mieux placée que le tribunal pour déterminer si c'est la situation réelle.

25 Je tiens également à souligner la possibilité que, dans un examen judiciaire subséquent de toute décision que la Commission pourrait rendre en la matière, le tribunal « ne déférerait probablement pas à l'avis de la Commission dans ce domaine » ne constitue pas un fondement suffisant pour le tribunal de refuser de juger l'affaire en premier lieu.

Une fois de plus, l'analyse et son applicabilité aux tribunaux d'arbitrage, qui sont également habilités par la loi pour établir des procédures ayant pour objectif un déroulement des procédures équitable pour toutes les parties, est probante.

Bien que l'arbitrage soit basé sur le consentement, comme dans le cas de tout accord, la liberté d'action des parties à l'accord est limitée par les dispositions de ce dernier. Dans le cas de l'arbitrage, cette liberté inclut l'acceptation du pouvoir du tribunal de prescrire des règles de procédure équitables et de rendre des décisions qui restreignent la conduite des parties ou de leurs avocats allant à l'encontre de cet objectif ou qui lui nuisent.

Un point important qui ressort de l'analyse qui précède est le fait que dans le cadre de l'examen des demandes visant à disqualifier un avocat, le tribunal n'usurpe pas le rôle d'un organisme professionnel qui pourrait régir l'avocat dans un cas particulier et il ne doit pas non plus appliquer les règles de conduite d'un organisme de réglementation particulier. Le tribunal ne se préoccupe que de ce qui peut affecter le caractère équitable de ses propres procédures. En rendant sa décision, le tribunal ne se soucie guère du droit d'un avocat en particulier d'exercer le droit; il se soucie uniquement du droit d'une partie ayant soumis au processus d'arbitrage, la demande de recourir à un avocat dont la participation rend la procédure inéquitable. 

1 Préparé pour le congrès annuel de la Western Canadian Commercial Arbitration Society, Calgary, le 14 mai 2013

2 Arbitre indépendant dans le cadre de différends commerciaux canadiens et internationaux. Voir : [www.wgħlaw.com](http://www.wgħlaw.com).

## Canada's largest Searchable Database of ADR Professionals

Earlier this year, the ADR Institute of Canada launched NEW cloud-based Association Management and Member Portal software. This membership database is live and allows for membership renewals (ADRIO and ADRSK), online payments, event registration, etc., with additional features to be added over time.

This software also houses the **New and Improved ADR CONNECT**, Canada's largest database of ADR Professionals. Your Member Profile is key to the online search tool that will allow anyone looking for ADR services to find **you** by specialty area, services provided, languages spoken and/or geographic location. **Members: ensure that you have completed your Profile so clients can find you!** Also please note: members must have a complete profile to be considered for any ADR Institute Roster opportunities.

ADRIC will be working on a customized French Member Portal.

# Lionel J. McGowan Awards of Excellence in Dispute Resolution Call for Nominations for 2013

**The ADR Institute  
of Canada, Inc. is  
calling for  
nominees for the  
Lionel J. McGowan  
Awards of  
Excellence in  
Dispute Resolution.**



The awards are named in recognition and honour of Lionel J. McGowan, the first Executive Director of the Arbitrators' Institute of Canada. The presentation of the McGowan Awards will take place at the Institute's Annual General Meeting to be held in *Toronto, ON on October 24, 2013*. There are two awards: one which recognizes outstanding contribution to the support, development and success of the ADR Institute of Canada, Inc. and/or development of alternative dispute resolution nationally and one which recognizes contribution to a Regional Affiliate and within a Region.

## **Regional Award of Excellence**

This award is for an individual who has made an outstanding contribution to the development and success of the Regional Affiliate of the ADR Institute of Canada, either by a short-term exceptional effort or through constant contributions over a long period of time, or has contributed significantly to the promotion and development of ADR within the region.

Note that simply being a member for many years, being on a board or committee for many years, or carrying out one's own ADR practice do not apply toward the award.

## **National Award of Excellence**

This award is similar to the Regional award, but given for contributions to the ADR Institute of Canada. A candidate's contributions to the support, development and/or progress of the ADR Institute of Canada and its policies and programs, and to promotion of ADR on a national scale, would be relevant. Professional ADR teaching, hearing ADR cases and other ADR practice activities do not qualify. Similarly, simply being on the Board of the ADR Institute of Canada does not qualify unless it included major contributions to the Institute through development of the Institute's structure, National-Regional relationships, national programs or materials, funding, or other significant Institute initiatives.

## **Deadline**

***Nominations will be accepted until Friday, September 13, 2013.*** You are encouraged to submit nominations at any time prior to this date. Please send nominations to the McGowan Nomination Committee at the ADR Institute's national office, by fax or e-mail.

McGowan Nominations Committee  
ADR Institute of Canada, Inc.  
234 Eglinton Ave. E., Suite 405  
Toronto, Ontario M4P 1K5  
Fax: 416-487-4429  
[admin@adrcanada.ca](mailto:admin@adrcanada.ca)

# Revisiting Appeal Rights: An Argument In Favour of Respecting Party Autonomy



Bryan C. Duguid



Deborah Book

**Bryan C. Duguid** and **Deborah Book** are colleagues at Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes LLP in Calgary, the largest Canadian litigation boutique outside of Ontario. A substantial proportion of Bryan's practice is as counsel or arbitrator in arbitral proceedings involving business disputes of all kinds. Deborah has enjoyed significant experience with arbitration proceedings, primarily in the field of Energy Law.

## Introduction

In 1990, the Uniform Law Conference of Canada developed a Uniform Arbitration Act.<sup>1</sup> This has resulted in the enactment of similar legislation governing arbitrations in Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Ontario and New Brunswick. However, the provinces diverge in their approaches to party autonomy and rights to appeal. While the legislatures in Alberta, Manitoba and New Brunswick stipulated that parties cannot vary or exclude the right to apply for leave to appeal on a question of law, Saskatchewan and Ontario enacted legislation that allows for the exclusion of any right to appeal.

Twenty years following the enactment of the *Arbitration Act*, RSA 2000, c A-43 (*the Alberta Act*), the Alberta Law Reform Institute (ALRI) is reviewing the appeal provisions of that statute.<sup>2</sup> Among other things, ALRI is seeking input on whether "the *Alberta Act* [should] continue to provide an appeal on a question of law by leave of the Court, regardless of the parties' agreement."<sup>3</sup>

This confusion has not arisen in provinces where parties can exclude rights to appeal by clear agreement. It seems that the Alberta legislature has a choice to make: either respect party autonomy and allow parties to agree to exclude recourse to the courts, or develop a more clear and comprehensive code for the availability of leave to appeal under the *Alberta Act*. The former approach best reflects the contractual foundation of arbitration proceedings and has been successfully applied in other Canadian jurisdictions.

## The Tension in Alberta

Taken together, sections 3 and 44(2) of the *Alberta Act* provide an invariable right to seek leave to appeal an arbitral award on a question of law. Yet, Alberta arbitration agreements often include language stating that the award will be final and binding and purporting to revoke any right of appeal (Privative Language). It is thus highly appropriate that ALRI is currently revisiting this legislation.

The *Alberta Act* recognises the autonomy

Notwithstanding that certain of the provincial Acts provide for a right to seek leave to appeal on a question of law regardless of the parties' agreement, it is not uncommon for a clause to be included in arbitral agreements that purports to exclude all rights to appeal. Thus, courts have wrestled with the extent of permissible intervention. For instance, in Alberta, there is a jurisprudential tension surrounding the extent to which a public interest element is required to obtain leave to appeal an arbitral award on a question of law. The law could easily be more clear.

of contracting parties to an arbitration agreement, only within certain bounds:

The parties to an arbitration agreement may agree, expressly or by implication, to vary or exclude any provision of this Act except sections 5(2), 19, 39, 44(2), 45, 47 and 49.<sup>4</sup>

In addition to the right to apply to the Court to set aside an arbitration award (section 45),<sup>5</sup> the Alberta legislature has protected a right to seek leave to appeal on a question of law. Section 44(2) states that:

If the arbitration agreement does not provide that the parties may appeal an award to the court on a question of law, a party may appeal an award to the court on a question of law with leave, which the court shall grant only if it is satisfied that

- (a) the importance to the parties of the matters at stake in the arbitration justifies an appeal, and
- (b) determination of the question of law at issue will significantly affect the rights of the parties.<sup>6</sup>

Given that the parties cannot contract out of section 44(2), it is not possible to negate all rights of appeal in Alberta. The fact that Privative Language is not uncommon suggests that many parties seek the opposite, in the form of finality and exclusion of all appeal rights. The result has been a conflicting jurisprudential record as to how section 44(2) should be applied.

### (a) Option One - A Judicial Override

In many cases, adherence to section 44(2) has required the Court to overrule the express language of the parties' agreement.

In *Zaharko v Milton*,<sup>7</sup> despite rules providing that a decision of the Calgary Real

Estate Board (CREB)’s Arbitration Panel may not be appealed, the Court entertained a leave application under section 44(2). The Court wrote that the “CREB’s Rules and procedures, which have a strong privative cast cannot exclude [the] right to ask for leave to appeal [an] arbitral award: s. 3, [the *Alberta Act*.]”<sup>8</sup> The CREB Rules provided that arbitrations would be “conclusive and binding” and that members submitting to arbitration agreed to abide by the arbitral award.<sup>9</sup> Additionally, the CREB Rules included a provision stating that “A decision of an Arbitration Panel may not be appealed.”<sup>10</sup> The Court held that the “CREB rules and procedures cannot prevent the parties from exercising their rights under s. 44(2) of the Arbitration Act.”<sup>11</sup>

This is not the only case where the Court found a right to seek leave to appeal under section 44(2) despite strong Privative Language. For example, the Court readily entertained an application for leave to appeal in *Rudiger Holdings Ltd v Kellyvone Farms Ltd*<sup>12</sup> despite the parties’ agreement that:

[t]he award to be made by the Arbitrator shall be final and binding on the parties hereto and shall in all respects be kept and observed by the parties. There shall be no right of appeal from the award of the arbitrator.<sup>13</sup>

Under section 44(3), parties may not appeal an award to the court on a question of law that the parties expressly referred to the arbitral panel for decision. Therefore, the Court’s analysis focused on whether there was a question of law, not expressly put to the arbitral panel, for which leave was appropriate under section 44(2). Finding none, the Court declined to grant leave to appeal. Application to the Court and the resulting awkward analysis could have been avoided, and the same result reached, if the legislation allowed the Court to respect the parties’ expressed intention to negate all rights of appeal.

The arbitration agreement in *Ron-Dee Holdings Ltd v Ewanchuk*<sup>14</sup> manifested a similar intent. The parties agreed to final and binding arbitration, including no appeal to any Court in the Province of

Alberta.<sup>15</sup> Again, the Court assessed rights for leave to appeal before finding that the arbitrator’s decision rested on findings of fact and declining to grant leave to appeal under section 44(2).

There are no reported decisions of the Alberta courts where Private Language has been upheld in the face of section 3 of the *Alberta Act*. However, the same result is being achieved by the courts in an indirect manner.

### (b) Option Two – Avoiding the Question

In other cases, courts have expressly avoided the issue, perhaps not wanting to trample on party autonomy. For example, in *New Way Homes Ltd v Bateman*,<sup>16</sup> the arbitration was “expressly agreed” to be “final and binding on the Parties.”<sup>17</sup> The Court denied the Applicant leave to appeal the lower court’s decision, holding that the Applicant received due process in the Court of Queen’s Bench and no appeal was warranted. The Court chose not to address “the effect on the ability to appeal of the privative clauses in the Agreement, the Rules and the parties’ arbitration agreement, given section 3 of the Act.”<sup>18</sup>

Similarly, in *Knox v Conservative Party of Canada*,<sup>19</sup> a full panel heard submissions on the interaction of these provisions during an appeal. However, the Court found it unnecessary to determine whether an agreement that arbitration would be final and binding precludes an application under section 44(2) for leave to appeal on a question of law, as no such application was brought in time to meet the limitation in section 46 of the *Alberta Act*.<sup>20</sup>

### (c) Inconsistency and Confusion

The protection of an invariable right to seek leave to appeal sits at odds with the inherent importance of party autonomy in the arbitral process. This tension appears

to have hindered judicial efforts to develop a clear test for leave to appeal on a question of law.

Alberta courts have held that “the Legislature intended to restrict judicial intervention in decisions by privately appointed arbitrators.”<sup>21</sup> Or, more expansively:

It is clear that the legislature has chosen to limit the Court’s intervention in arbitration decisions, emphasizing that where parties have chosen arbitration they should not have access to the Courts except in limited circumstances. This approach is intended to produce final and binding decisions in a quick and inexpensive proceeding.<sup>22</sup>

To give effect to this legislative intent, Alberta courts have imported a public interest requirement into the test for leave to appeal under section 44(2), even though the statutory provision references only the importance to the parties, and the rights of the parties.<sup>23</sup> That requirement has been the subject of considerable judicial debate.<sup>24</sup> Whether or not the public interest requirement is appropriate is one of the primary questions addressed in the *ALRI Report*.

There is a better way to ensure limited judicial intervention. Arbitrations are governed by the terms of the parties’ agreement. Allowing parties to contractually exclude appeals to the Court (absent improprieties justifying an application to set aside the award) would not only respect party autonomy, it would also ensure that arbitration serves as a dispute resolution mechanism that is an alternative to the judicial system.

The *Alberta Act* currently provides for over-broad review. It allows parties access to two layers of dispute resolution venues (rather than holding them to their choice of mechanism). Furthermore, it has resulted in additional litigation to determine

## ADR Connect:

<http://adrcanada.force.com/adrmembersearch>  
Find a Mediator, Arbitrator, Trainer or other ADR Specialist



an appropriate legal test for leave, in addition to the need to then apply the test to the facts of a given case.

## Other Provinces That Have Overridden Party Autonomy

The legislation in both Manitoba and New Brunswick also protects a right to seek leave to appeal.<sup>25</sup>

For example, in *Stardust Enterprises Ltd v Rubin's Realty Ltd*,<sup>26</sup> an arbitration was held to resolve a dispute between a commercial landlord and tenant. The Landlord argued that the parties' agreement provided that the tenant must pay a \$20,000 penalty before the appeal could be heard. The Court held that any such agreement was null and void as section 45(1) [of the *NB Act*] provides that a party may appeal an award to the Court on a question of law with leave, and section 3 precludes the parties from varying that provision.<sup>27</sup>

## Keeping it Simple

There is a better way. In Ontario and Saskatchewan, the Courts have recognised parties' ability to resolve their agreement within the bounds of arbitration and to restrict Court intervention to improprieties and injustices justifying the setting aside of an award.

The right to seek leave to appeal on a question of law, contained in section 45 of the *Ontario Act*, is not included in section 3 of that Act, which lists provisions the parties may neither vary nor exclude.<sup>28</sup>

Thus, in Ontario, the parties can agree to a final and binding arbitration with no appeal to the courts. Indeed, in both *1210558 Ontario Inc v 1464255 Ontario Limited*,<sup>29</sup> and *Weisz v Four Seasons Holdings Inc*,<sup>30</sup> the Court found that agreements providing for final and binding arbitration with no rights of appeal precluded the parties from seeking leave to appeal a question of law under section 45.

As in Ontario, the provision governing rights to appeal in Saskatchewan is not included in the list of those which cannot be varied or excluded.<sup>31</sup>

Although the Court in Saskatchewan had expressed some reluctance to find that parties had contracted out of rights to appeal,<sup>32</sup> more recent jurisprudence suggests a move toward (and perhaps even beyond) the Ontario approach. A clause providing that the arbitration "shall be binding upon the parties," and "conducted in accordance with [the *SK Act*]" was held sufficient to implicitly remove judicial intervention under the *SK Act*.<sup>33</sup> The Court was satisfied:

...that the absence of a right of appeal provision in the Lease, a lengthy document covering all aspects of the tenancy arrangement in detail, confirms the parties did not intend awards made under s. 25.04 to be subject to appellate review.<sup>34</sup>

Even though the parties did not expressly agree to negate all appeal rights, the Court found that this intention was implied. That is the proper approach to arbitration agreements containing Privative Language. Where parties develop lengthy or comprehensive arbitration agreements, including clauses expressly seeking to restrict or remove recourse to the courts, there is evidence of a deliberate intention and desire that the arbitral process decide the dispute(s) under the agreement in a final manner. That intention should be respected.

## Conclusion

When the Alberta legislature enacted legislation modeled on the Uniform Arbitration Act, it chose to trump any agreement by the parties to negate all rights of appeal. Experience in Alberta, and other Canadian jurisdictions with similar legislative schemes, illustrates a need for change.

Parties who choose to arbitrate set forth the terms for the resolution of their dis-

putes. Those terms often include Privative Language, with the intention of restricting court intervention to the assurance of certain fundamental rights (violations of which justify setting aside an award). Clauses containing Privative Language should be respected. Court intervention in the face of Privative Language impinges on the parties' freedom to contract. It is also counter-productive.

Alternative dispute resolution mechanisms, like arbitration, aim to relieve the burden on our judicial system and to ensure finality of disputes. Overriding those goals with a paternalistic clause like section 3 of the *Alberta Act* results in extensive, unintended, and unnecessary court proceedings. Cases still come before the Court that would otherwise end with arbitral awards. Worse, the need to define tests for leave and apply them while minimally interfering with parties' freedom to contract has led to extensive and conflicting jurisprudence.

One might argue that public policy goals weigh in favour of a statutory provision such as section 3, in the area of consumer protection. However, any such goal could be achieved in a much more specific way, instead of a provision such as section 3 that applies in all instances, regardless of equality of bargaining power, sophistication of the parties, and their intention that there be only one shot at the outcome in a dispute. For instance, parties might agree to exclude any and all rights to appeal to the Courts because they believe that the subject matter of the dispute is best decided in a final manner by an individual with certain qualifications, background or experience stipulated by the parties. Alternatively, the parties may agree on a three-member arbitral panel of individuals specifically chosen in light of the dispute at hand, thinking that there will be more confidence in the decision resulting from that process. Confidentiality concerns may be paramount, meaning that the parties do not want to have the



otherwise confidential arbitral award filed on the public court record, as part of an application to seek leave to appeal.

Whatever the considerations, parties often have deliberate and considered reasons for wanting to exclude all appeal rights, as part

of the overall decision to submit disputes to arbitration.

As ALRI reviews the *Alberta Act*, twenty years later, it is time to respect party autonomy by allowing parties to exclude all appeal rights. Parties

would retain the right to set aside an award where improprieties or infringements on fundamental rights justify it, but would also have the ability to rely on a final process of their choosing to appropriately resolve their disputes. 

- 1 Law Reform Commission of Canada Uniform Arbitration Act (Law Reform Commission of Canada, 1990), online: <[http://www.ulcc.ca/en/us/Arbitrat\\_En.pdf](http://www.ulcc.ca/en/us/Arbitrat_En.pdf)>.
- 2 See Arbitration Act: Stay and Appeal Issues, Alberta Law Reform Institute, (Edmonton: The Institute, August 2012), online: <<http://www.law.ualberta.ca/alri/docs/RFD24.pdf>> [ALRI Report].
- 3 *ALRI Report* at 44.
- 4 *Alberta Act* at s 3.
- 5 The legislation empowers parties to apply to set aside an arbitration award where significant concerns of natural justice and proper procedure are at stake. For example, in Alberta, these include issues of capacity to contract, validity and scope of the arbitration agreement, whether the subject may properly be put to arbitration, unfair or unequal treatment, reasonable apprehension of bias, want of jurisdiction, improper procedures and fraud (see s 45 of the *Alberta Act*). Similar protections have been enacted across the country. These rights to apply to set aside an arbitral award are properly included in the provisions that cannot be varied or excluded by the parties' agreement.
- 6 *Alberta Act* at s 44(2).
- 7 2012 ABQB 141.
- 8 *Ibid* at para 3.
- 9 *Ibid* at para 11.
- 10 *Ibid* at para 15.
- 11 *Ibid* at para 18.
- 12 2002 ABQB 601, 321 AR 182 [*Rudiger*, cited to ABQB].
- 13 *Ibid* at para 4.
- 14 [1993] AJ No 1274.
- 15 *Ibid* para 4.
- 16 2009 ABCA 88, 78 CLR (3d) 145 [cited to ABQB].
- 17 *Ibid* at para 4.
- 18 *Ibid* at para 20.
- 19 2007 ABCA 295, 286 DLR (4th) 129 [cited to ABQB].
- 20 *Ibid* at para 31.
- 21 *Frank v Vogel LLP*, 2012 ABQB 432 at para 17.
- 22 *Fuhr Estate v Husky Oil Marketing Co*, 2010 ABQB 495 at para 99, 496 AR 232 [*Fuhr Estate*].
- 23 see, for examples, *Warren v Alberta Lawyers' Public Protection Association* (1997), 208 AR 149, 56 Alta LR (3d) 52; *Heredity Homes (St Albert) Ltd v Scanga*, 2009 ABQB 237, 471 AR 361; and *Alenco nc v Niska Gas Storage US, LLC*, 2009 ABQB 192, 5 Alta LR (5th) 353.
- 24 see *Fuhr Estate; Rudiger; Milner Power Inc v Coal Valley Resources Inc*, 2011 ABQB 118.
- 25 *The Arbitration Act*, CCSM c A120 at ss 3, 44(2); *Arbitration Act*, SNB 1992 c A-10.1 at ss 3, 45(1) [NB Act].
- 26 [2000] NBR (2d) (Supp) No 87, [2000] NBJ No 307.
- 27 *Ibid* at paras 15-16.
- 28 *Arbitration Act*, SO 1991, c 17 [the *Ontario Act*].
- 29 2011 ONSC 5810 at para 4.
- 30 2010 ONSC 4456 at para 7.
- 31 *Arbitration Act*, 1992, SS 1992, c A-24.1, s 45 [the *SK Act*].
- 32 *Earth Vision Productions Inc v Saskatchewan Wheat Pool* (1996), 149 Sask R 157 at paras 4-5.
- 33 *Bank of Nova Scotia v Span West Farms Ltd*, 2003 SKQB 306, 237 Sask R 175 [cited to SKQB].
- 34 *Ibid* at para 18.

## Examen du droit d'appel : un argument en faveur du respect de l'autonomie des parties

Par Bryan C. Duguid et Deborah Book

**Bryan C. Duguid et Deborah Book** sont des collègues au bureau de Calgary de Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes LLP, le plus important cabinet spécialisé en procédures civiles à l'extérieur de l'Ontario. Bryan consacre une importante part de son temps à titre d'avocat et d'arbitre à des procédures touchant des différends commerciaux de toutes sortes. Deborah compte sur une solide expérience en matière de procédures d'arbitrage, principalement dans le domaine du droit de l'énergie.

### Introduction

En 1990, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a élaboré une *Loi uniforme sur l'arbitrage*.<sup>1</sup> Cela a donné lieu à la promulgation de lois similaires régissant les arbitrages en Alberta, en Saskatchewan, au Manitoba, en Ontario et au Nouveau-Brunswick. Toutefois, les approches des provinces divergent en ce qui a trait à l'autonomie des parties et aux droits d'appel. Alors que les lois de l'Alberta, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick stipulaient que des parties ne pouvaient modifier ou exclure le droit de présenter une demande d'autorisation d'appel pour une question de droit, la Saskatchewan et l'Ontario promulguait des lois qui le permettaient.

Vingt ans après la promulgation de la *Loi sur l'arbitrage*, R.S.A 2000, c. A-43 (la *Loi sur l'Alberta*), le ALRI (Alberta Law Reform Institute) examine les dispositions d'appel prévues par celle-ci.<sup>2</sup> Le ALRI sollicite, entre autres, des commentaires afin de savoir si la « *Loi sur l'Alberta* [devrait] continuer de permettre d'interjeter appel pour une question de droit en présentant une demande d'autorisation au tribunal, quelle que soit l'entente conclue par les parties. »<sup>3</sup>

Malgré le fait que certaines des Lois provinciales prévoient un droit de présenter une demande d'appel pour une question de droit, la Saskatchewan et l'Ontario promulguait des lois qui le permettaient.

par les parties, il n'est pas rare qu'une disposition visant à exclure les droits d'appel soit incluse dans les conventions d'arbitrage. Ainsi, les tribunaux ont débattu de l'étendue de l'intervention permise. Par exemple, en Alberta, la jurisprudence crée une tension liée à la mesure dans laquelle un élément d'intérêt public est requis pour présenter une demande d'autorisation d'appel d'une décision arbitrale pour une question de droit. La loi pourrait facilement être plus claire.

Ce problème ne se pose pas dans les provinces où les parties peuvent exclure le droit de présenter une telle demande par une entente claire. Il semble que la législature de l'Alberta ait un choix à faire : respecter l'autonomie des parties et leur permettre de s'entendre sur l'exclusion du recours aux tribunaux, ou élaborer un code plus clair et exhaustif concernant la possibilité de présenter une demande d'autori-

sation d'appel en vertu de la *Loi sur l'Alberta*. L'ancienne approche reflète mieux le fondement contractuel des procédures d'arbitrage et a été appliquée avec succès dans d'autres territoires de compétences canadiennes.

## Discordance en Alberta

Ensemble, les articles 3 et le paragraphe 44(2) de la *Loi sur l'Alberta* prévoient un droit invariable à présenter une demande d'appel d'autorisation d'une décision arbitrale pour une question de droit. Toutefois, en Alberta, les conventions d'arbitrage incluent souvent des dispositions rendant une décision arbitrale finale et exécutoire, et visant à révoquer tout droit d'interjeter appel d'une telle décision (disposition privative). Le réexamen de ces lois mené par le ALRI est, par conséquent, tout à fait à propos.

La *Loi sur l'Alberta* reconnaît l'autonomie des parties liées par une convention d'arbitrage, seulement dans certaines conditions :

Les parties à une convention d'arbitrage peuvent convenir, explicitement ou implicitement, de modifier ou d'exclure toute disposition de la Loi, à l'exception des paragraphes 5(2) et 44(2), et des articles 19, 39, 45, 47 et 49.<sup>4</sup>

Outre le droit de présenter une demande d'appel d'une décision arbitrale devant le tribunal (article 45),<sup>5</sup> la législature de l'Alberta a protégé le droit de présenter une demande d'autorisation d'appel pour une question de droit. Le paragraphe 44(2) stipule ce qui suit :

Si la convention d'arbitrage ne prévoit pas que les parties puissent interjeter appel d'une décision arbitrale devant le tribunal pour une question de droit, l'une des parties peut alors présenter une demande d'autorisation d'appel, que le tribunal peut accepter seulement s'il estime que :

- (a) l'importance de l'enjeu de la décision arbitrale pour les parties justifie un appel;
- (b) la résolution de la question de droit visée aura une incidence significative sur les droits des parties.<sup>6</sup>

Étant donné que les parties ne peuvent conclure d'entente sans tenir compte du paragraphe 44(2), il est impossible de re-

fuser tous les droits d'appel prévus en Alberta. Le fait que les dispositions restrictives ne soient pas rares suggère que plusieurs parties souhaitent le contraire, soit la fin et l'exclusion de tout droit d'appel. Il en résulte de la jurisprudence contradictoire concernant l'application du paragraphe 44(2).

### (a) Option 1 – Une confirmation judiciaire

Dans de nombreux cas, le tribunal a dû, pour respecter ce paragraphe, annuler les dispositions expresses de la convention conclue par des parties.

Dans l'affaire *Zaharko c. Milton*,<sup>7</sup> en dépit de règles instaurant l'impossibilité d'interjeter appel d'une décision du tribunal d'arbitrage du Calgary Real Estate Board (CREB), le tribunal a reçu une demande d'autorisation d'appel en vertu du paragraphe 44(2). Le tribunal a statué que [traduction] les « règles et les procédures du CREB, lesquelles sont fortement privatives, ne peuvent exclure [le] droit de présenter une demande d'autorisation d'appel [d'une] décision arbitrale [art.3, *Loi sur l'Alberta*]. »<sup>8</sup> Les règles du CREB prévoyaient que les décisions arbitrales seraient « définitives et exécutoires » et que les parties se soumettant à l'arbitrage acceptaient de respecter la décision rendue.<sup>9</sup> En outre, les règles du CREB incluaient une provision qui stipulait qu'il « était impossible de faire appel d'une décision du tribunal d'arbitrage. »<sup>10</sup> Le tribunal a confirmé que les « règles et procédures du CREB ne peuvent empêcher les parties d'exercer leur droit d'appel en vertu du paragraphe 44(2) de la *Loi sur l'arbitrage*. »<sup>11</sup>

Ce n'est pas la seule cause dans laquelle le tribunal s'est prononcé en faveur du droit de présenter une demande d'autorisation d'appel en vertu du paragraphe 44(2) malgré un texte fortement privatif. Par exemple, le tribunal a d'emblée accepté une demande d'autorisation d'appel dans la cause *Rudiger Holdings Ltd c. Kellyvone Farms Ltd*,<sup>12</sup> bien que les parties aient conclu ce qui suit :

[I]a décision rendue par l'arbitre sera finale et exécutoire pour les parties en présence et devra à tous points de vue

être acceptées et respectée par ces dernières. Il n'y aura aucun droit d'appel de la décision arbitrale.<sup>13</sup>

En vertu du paragraphe 44(3), les parties ne peuvent faire appel d'une décision arbitrale devant le tribunal pour une question de droit que ces dernières ont expressément soumise au tribunal d'arbitrage pour adjudication. Par conséquent, l'analyse du tribunal s'est limitée à savoir s'il existait une question de droit non expressément soumise au tribunal d'arbitrage pour laquelle une demande d'autorisation d'appel était appropriée en vertu du paragraphe 44(2). N'en trouvant aucune, le tribunal a rejeté la demande d'autorisation d'appel. Cette demande auprès du tribunal et l'étrange analyse de celle-ci auraient pu être évitées, tout en obtenant le même résultat, si la loi autorisait le tribunal à respecter l'intention exprimée par les parties de rejeter tous les droits d'appel.

Dans la cause *Ron-Dee Holdings Ltd c. Ewanchuk*,<sup>14</sup> la convention d'arbitrage exprimait une intention similaire. Les parties ont convenu qu'une décision arbitrale serait finale et exécutoire, et ne pourrait donner lieu à une demande d'appel devant un tribunal de la Province de l'Alberta.<sup>15</sup> Là encore, le tribunal a examiné le droit de présenter une demande d'autorisation d'appel avant d'estimer que la décision arbitrale s'appuyait sur un exposé des conclusions de fait, et a rejeté la demande en vertu de l'article 44(2).

On ne trouve aucune trace de décisions rendues par des tribunaux Albertains confirmant une disposition privative face à l'article 3 de la *Loi sur l'Alberta*. Toutefois, les tribunaux en arrivent au même résultat de manière indirecte.

### (b) Option 2 – Éluder la question

Dans d'autres causes, les tribunaux ont expressément évité la question, peut-être pour ne pas empiéter sur l'autonomie des parties. Par exemple, dans la cause *New Way Homes Ltd c. Bateman*,<sup>16</sup> les parties avaient « expressément convenu » que la décision arbitrale serait « finale et exécutoire pour les parties. »<sup>17</sup> Le tribunal a rejeté la demande d'autorisation du demandeur.

Take the Online Course that ADARIO Mediators are praising!

# Practical Ethics for Working Mediators

Sign up today for:

Practical Ethics for Working Mediators, the online course developed by the ADR Institute of Ontario, designed to:

- ensure and encourage enhanced professionalism and adherence to best practices
- assist you in creating an "Ethical Blueprint"
- increase awareness of mediation values
- assist you in becoming a more reflective practitioner
- provide a foundation for skillfully resolving ethical dilemmas that emerge in your practice

Materials include the best writings on ethics in mediation and are *required* reading. World renowned experts have been interviewed on camera to help bring the concepts alive for the learner.

The Course takes approximately 6-8 hours to complete and is available online 24/7 within pre-specified 60 day windows. You can work on the Course in small time increments, at your own pace.

For more details, visit [http://adrontario.ca/resources/event\\_details.cfm?announcementId=333](http://adrontario.ca/resources/event_details.cfm?announcementId=333)

*Accredited by Law Societies across Canada.*

Over 200 ADARIO members have already completed the Course, with exceptionally positive reviews!



ADR Institute  
of Ontario, Inc.

deur d'interjeter appel de la décision du tribunal inférieur, arguant qu'il avait bénéficié d'une application régulière de la loi devant la Cour du Banc de la Reine, et qu'aucun appel n'était justifié. Le tribunal a choisi de ne pas tenir compte de « l'effet des dispositions privatives du contrat, des règles et de l'entente des parties concernant la décision arbitrale sur la capacité à faire appel, en vertu de l'article 3 de la Loi. »<sup>18</sup>

De la même façon, dans la cause *Knox c. Parti conservateur du Canada*,<sup>19</sup> une formation complète a entendu des observations concernant l'interaction de ces dispositions pendant un appel. Toutefois, le tribunal a estimé inutile de décider si une entente rendant une décision arbitrale finale et exécutoire prévaut sur une demande d'autorisation d'appel sur une question de droit en vertu du paragraphe 44(2), étant donné qu'une telle demande n'avait pas été présentée à temps pour respecter les restrictions de l'article 46 de la *Loi sur l'Alberta*.<sup>20</sup>

## (c) Incohérence et confusion

La protection d'un droit invariable à présenter une demande d'autorisation d'appel est incohérente avec l'importance de l'autonomie des parties dans le processus d'arbitrage. Cette problématique semble avoir entravé les efforts judiciaires visant à élaborer des critères transparents concernant les demandes d'autorisation d'appel pour une question de droit.

Les tribunaux de l'Alberta ont fait valoir que « la législature visait à limiter l'intervention judiciaire dans les décisions rendues par des arbitres nommés de façon privée. »<sup>21</sup> En d'autres termes :

Il est clair que la législature a choisi de limiter l'intervention du tribunal dans les décisions arbitrales, en soulignant que lorsque les parties ont choisi l'arbitrage, elles ne devraient pas avoir accès aux tribunaux, excepté dans des circonstances restreintes. L'approche vise à rendre des décisions finales et exécutoires par l'entremise d'une pro-

cédure rapide et peu coûteuse.<sup>22</sup>

Pour concrétiser cette intention législative, les tribunaux de l'Alberta ont intégré une exigence d'intérêt public aux critères requis pour une demande d'autorisation d'appel en vertu du paragraphe 44(2), même si la disposition de la loi fait uniquement référence à l'importance de la question pour les parties, et à leurs droits.<sup>23</sup> Cette exigence a suscité un débat judiciaire considérable.<sup>24</sup> L'une des principales questions à laquelle le *Rapport du ALRI* tente de répondre est de savoir si l'exigence d'un intérêt public est ou non appropriée.

Il existe une meilleure solution pour assurer une intervention judiciaire limitée. Les arbitrages sont régis par les termes de la convention conclue par les parties. Autoriser ces dernières à exclure par contrat un appel devant le tribunal (l'absence d'irrégularités justifiant une demande visant à infirmer la sentence) permettrait non seulement de respecter l'autonomie des par-

ties, mais assurerait également que l'arbitrage serve de mécanisme de règlement des différends, ce qui est une solution de rechange au système judiciaire.

La *Loi sur l'Alberta* prévoit actuellement un examen trop large. Elle permet aux parties d'accéder aux deux mécanismes de règlement des différends (au lieu de les contraindre à en conserver un). Par ailleurs, cela a entraîné des procédures supplémentaires afin de déterminer des critères judiciaires appropriés pour une demande d'autorisation, en plus de la nécessité d'appliquer ensuite ces critères aux faits d'une affaire donnée.

## Autres provinces ayant infirmé l'autonomie des parties

Au Manitoba et au Nouveau-Brunswick, la loi protège également le droit de soumettre une demande d'autorisation d'appel.<sup>25</sup>

Par exemple, la cause *Stardust Enterprises Ltd c. Rubin's Realty Ltd*,<sup>26</sup> a fait l'objet d'un arbitrage pour résoudre un différend entre un propriétaire commercial et un locataire. Le propriétaire a fait valoir que l'entente des parties prévoyait que le locataire devait payer une amende de 20 000 \$ avant que l'appel ne puisse être entendu. Le tribunal a décidé qu'une telle entente était nulle et non avenue étant donné que le paragraphe 45(1) [de la *Loi du N.-B.*] prévoit qu'une partie peut présenter une demande d'autorisation d'appel devant le tribunal sur une question de droit, et que l'article 3 empêche les parties de modifier cette disposition.<sup>27</sup>

## Rechercher la simplicité

Il existe une meilleure façon de faire. En Ontario et en Saskatchewan, les tribunaux

ont reconnu la capacité des parties à respecter les termes de leur entente dans le cadre de l'arbitrage et à limiter l'intervention du tribunal aux irrégularités et aux injustices justifiant l'infirmerie d'une décision.

À la différence de l'article 45 de la *Loi sur l'Ontario*, l'article 3, qui énonce les dispositions que les parties ne peuvent ni modifier ni exclure, ne protège pas le droit de présenter une demande d'autorisation d'appel pour une question de droit.<sup>28</sup>

Ainsi, en Ontario, les parties peuvent convenir d'un arbitrage final et exécutoire sans possibilité d'appel devant les tribunaux. En fait, dans les deux causes *1210558 Ontario Inc c. 1464255 Ontario Limited*,<sup>29</sup> et *Weisz c. Four Seasons Holdings Inc*,<sup>30</sup> le tribunal a statué que des conventions prévoyant un arbitrage final et exécutoire sans droit d'appel empêchaient les parties de présenter une demande d'autorisation d'appel pour une question de droit en vertu de l'article 45.

Comme en Ontario, en Saskatchewan la disposition régissant le droit d'appel ne figure pas sur la liste de celles qui peuvent être modifiées ou exclues.<sup>31</sup>

Bien qu'en Saskatchewan, le tribunal avait exprimé une certaine réticence à statuer que les parties avaient conclu une convention excluant le droit d'appel,<sup>32</sup> une jurisprudence plus récente suggère une progression vers (et peut-être même au-delà de) l'approche de l'Ontario. On a estimé qu'une disposition prévoyant que l'arbitrage « doit avoir force exécutoire pour les parties » et « respecter [la *Loi de la SK*] » était suffisante pour éliminer implicitement une intervention judiciaire en vertu de la

*Loi de la SK*.<sup>33</sup> Le tribunal a été convaincu : ...que l'absence de disposition relative au droit d'appel dans le bail, un document volumineux décrivant en détail tous les aspects du contrat de location, confirme que les parties ne prévoyaient pas qu'une décision rendue en vertu du para 25.04 puisse faire l'objet d'une demande d'examen.<sup>34</sup>

Bien que les parties n'aient pas expressément convenu de renoncer à leur droit d'appel, le tribunal a estimé que cette intention était implicite. Voilà exactement l'approche des conventions d'arbitrage qui incluent des dispositions privatives. Le fait que des parties élaborent des conventions détaillées ou exhaustives incluant des clauses visant expressément à restreindre ou à supprimer le recours aux tribunaux démontre une intention et une volonté délibérées de résoudre définitivement le différend par l'entremise d'un processus arbitral en vertu de la convention. Cette intention devrait être respectée.

## Conclusion

Lorsque la législature de l'Alberta a élaboré la *Loi uniforme sur l'arbitrage*, elle a choisi d'aller à l'encontre de toute entente conclue par les parties visant à renoncer à leur droit d'appel. L'expérience de l'Alberta, et des autres territoires de compétence canadienne ayant des schémas législatifs semblables, illustrent une nécessité de changement.

Les parties qui choisissent l'arbitrage définissent les conditions du règlement de leurs différends. Ces conditions incluent souvent des dispositions privatives qui visent à permettre le recours aux tribunaux uniquement pour assurer le respect de certains droits fondamentaux (dont la viola-

**National Arbitration and Mediation Rules**  
**Les Règles nationales d'arbitrage et de médiation**



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

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

416-487-4733 or 1-877-475-4353  
[admin@adrcanada.ca](mailto:admin@adrcanada.ca)  
[www.adrcanada.ca](http://www.adrcanada.ca)

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

416-487-4733 or 1-877-475-4353  
[admin@adrcanada.ca](mailto:admin@adrcanada.ca)  
[www.adrcanada.ca](http://www.adrcanada.ca)

tion justifie d'infirmer une sentence). Les clauses qui incluent des dispositions privatives devraient être respectées. L'intervention d'un tribunal relativement à des dispositions privatives limite la liberté des parties à conclure des ententes, et est également contre-productive.

Les autres mécanismes de règlement des différends, tels que l'arbitrage, visent à alléger le fardeau qui pèse sur notre système judiciaire et à assurer le règlement définitif des différends. Faire fi de ces objectifs avec une clause paternaliste telle que l'article 3 de la *Loi sur l'Alberta* entraîne des procédures judiciaires longues, non désirées et superflues. Les tribunaux traitent encore des dossiers qui pourraient faire l'objet d'une sentence arbitrale. Pire encore, la nécessité de définir les critères d'autorisation d'appel et de les appliquer tout en limitant le moins possible la liberté des parties de conclure des ententes a créé une jurisprudence longue et contradictoire.

On pourrait arguer que les objectifs de la politique publique jouent en faveur d'une disposition légale telle que l'article 3 en matière de protection du consommateur. Toutefois, un tel objectif pourrait être atteint d'une façon bien plus spécifique. Au lieu d'une disposition telle que l'article 3 qui s'applique à toutes les situations, on pourrait convenir qu'il n'y aura qu'une seule voie de règlement d'un différend, quelle que soit le déséquilibre du pouvoir de négociation, les intérêts intellectuels des parties et leur intention. Par exemple, des parties pourraient convenir d'exclure tout droit d'appel devant les tribunaux estimant qu'elles parviendraient plus facilement à régler un différend par l'entremise d'une personne possédant des qualifications, une formation ou expérience qu'elles auraient elles-mêmes définies. Sinon, elles pourraient convenir de constituer un tribunal d'arbitrage composé de trois membres spécialement choisis à la lumière du différend, estimant qu'il y aurait une plus grande confiance dans

une décision rendue par une telle procédure. La confidentialité peut être primordiale, de sorte que les parties souhaitent éviter que la décision arbitrale tout aussi confidentielle soit consignée dans les dossiers publics d'un tribunal dans le cadre d'une demande d'autorisation d'appel.

Quelles que soient les considérations, les parties ont souvent des motifs choisis et réfléchis pour souhaiter exclure tout droit d'appel, dans le cadre de la décision globale de soumettre des différends à l'arbitrage.

Alors que l'ALRI examine la *Loi sur l'Alberta*, il est temps, après 20 ans, de respecter l'autonomie des parties en leur permettant d'exclure le droit d'appel. Elles conserveraient le droit d'infirmer une décision arbitrale lorsque des irrégularités ou une violation des droits fondamentaux le justifient, mais elles auraient également la possibilité de s'appuyer sur une procédure finale de leur choix pour régler correctement leur différend. 

1 *Loi uniforme sur l'arbitrage* de la Commission de réforme du droit du Canada (Commission de réforme du droit du Canada, 1990), en ligne : <[http://www.ulcc.ca/fr/us\\_Arbitrat\\_En.pdf](http://www.ulcc.ca/fr/us_Arbitrat_En.pdf)>.

2 Voir *Loi sur l'arbitrage* : Demandes de sursis et d'appel, Alberta Law Reform Institute, (Edmonton : The Institute, août 2012), en ligne : <<http://www.law.ualberta.ca/alri/docs/RFD24.pdf>> [Rapport du ALRI].

3 Rapport du ALRI, p. 44.

4 *Loi sur l'Alberta*, art. 3.

5 La loi autorise les parties à présenter une demande visant à infirmer une décision arbitrale lorsque sont en jeu des questions liées à la justice naturelle et une procédure correcte. Par exemple, en Alberta, ces enjeux incluent la capacité de contracter, la validité et la portée de la convention d'arbitrage, le fait que la question puisse ou non être soumise à l'arbitrage, le traitement injuste ou inéquitable, la crainte raisonnable de partialité, l'absence de compétence, les procédures irrégulières et la fraude (voir art. 45 de la *Loi sur l'Alberta*). Des protections similaires ont été adoptées dans tout le pays. Ces droits à présenter une demande visant à infirmer une sentence arbitrale sont inclus comme il se doit dans les dispositions qui ne peuvent pas être modifiées ou exclues en vertu de l'entente qui lie les parties.

6 *Loi sur l'Alberta*, art. 44.

7 2012 ABQB 141.

8 *Ibid.* au para. 3.

9 *Ibid.* au para. 11.

10 *Ibid.* au para. 15.

11 *Ibid.* au para. 18.

12 2002 ABQB 601, 321 a.r. 182 [Rudiger, cité devant le BRQB].

13 *Ibid.* au para. 4.

14 [1993] AJ no 1274.

15 *Ibid.* au para. 4.

16 2009 ABCA 88, 78 CLR (3d) 145 [cité devant le CBR AB].

17 *Ibid.* au para. 4.

18 *Ibid.* au para. 20.

19 2007 ABCA 295, 286 D.L.R (4th) 129 [cité devant le CBR AB].

20 *Ibid.* para. 31.

21 *Frank c. Vogel LLP*, 2012 ABQB 432, para. 17.

22 *Fuhr Estate c. Husky Oil Marketing Co*, 2010 ABQB 495, para. 99, 496 A.R. 232 [*Fuhr Estate*].

23 voir, par exemple, *Warren c. Alberta Lawyers' Public Protection Association* (1997), 208 A.R. 149, 56 Alta L.R. (3th) 52, *Heredity Homes (St Albert) Ltd c. Scanga*, 2009, ABQB 237, 471 A.R. 361, et *Alenco nc c. Niska Gas Storage US, LLC*, 2009, ABQB 192, 5 Alta L.R. (5th) 353.

24 voir *Fuhr Estate, Rudiger, Milner Power Inc c. Coal Valley Resources Inc*, 2011, ABQB 118.

25 *La Loi sur l'arbitrage*, CCSM c. A120, art. 3 et para 44(2), *Loi sur l'arbitrage*, SNB 1992 chap. A-10.1, art. 3 et para 45(1) [*Loi du N.-B.*].

26 [2000] N.B.R (2d) (Supp.) no 87, [2000] N.B.J no 307.

27 *Ibid.* aux para. 15-16.

28 *Loi sur l'arbitrage*, L.O 1991, chap. 17 [*la Loi de l'Ontario*].

29 2011 OnSC 5810, au para. 4.

30 2010 OnSC 4456, au para. 7.

31 *Loi sur l'arbitrage*, 1992, S.S. 1992, chap. A-24.1, art. 45 [*la Loi de la SK*].

32 *Earth Vision Productions Inc c. Saskatchewan Wheat Pool* (1996), 149 Sask. R. 157, aux pp. 4-5.

33 *Banque de Nouvelle-Écosse c. Span West Farms Ltd*, 2003 SKQB 306, 237 Sask. R. 175 [cité devant le CBR Sask.].

34 *Ibid.* au para. 18.

## 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](mailto:janet@adrcanada.ca)





Richard A. Feldman,  
B.Ed., LL.B., B.A.

## Introduction

These various practices are usually thought of as being an *alternative* to having the conflict resolved by a decision of a judge, following a full trial. In this paper, I use the term “ADR” in its broadest possible sense and it is meant to include mediation and other dispute resolution processes that are offered or mandated by the state as alternatives to an adjudicated decision following a hearing.

Predictably, debates have arisen as to which type of ADR is “best” either in general or for resolving particular types of disputes. Even within a single discipline there can be numerous approaches based on different philosophies and almost limitless techniques for attempting to resolve disputes. Flexibility is one of the greatest strengths of ADR since, at least theoretically, it permits parties to craft a process that is best suited to their unique conflict.

Lack of uniformity, however, also presents certain challenges. For example, debates continue to rage within the professional mediation community as to the “best” type of mediation and even which processes ought to be entitled to call themselves “mediation”. Another example is in relation to dispute resolution processes associated with courts and tribunals. In my experience, like the courts, administrative tribunals tend to favour a particular style of ADR process: high-pressure, time-limited, evaluative and results-oriented. The reasons for this are numerous and are beyond the scope of this paper to analyze. While these processes are often called “mediation”, some might argue that they are not deserving of that title. In my view, however, arguing over definitions does little to further the public interest and it is

# Evaluating Alternative Dispute Resolution

**Alternative Dispute Resolution (“ADR”) is a general term used to describe a myriad of rational methods of resolving conflict.**

more meaningful to discuss the value of different forms of dispute resolution than to engage in a debate over the label to give to a particular process.

ADR has flourished over the past 20 years or so. Enormous financial and other resources are devoted to ADR processes on the *assumption* that the outcomes are better than those achieved through court-based dispute resolution. ADR professionals are quick to provide anecdotal accounts of difficult situations that reached successful conclusions through some form of ADR. What is surprising, however, is that in North America at least, there appears to be very little rigorous, scientific analysis of most ADR programs (i.e., there is virtually no empirical evidence to support any of the claims made by ADR’s supporters).

How does one evaluate ADR? Is one method of ADR better (or more appropriate) than another? Based upon what criteria? Does it depend upon the context (the nature of the issues in dispute, the socio-economic characteristics of the parties, the presence or absence of legal representation, etc.)? How should we define and measure “success”?

Ultimately, I believe that there must be a type of cost-benefit analysis. The benefits of any given type of dispute resolution, whatever it calls itself, must be assessed by determining whether, and to what extent, that process achieves the objectives for which it was implemented. Then, those benefits must be weighed against the costs inherent in that process, some of which may be hidden and non-monetary in nature.

The focus of this article will be on ADR programs offered or mandated by the state. It is my contention that, where ADR is offered by the state, there is an obligation on the state to ensure that the ADR program is both fair and effective. In my view, this obligation is even greater when the state forces the parties to engage in the process, such as in the case of mandatory mediation.

This article will explore some of the benefits and costs commonly associated with ADR (in particular, ADR that is connected to courts and administrative tribunals) and the need to better evaluate ADR programs in the future. I will end with some preliminary conclusions I have drawn from my own experience and from the literature I have reviewed.

## Evaluation of ADR

The key to a successful [ADR] program ... is continued monitoring, evaluation, and revision where necessary to accomplish the goals of the program.<sup>1</sup>

While evaluation of an ADR program may be critical to its success, admittedly, such evaluation is often very difficult. Many of the frequently encountered obstacles in social science research are applicable to attempts to evaluate, measure and predict the effects of ADR:

...The strongest [studies] utilize a control group, but identifying controls and randomizing subjects is difficult. The task of selecting reliable and valid instruments for defining and measuring program goals and the corresponding changes in behaviour, attitudes, and values of

the subjects is challenging. Qualitative methods, such as case studies and self-reports, provide perspective but also have limited generalizability...

The value of evaluation lies in providing useful information to decision-makers and consumers. To measure success, evaluators must be able to describe intended results and propose questions that will provide the corresponding information. This is difficult as long as the concept of ADR remains amorphous and ambiguous. Until what is being measured is clarified and the right questions selected, data will be misleading, irrelevant and uninformative.<sup>2</sup>

## (a) Measuring the Benefits of an ADR Program

Evaluation of ADR requires a cost-benefit analysis. The starting point for evaluating the degree of “success” of any given ADR program is an analysis of the extent to which the program is achieving its intended outcomes. This presupposes that there are identifiable objectives for each ADR program.<sup>3</sup> Often such objectives are explicit but occasionally they must be inferred from the justifications given by the state (or its agents) for implementing or maintaining the ADR program in question. The choice of objectives is political – that is, it requires those in power to make a decision about the outcomes to which greater value shall be attached. Given the

political nature of this function, there is also the possibility that the state will be reluctant to disclose an objective that may be unpopular (for example, attempting to make courts appear to be more efficient by diverting certain types of cases away from court or away from the trial lists through various forms of ADR without regard to whether or not those ADR programs are effective). The failure to clearly enunciate the “real” objectives of an ADR program makes it difficult, if not impossible, to accurately evaluate that program. Also, it should be recognized that certain types of objectives are likely to be more difficult to evaluate than others.

Of course, it is important to remember that

## Order Your Correspondence Course and Practice Handbooks

### Correspondence Course in Arbitration

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

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

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

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

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

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

*\$789.00 per part (plus exams and GST) R125294660*

### The Commercial Mediation Practice Handbook

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

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

*\$95.00 per copy (plus GST) R125294660*

### The Arbitration Handbook

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

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

*\$85.00 per copy (plus GST) R125294660*

To order online visit your Member Portal at  
<https://adrcanada.secure.force.com/> and click on The Store,  
or call Mena: 416-487-4733 1-877-475-4353 mena@adrcanada.ca



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

ADR programs are not just about (or even necessarily about) achieving settlements. Even when ADR does not immediately result in a settlement, it can be helpful in, amongst other things: moving the parties toward settlement; clarifying or narrowing issues; encouraging parties to be more realistic about their respective positions; giving one or more parties an opportunity to “tell their story”; providing neutral evaluation of the case; allowing clients to become more involved in the resolution of the case; and improving communication between parties and/or their legal representatives.<sup>4</sup> ADR can also: help to preserve the parties’ relationship; address underlying issues that gave rise to the dispute so that future disputes can be avoided; provide parties with greater control over determining a dispute’s outcome; and have a cathartic or therapeutic quality.<sup>5</sup>

Commonly used measures of success include (but are not limited to) the following: (1) client satisfaction; (2) settlement rate; (3) efficiency; (4) cost-savings; (5) fairness/justice of outcome; (6) impact on psychological functioning; and (7) compliance. Below, I shall briefly describe each of these criteria and point out some of the potential pitfalls inherent in each.

## Client Satisfaction

Client satisfaction is one possible criterion for measuring the success of ADR programs. Studies of client satisfaction following mediation, for example, typically demonstrate a relatively high level of satisfaction.<sup>6</sup> Satisfaction is often linked to clients’ perceived control of the process, privacy, the opportunity for expression of opinions and perceptions of fairness.<sup>7</sup>

One must take care, however, in using client satisfaction as the sole or even the main criterion of success. First, it is important to recognize that the satisfaction of counsel may be different from that of the clients. Second, there should be a recognition that satisfaction with a particular method of dispute resolution may vary

with socio-economic variables such as gender, education, income, race and culture.<sup>8</sup> Finally, client satisfaction may not be enough to justify implementation of an ADR program; for example, if an ADR program is popular with participants but is extremely expensive and rarely results in settlement, the government may not consider such a program to be a “success”.

## Settlement Rate

Settlement rates are often relied upon as a measure of success. They are popular because, unlike normative self-reports of satisfaction, settlement rates are objective, easy to quantify, easy to compare (year-to-year or program-to-program) and easy to understand. Many ADR programs attached to courts and quasi-judicial tribunals report their “success” in terms of settlement rates.

There are some problems, however, with relying upon settlement rates. Reported settlement rates may be inaccurate; settlement rates can either be inflated or, on the other hand, they may underestimate the true success rate of an ADR process.<sup>9</sup> For example, settlement rates typically would not capture settlements that are achieved subsequent to, but largely as a result of, a mediation session.<sup>10</sup> Settlement rates tell us nothing about such things as: the substantive fairness or justice of the resolution achieved through ADR; whether the parties are satisfied with the result and the process through which it was obtained; whether the parties will ultimately abide by the terms of their agreement; whether the settlement rate was appreciably higher than it would have been without the assistance of ADR; and whether resolution was faster and/or less costly to obtain through this process than it would have been through litigation.<sup>11</sup>

## Efficiency and Cost Savings

“Efficiency” refers to the timing of resolution – i.e., whether the ADR process in question results in an earlier resolution than would otherwise have occurred. A

related measure of efficiency is diversion of cases away from court, resulting in a reduction of court backlogs.<sup>12</sup>

Cost savings can be examined from at least two perspectives. First, one could measure the cost savings, if any, to the government — that is, one could attempt to ascertain whether the introduction of ADR and diversion of cases away from the court to an ADR process results in any cost savings. Second, one could measure the cost savings, if any, to the parties — that is, one could attempt to ascertain whether the introduction of ADR results in savings to the parties (for example, in legal costs) in comparison to similar cases that proceed through court in the normal course (without ADR).

There are some, however, who question whether ADR will result in savings of either time or expense, given that the vast majority of lawsuits (approximately 95% according to some estimates) traditionally settled without the assistance of ADR and there is little empirical evidence to suggest that ADR has any major impact on reducing either time or expense.<sup>13</sup>

## Fairness / Justice of Outcome

Justice is multi-faceted. In its procedural aspect, justice involves notions of equal access, equal treatment, impartiality of the neutral, giving “voice” to each side, cost-effectiveness, timeliness and preventing “stronger” parties from taking undue advantage of those with less resources (knowledge, power, etc.). In its substantive (or outcome) aspect, justice also has many faces and there may be a disconnect between the perceptions of the parties themselves and societal conceptions of justice.<sup>14</sup>

On the one hand, it may be rather paternalistic to simply disregard how the parties feel about the outcome of ADR and attempt to engage in an “objective” appraisal of the fairness of the settlement by



comparing what each person gives and receives under the terms of the settlement to what the likely outcome would have been had the matter been adjudicated – i.e., a rights-based analysis. On the other hand, attempting to evaluate the parties’ perception of the fairness of the outcome entails many of the same potential difficulties as measuring client satisfaction. Unsophisticated, uneducated, unrepresented or abused persons and members of traditionally exploited groups may tend to have very low expectations and, therefore, may be satisfied that the outcome is fair even when an objective appraisal of the agreement would suggest that this party did “worse” than they would have, had the dispute been adjudicated. Thus, some argue that the “success” of ADR programs should be measured, at least in part, by the overall fairness of both the process and the outcomes achieved.

## Impact on Psychological Functioning

This criterion is meant to capture the long-term impact of ADR on the communication and relationship between the participants after the ADR process has been completed and the long-term impact, if any, on the psychological well-being and functioning of participants and those around them (such as the psychological impact on children of parents who have engaged in mediation of divorce and custody disputes as opposed to those who have not). This criterion can also relate to the potential power of ADR to help alter parties’ perceptions of each other. For instance, in the U.S., the Internal Revenue Service (IRS) was hopeful that the introduction of mediation would “improve the taxpayer’s view of the tax collection system, thereby making taxpayers more willing to participate in paying taxes.”<sup>15</sup>

Proponents of transformative mediation believe that this type of ADR process can positively affect future communication patterns between participants, help parties to develop healthier and more effective

strategies for dealing with conflict and, ultimately, improve society. In transformative mediation, settlement is not a goal. Rather, the goal is framed as empowerment and recognition (which, if achieved, sometimes lead to a settlement of the current dispute). Thus, transformative mediation expounds laudable goals but how does one measure such outcomes?

The largest implementation and study of transformative mediation took place in relation to the U.S. Postal Service (“USPS”). The USPS, with almost 900,000 employees, was one of the largest federal employers.<sup>16</sup> In the 1990s, the USPS was facing an alarming increase in equal opportunity complaints. At the same time, there was increasing tension between management and employees and a public perception that the USPS was becoming an increasingly hostile and potentially dangerous place to work (although statistics suggest that there was in fact no greater risk of workplace violence).<sup>17</sup> It was felt that the transformative model of mediation might be most appropriate to resolve these growing disputes as this type of ADR allowed the parties maximum control over the process and had the potential of not just resolving specific disputes but of improving the ongoing relationship between the employees and management. The REDRESS program mediated over 1,000 disputes each month across 980 different cities and was tracked and evaluated for over 12 years, from its initial pilot in 1994, through national implementation in 1998, until 2006.

The unique purpose of the program, — to improve workplace climate — created a challenge: how does one define success? Most employment mediation programs traditionally evaluate success based on settlement rates, but that was not the program’s driving goal. The USPS needed to identify indicators of success that measure more than settlement rates... The USPS chose to collect data from a variety of sources using a combination of measures: procedural justice [i.e., satisfaction with the pro-

cess], distributive justice [i.e., satisfaction with the outcome], interactional justice, case closure rates, complaint filing rates, and formal complaint flow-through rates. In addition, it periodically assessed program implementation for consistency with the transformative model.<sup>18</sup>

Ultimately, the goal of the REDRESS program was to “improve workplace climate”. The results of interview studies conducted in 2000 of randomly selected USPS personnel suggested that the program had, at least to some degree, achieved this goal (although managers tended to perceive a greater improvement than did non-supervisory employees).<sup>19</sup>

Another potential measure of success might be whether an ADR process is able to result in *forgiveness* (often reflected by an accepted apology<sup>20</sup>), the importance of which is only now beginning to be more fully realized. Forgiveness is especially important where the parties in conflict are likely to have ongoing interaction following the resolution of the current dispute such as in family law disputes between spouses where children are involved<sup>21</sup> and in situations where the goal is to reintegrate offenders into communities where they are likely to have contact with victims of the crimes committed by those offenders.

## Compliance

Another possible measure of success is the degree to which parties accept and comply with the terms of a resolution achieved through ADR. This would have to be compared to the rate of compliance with court orders and with settlements achieved through direct negotiation between the parties (i.e., where no neutral was involved). To the extent that such data is available, it appears that, for example, parties are much less likely to challenge the terms of a mediated agreement than one that is obtained through direct negotiation and are also much more likely to comply with the terms of a mediated agreement

**OSLER**

Osler, Hoskin  
& Harcourt LLP

**BLG**

Borden Ladner Gervais

**BD&P**

Burnet,  
Duckworth  
& Palmer LLP  
Law Firm

than with the terms of an adjudicated decision.<sup>22</sup> This is especially important in the area of child and spousal support where compliance rates with support orders that have resulted from adjudication have, at times, been woeful. It is also a potentially important measure of success in the area of mediated criminal justice programs, especially for young offenders.<sup>23</sup>

## (b) Measuring the Costs of an ADR Program

Assuming that reliable data can be collected on the extent to which a given ADR program is achieving its stated objectives, the evaluation of the “success” of that program should then turn to an analysis of the costs associated with it.

The costs associated with ADR can be financial, such as:

- (1) the costs to the state of administering and monitoring the ADR program; or
- (2) the costs to the parties in terms of:
  - (a) delay of the litigation process (with possible associated costs such as accrual of interest);
  - (b) the cost to the parties (if any) of paying for ADR services; and
  - (c) the cost of legal representation during the ADR process.

Alternatively, the costs may be something more profound and more difficult to measure such as erosion of the justice system and public confidence therein.

If the costs associated with an ADR program appear to outweigh its benefits, surely administrators should consider making changes necessary to either enhance the benefits of the program or reduce its costs or should reconsider the value of such a program.

### Expense and Delay

Every ADR program will entail associated expense for the state and, often, for participants. Some critics question whether

the benefits of ADR (especially large-scale, mandatory programs) outweigh its costs:<sup>24</sup>

Mandatory mediation will not prove to be a cost-effective means of reducing either cost or delay in civil litigation. It is more likely to increase overall costs to the parties. A number of reasons support this conclusion.

First, most cases already settle without benefit of third-party assistance. It is often said that about 95 percent of civil actions never get to trial. There is no evidence to suggest that this number can be improved upon... Because mandatory mediation will cost money in all of the 95 percent of cases that would settle anyway, the only argument for mandatory mediation is that it will reduce overall cost by effecting earlier settlements in a sufficient number of cases. I am unaware of any cogent evidence supporting this conclusion. Indeed, the evidence in the United States is to the contrary.

According to the Rand Study: An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation under the Civil Justice Reform Act:

In sum: The mediation and neutral evaluation programs as implemented in these six districts are not a panacea for perceived problems of cost and delay, but neither do they appear to be detrimental. Program participants like them. But we have no justification for a strong policy recommendation because we found no major program effects, either positive or negative. This lack of a demonstrated major effect on litigation cost and delay is generally consistent with the outcomes of prior empirical research on court-related ADR.

### Erosion of the Justice System

Potentially more profound and more difficult to measure than direct financial costs

are problems such as erosion of the justice system and public confidence therein.

In a paper entitled “ADR’s Biggest Compromise”, Kirk W. Schuler warns that the widespread use and acceptance of ADR carries with it some significant hidden costs. He argues that, unlike civil trials which are public in nature, ADR is essentially private. In his view, the cost of the growth of ADR has been erosion of the justice system in the U.S. – fewer civil jury trials, lack of precedents and arrested development of the common law at lower court levels, loss of courtroom litigation skills amongst younger lawyers and public disengagement from and mistrust of the justice system. Obviously, where the state pays for an ADR program, the cost of that program represents an opportunity cost – that is, the money spent on the ADR program could have been used to provide better or greater adjudicative services (new courtrooms, more judges, etc.). Schuler concludes as follows:

Finally, I urge reflection. America’s warm embrace of ADR and its unfettered growth compromise the very foundations of our legal system. ADR has been championed as a solution to the litigation explosion and a panacea to the costs, time, and emotional drain of adjudication. But jumping on the ADR bandwagon is detrimental because the law promises more than simple dispute resolution. The law is public and the law is principled. The law affords a check on clandestine evils, bringing them to light through a public process. The public nature of adjudication – with citizens participating as parties and jurors – constantly reminds America of what it is to be free and serves to protect our democracy. ADR, essentially a private pursuit, fails to champion democracy and the law’s promise to the public that truth will be exposed. That is ADR’s biggest compromise.<sup>25</sup>

Similarly, Wayne D. Brazil, a California



judge and author wrote as follows:

An ADR program that delivers less [than ADR neutrals of the highest character and services of the highest quality] jeopardizes public confidence in and respect for the courts.

... Courts are charged with performing what is probably the most important function of government: peacefully resolving disputes and thus giving order and stability to relationships that do not order and stabilize themselves. Courts cannot perform this essential function unless the vast majority of people in our society will comply peacefully with the courts' decisions. Over time, in a democracy, the people will comply only if they trust and respect the courts as institutions. It follows that we must take great care to do nothing that jeopardizes that trust and respect. This is the main chance. So when we design court-sponsored ADR programs our greatest concern should be to preserve, at least, and to increase, if possible, the people's respect for, confidence in, and gratitude toward our system of justice.<sup>26</sup>

Another potential area for concern involves conflicts over matters in which the public has a stake, such as the types of conflicts that come before environmental tribunals, human rights tribunals and other tribunals with a public interest mandate. Tribunals with public interest mandates have a burden to consider more than merely the resolution of a dispute between private persons. They must consider questions such as: Who are the proper parties to the proceeding? How can the public interest be protected? How can we handle complex technical and scientific issues? Are agreements achieved through ADR enforceable? Should such agreements be confidential and, if so, what effect may this have on public confidence in the process? Can such agreements have precedential value and, if not, what cost does that represent (to the development of the common

law, for example)?<sup>27</sup>

Still another concern (i.e., another potential "cost" of ADR) is that ADR processes may further disadvantage already vulnerable parties. The inequality of parties and the need to "level the playing field" have long been concerns of both courts and ADR professionals. Some argue that power imbalances between parties are exacerbated through processes like mediation where there is no authority figure present to protect the interests of the disadvantaged party (who, through ignorance,<sup>28</sup> financial<sup>29</sup> or emotional need, lack of legal representation, or fear, may agree to terms that would objectively appear to be unfair). This concern is often raised in the context of divorce and custody disputes,<sup>30</sup> especially where there is an alleged history of spousal abuse.<sup>31</sup> Furthermore, some studies suggest that members of disadvantaged groups tend to be more easily satisfied through ADR due their diminished expectations and may in fact get a poorer result than if they had not engaged in the ADR process (i.e., if they had proceeded to obtain an adjudicative decision based upon their rights).<sup>32</sup> While some of these studies suggest that power imbalances may be exploited or exacerbated through ADR, due to small samples and other problems with the research methodology, *convincing* empirical evidence remains elusive.

## Harm to ADR

As noted above, "privatizing" disputes through ADR carries with it the potential of eroding the justice system and public confidence therein. The flip-side to this concern is that the absorption (or "capturing" as one author put it) of ADR processes by courts (and tribunals) and the emphasis of such bodies on "efficiency" and settlement rates: (1) tends to do violence to the philosophies that led to the creation of these alternatives (i.e., dignity, self-determination, etc.), especially where such processes are made mandatory; (2) does not reflect the true flexibility, variety and scope of ADR processes; and, (3) does

harm to the reputation of ADR generally.<sup>33</sup> Thus, poorly designed or implemented ADR programs may do harm both to the justice system and to ADR itself. Such costs, though difficult to measure, ought to be considered in evaluating the "success" of any ADR program.

## The Need for Improved Evaluation

There is a need for improved evaluation of ADR. Few studies are done and those that are done often yield data that is unreliable. The most widely-used and most intensely-studied form of ADR is mediation and, even for this form of ADR, the data was and continues to be unreliable (when it is available at all):

The success of mediation is difficult to assess given the limitations in methodology and research design common in much of the published literature. Random assignment and use of matched samples is frequently impossible or not attempted. Participation is voluntary and self-reports are prevalent. Longitudinal studies are rare and long-term follow-up is nonexistent. Most research has examined private rather than court-ordered mediation...

Mediation programs have established methods for collecting evaluation data, but the data is incomplete and unstandardized so that comparison of results will not be effective. Effectiveness is generally categorized by measures of satisfaction, compliance rates, mediator effectiveness, and client learning. These criteria, however, do not provide a complete measure of success. Although client satisfaction is intuitively an important attribute of a successful process, it may be overrated. Satisfaction may be unrelated to the actual outcome or not based on a realistic appraisal of alternative solutions. Satisfaction may reflect avoidance of a less preferable alternative or distrust of the legal system. Moreover, "satis-



faction” as a category in interviews and surveys is often undefined.

Settlement rates are used as a criterion of success on the assumption that settlement is beneficial and programs with higher rates are better. This, however, may not be the case. Attaining an agreement may not represent a solution to the problem because conflict and dissatisfaction may continue. Supporters of mediation promise low cost and efficiency, but, although desirable, these attributes are not inherently fair. Attempts to save money and time may rush the process and value settlement at the expense of thoroughness. There is little data on long-term compliance or noncompliance and the factors influencing both...

Evidence indicates that when compared to litigation, mediation may be superior in areas of compliance, cost, efficiency, and agreement stability. Mediation advocates assume that better communication and emotional catharsis will relieve stress and improve the attitudes of parties. However, access to justice, improvement in relationships, and psychological effects are unsubstantiated and need to be more fully investigated.<sup>34</sup>

In 1999, the judge in charge of court-connected ADR programs for California (Justice Wayne D. Brazil) had to admit that most ADR design decisions were made in the absence of reliable data:

We also must emphasize the role that “guessing” plays in our thinking about these matters. There is little or no empirical foundation for most of what I

have written. Until rigorous research lays a sound foundation for policy decisions in this arena, it is especially important that we remain open and flexible – committed to learning as we go and to making changes in our systems as we learn.<sup>35</sup>

Around the same time, Bryant G. Garth, the Director of the American Bar Foundation wrote:

...we have relatively little reliable data over time on the civil justice system on such matters as the cost of civil justice, alternative dispute resolution, or even relative increases or decreases in particular kinds of cases in the ... courts.<sup>36</sup>

As empirical research increases in importance in debates about the civil justice system, it is doubly important to find ways of generating reliable information.<sup>37</sup>

In 2002, following a national conference on ADR, Justice Brazil suggested that reliable data was still hard to come by:

The two things that are clear are that we need to continue and to sophisticate our efforts to generate reliable empirical assessments and that we need to remain acutely aware of the danger of generalizing from the study of one program to others.<sup>38</sup>

One of the problems with past research has been that much data is collected through surveys. One of the difficulties inherent in such an approach (even where survey questions are well-designed) is low response rates.<sup>39</sup> For example, one study of ADR techniques employed in specialized business courts in the U.S. was based upon

only twenty-eight completed surveys of the one hundred that were sent to judges who had participated in meetings of a select professional organization.<sup>40</sup> Another study of community mediation in Kentucky relied upon survey data collected from participants in only sixty-six case files.<sup>41</sup>

Another problem is lack of a control group. The best way to compare two procedures and to hold everything else constant is to conduct a randomized experiment, assigning one set of cases to one procedure and another set with the same characteristics to another procedure.<sup>42</sup> Rarely has this been done. Lack of random assignment may lead to “selection bias”:

In general, randomized experiments in civil justice are quite rare, and one reason is that there is always the temptation to “cheat” by assigning cases “appropriate” to the experimental track. If the sponsors of the experimental program believe that one approach is better, it is difficult to refrain from using it just because a group of social scientists says so. The result is a very serious selection bias distortion.<sup>43</sup>

In order to gather useful and reliable data, proper research methodology needs to be applied. This requires the involvement of social scientists who “must get beyond the narrow concerns that tend to motivate lawyers and social science that is ruled by lawyers”<sup>44</sup> and who will engage in the type of high-quality research that is required in order to make rational public policy decisions with respect to the justice system. Furthermore, I suggest this research should not be conducted by those who have a stake in the program as they likely lack both the training and the objectivity required to conduct proper research. Finally, this research should be ongoing and not merely one “snapshot” of how an ADR program is doing at one isolated point in time; circumstances are constantly changing and it is important to ascertain whether an ADR program is continuing to meet the needs of its stakeholders and whether changes to the program that have been made as a result of past research are having the desired effects.

## « La norme idéale pour les disputes Canadiennes »



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

### Fixation de la norme

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

Pour recevoir des copies des règles pour la distribution aux étudiants ou aux autres appeler Mena à 416-487-4733 ou 1-877-475-4353  
[mena@adrcanada.ca](mailto:mena@adrcanada.ca) [www.adrcanada.ca](http://www.adrcanada.ca)

## Conclusion

How does one evaluate ADR? Ultimately, I believe that there must be a type of cost-benefit analysis. The benefits of any given type of dispute resolution, whatever it calls itself, must be assessed by determining whether, and to what extent, that process achieves the objectives for which it was implemented. Then, those benefits must be weighed against the costs inherent in that process, some of which may be hidden and non-monetary in nature.

Based upon my own experience and the literature I have reviewed (most of which, for better or worse, comes from the U.S.), I have come to the following conclusions:

1. Clearly defined objectives are a prerequisite to any evaluation of an ADR process or program;
2. Research should be conducted to evaluate the extent to which a dispute resolution program is achieving the stated objectives of that program and to ascertain the costs associated therewith;
3. Such evaluation needs to be done on a regular and on-going basis as condi-

tions are constantly changing;

4. The research should be done by social science professionals who do not have a stake in the outcome, using accepted methodologies including random sampling of sufficiently large numbers, control groups and, where possible, longitudinal studies over time;
5. The results of such studies should be made public and should be used to assist in program modification in an on-going attempt to better meet stated objectives; and
6. Care should be taken not to assume that the results obtained from any one study can be generalized.

Is ADR the panacea it is advertised to be? Is one style of ADR or one ADR program more effective or appropriate than another? Can a particular program be improved? The truth is that we do not have the answers to fundamental questions such as these; in most cases, there is simply too little reliable data. Despite the popularity of ADR in North America, or perhaps because of it, little time, energy or resources

have been devoted to actual *evaluation* of ADR. Objectives for ADR programs are often poorly defined and rarely are efforts made to scientifically measure the extent to which those objectives are achieved or to measure the costs associated with such programs. Even when an attempt is made to do some rigorous evaluation of an ADR program, it is usually an isolated effort rather than a regular, on-going attempt to monitor and improve that program.<sup>45</sup> Lack of good research in this area means that important policy decisions are being made in a virtual vacuum, possibly resulting in harm to participants in ADR programs, to the justice system and to ADR itself. At the very least, lack of evaluation of ADR programs has resulted in missed opportunities to both justify and to improve these programs. ♣

*Richard A. Feldman, B.Ed., LL.B., B.A. is a lawyer, educator, author and adjudicator with over 20 years of experience in litigation and dispute resolution. In June 2013, Richard will be receiving his LL.M. in Civil Litigation and Dispute Resolution. Any opinions expressed herein are those of the author and do not necessarily reflect those of the Government of Ontario.*

1 Ann C. Hodges, "Dispute Resolution under the Americans with Disabilities Act: A Report to the Administrative Conference of the United States" (Winter, 1996) 9 Admin. L.J. Am. U. 1007 at 1091.

2 Lynn A. Kerbeshian, "ADR: To Be Or...?" (1994) 70 N. Dak. L. Rev. 381 at 384.

3 "Clear goals are the key to success in any endeavour... Goals are the destination point on the 'map' of any undertaking. Without a clear destination in mind, it is impossible to recognize and avoid missteps and wrong turns. Clear goals pull people and organizations strongly in the right direction, encouraging behaviour that is goal-congruent and discouraging decisions that lead away from goal attainment." – Patricia L. Franz, "Habits of a Highly Effective Transformative Mediation Program" (1998) 13 Ohio St. J. on Disp. Resol. 1039 at 1054.

4 Wayne D. Brazil, "Court ADR 25 Years After Pound: Have We Found a Better Way?" (2002) 18 Ohio St. J. on Disp. Resol. 93 at 104.

5 Benjamin F. Tennille, Lee Appelbaum and Anne Tucker Nees, "Getting to Yes in Specialized Courts: The Unique Role of ADR in Business Court Cases" (2010) 11 Pepp. Disp. Resol. L.J. 35 at 59-60.

6 Typically, 75% or more of mediation participants report being satisfied even when an agreement is not reached. Also, numerous investigations have replicated the findings of greater client satisfaction in mediation compared to litigation. See Lynn A. Kerbeshian, "ADR: To Be Or...?" (1994) 70 N. Dak. L. Rev. 381 at 385.

7 Lynn A. Kerbeshian, "ADR: To Be Or...?" (1994) 70 N. Dak. L. Rev. 381 at 385.

8 One study showed that outcomes (and satisfaction with the process) varied substantially depending on whether a complainant had legal representation at mediation (often determined by the socio-economic status of the person): E. Patrick McDermott and Ruth Obar, "'What's Going On' in Mediation: An Empirical Analysis of the Influence of a Mediator's Style on Party Satisfaction and Monetary Benefit," (Spring, 2004) 9 Harv. Negotiation L. Rev. 75. This study also found that, all things being equal, a claimant might be satisfied with (i.e., settle for) a substantially smaller amount where the mediator utilized a facilitative rather than an evaluative approach. Of course, with most such studies done to date, the sample is relatively small and the methodology is open to attack so conclusions are stated as being tentative (at p. 108): "Our research on these issues is far from conclusive." For some interesting discussions on the importance of considering culture in the design of ADR programs, see: Jiaqi Liang, "The Enforcement of Mediation Settlement Agreements in China" (2008) 19 Am. Rev. Int'l Arb. 489; Gary Soo, Yun Zhao & Dennis Cai, "Better Ways of Resolving Disputes in Hong Kong – Some Insights from the Lehman-Brothers Related Investment Product Dispute Mediation and Arbitration Scheme" (Spring, 2010) 9 J. Int'l Bus. & L. 137; and Gil Marvel P. Tabucanon, James A Wall, Jr. and Wan Yan, "Philippine Community Mediation, Katarungang Pambarangay" (2008) 2 J. Disp. Resol. 501.

9 Lynn A. Kerbeshian, "ADR: To Be Or...?" (1994) 70 N. Dak. L. Rev. 381 at 391.

10 Lynn A. Kerbeshian, "ADR: To Be Or...?" (1994) 70 N. Dak. L. Rev. 381 at 391.

11 See, for example: Martin Teplitsky, "Excessive cost and delay: Is there a solution?" (Autumn 2000) 19 Advocates' Soc. J. No. 2, 5-19.

12 Lynn A. Kerbeshian, "ADR: To Be Or...?" (1994) 70 N. Dak. L. Rev. 381 at 391-2.

13 See: Martin Teplitsky, "Excessive cost and delay: Is there a solution?" (Autumn 2000) 19 Advocates' Soc. J. No. 2, 5-19. Also see Dorothy J. Della Noce, Joseph P. Folger & James R. Antes, "Assimilative, Autonomous, or Synergistic Visions: How Mediation Programs in Florida Address the Dilemma of Court Connection" (2002) 3 Pepp. Disp. Resol. L.J. 11 at 31: "...unless mediators and mediation programs can articulate (and verify with data) a value they bring to the citizens of the state beyond case management efficiency, they will remain in the position of having little legitimate claim on resources... If mediation is valued only for its case management efficiency, and empirical studies do not support the efficiency claims made on behalf of mediation, there will be little compelling reason to continue a mediation program built on these goals alone."

14 Jonathan M. Hyman and Lela P. Love, "If Portia Were a Mediator: An Inquiry into Justice in Mediation" (Fall, 2002) 9 Clinical L. Rev. 157 at 192-193.

15 Amy S. Wei, "Can Mediation Be the Answer to Taxpayers' Woes?: An Examination of the Internal Revenue Service's Mediation Program" (2000) 15 Ohio St. J. on Disp. Resol. 549 at 549.

16 Josefina M. Rendon and Judy K. Dougherty, "'Going Postal': A New Definition and Model for Employment ADR" (January/February 2000) 37 Houston Lawyer 22 at 22.

17 Josefina M. Rendon and Judy K. Dougherty, "'Going Postal': A New Definition and Model for Employment ADR" (January/February 2000) 37 Houston Lawyer 22 at 22.

18 Lisa Blomgren Bingham, Cynthia J. Hallberlin, Denise A. Walker, and Won-Tae Chung, "Dispute System Design and Justice in Employment Dispute Resolution: Mediation at the Workplace," (Winter 2009) 14 Harv. Negotiation L. Rev. 1 at 24-25.

19 Lisa Blomgren Bingham, Cynthia J. Hallberlin, Denise A. Walker, and Won-Tae Chung, "Dispute System Design and Justice in Employment Dispute Resolution: Mediation at the Workplace," (Winter 2009) 14 Harv. Negotiation L. Rev. 1 at 45-48. See also, Josefina M. Rendon and Judy K. Dougherty, "'Going Postal': A New Definition and Model for Employment ADR" (January/February 2000) 37 Houston Lawyer 22.

20 John C. Kleefeld, "Thinking Like a Human: British Columbia's Apology Act" (2007) Nevada Law Journal, Vol. 10, Iss. 2, pp. 769-808.

21 See Solangel Maldonado, "Cultivating Forgiveness: Reducing Hostility and Conflict After Divorce" (Summer, 2008) 43 Wake Forest L. Rev. 441.

22 Lynn A. Kerbeshian, "ADR: To Be Or...?" (1994) 70 N. Dak. L. Rev. 381 at 395-6.

23 Recidivism is less likely for juveniles in mediated criminal justice programs. Also, offenders who negotiated restitution plans were more likely to fulfill their obligations than offenders who were ordered to pay. See: Lynn A. Kerbeshian, "ADR: To Be Or...?" (1994) 70 N. Dak. L. Rev. 381 at 396. Also see: Jennifer L. Kerrigan, "'It's Not World Peace, But ...' Restorative Justice: Analysis of Recidivism Rates in Campbell Law School's Juvenile Justice Project" (2008) 30 Campbell L. Rev. 339.



- 24 Martin Teplitsky, "Excessive cost and delay: Is there a solution?" (Autumn 2000) 19 Advocates' Soc. J. No. 2, 5-19.
- 25 Kirk W. Schuler, "ADR's Biggest Compromise" (Spring, 2006) 54 Drake L. Rev. 751 at 789.
- 26 Wayne D. Brazil, "Comparing Structures for the Delivery of ADR Services by Courts: Critical Values and Concerns" (1999) 14 Ohio St. J. on Disp. Resol. 715 at 738.
- 27 See: Matthew Taylor, Patrick Field, Lawrence Susskind and William Tilleman, "Using Mediation in Canadian Environmental Tribunals: Opportunities and Best Practices" (Fall, 1999) 22 Dalhousie L.J. 51.
- 28 See: Phyllis E. Bernard, "Minorities, Mediation and Method: The View from One Court-Connected Mediation Program" (January 2008), 35 Fordham Urb. L.J. 1. A relatively recent study explored the role of race in mediation of small claims court cases in Oklahoma and concluded that lack of knowledge (i.e., socio-economic status) was a far more important factor in the parties' perceived fairness of the process than was race. This study, however, was based upon voluntary self-reporting of a limited sampling of cases involving minorities (about 125 cases) and the author makes no claim to statistical validity.
- 29 See, for example: Elaine Smith, "Danger – Inequality of Resources Present: Can the Environmental Mediation Process Provide an Effective Answer?" (1996) 1996 J. Disp. Resol. 379.
- 30 "In the end, coercive and unequal social conditions, rather than the free exercise of individual will, explain why wives routinely enter unfair divorce settlements." Penelope Eileen Bryan, "Women's Freedom to Contract at Divorce: A Mask for Contextual Coercion" (Fall, 1999) 47 Buffalo L. Rev. 1153 at 1169-1170.
- 31 See: Susan Landrum, "The Ongoing Debate about Mediation in the Context of Domestic Violence: A call for Empirical Studies of Mediation Effectiveness" (Spring, 2011) 12 Cardozo J. Conflict Resol. 425; and Robin H. Ballard, Amy Holtzworth-Munroe, Amy G. Applegate, and Brian D'Onofrio, "Factors Affecting the Outcome of Divorce and Paternity Mediations" (January, 2011) 49 Fam. Ct. Rev. 16.
- 32 See Ellen Waldman, "Substituting Needs for Rights in Mediation: Therapeutic or Disabling" (December, 1999) 5 Psych. Pub. Pol. and L. 1103 in which Waldman describes the Metrocourt study that examined mediation in small claims court cases in Albuquerque, New Mexico from 1990 to 1991. That study found that minorities obtained worse outcomes (in terms of the amount of the settlement) than did their White counterparts but tended to be more satisfied with the results.
- 33 Robert A. Baruch Bush, "Staying in Orbit, or Breaking Free: The Relationship of Mediation to the Courts Over Four Decades" (2008) 84 N. Dak. L. Rev. 705. Also see Patricia Hughes, "Mandatory Mediation: Opportunity or Subversion?" (2001) 19 Windsor Y.B. Access Just. 161.
- 34 Lynn A. Kerbeshian, "ADR: To Be Or...?" (1994) 70 N. Dak. L. Rev. 381.
- 35 Wayne D. Brazil, "Comparing Structures for the Delivery of ADR Services by Courts: Critical Values and Concerns" (1999) 14 Ohio St. J. on Disp. Resol. 715 at 807.
- 36 Bryant G. Garth, "Observations on an Uncomfortable Relationship: Civil procedure and Empirical Research" (Fall, 1997) 49 Alta. L. Rev. 103 at 116.
- 37 Bryant G. Garth, "Observations on an Uncomfortable Relationship: Civil procedure and Empirical Research" (Fall, 1997) 49 Alta. L. Rev. 103 at 117.
- 38 Wayne D. Brazil, "Court ADR 25 Years After Pound: Have We Found a Better Way?" (2002) 18 Ohio St. J. on Disp. Resol. 93 at 99-100.
- 39 "...large scale surveys of litigants are doomed to failure for a number of reasons... Low response rates are therefore inevitable, meaning that nothing can be done statistically with any reliability with the responses that are available. Surveys of lawyers and judges are also possible ... [but] lawyers and judges tend to be comfortable with whatever the procedure happens to be." – Bryant G. Garth, "Observations on an Uncomfortable Relationship: Civil procedure and Empirical Research" (Fall, 1997) 49 Alta. L. Rev. 103.
- 40 Benjamin F. Tennille, Lee Appelbaum and Anne Tucker Nees, "Getting to Yes in Specialized Courts: The Unique Role of ADR in Business Court Cases" (2010) 11 Pepp. Disp. Resol. L.J. 35 at 98.
- 41 Thomas J. Stipanowich, "The Quiet Revolution Comes to Kentucky: A Case Study in Community Mediation" (1993) 81 Ky. L.J. 855.
- 42 Bryant G. Garth, "Observations on an Uncomfortable Relationship: Civil procedure and Empirical Research" (Fall, 1997) 49 Alta. L. Rev. 103 at 108.
- 43 Bryant G. Garth, "Observations on an Uncomfortable Relationship: Civil procedure and Empirical Research" (Fall, 1997) 49 Alta. L. Rev. 103 at 109.
- 44 Bryant G. Garth, "Observations on an Uncomfortable Relationship: Civil procedure and Empirical Research" (Fall, 1997) 49 Alta. L. Rev. 103 at 130.
- 45 See, for example, the evaluation by Leslie Macleod of the ADR program at the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board : "Assessing Efficiency, Effectiveness and Quality" March 2002, available at: <http://www.irb-cisr.gc.ca/eng/tribunal/iadsai/adrmar/Pages/sum.aspx> .

# Évaluation du règlement extrajudiciaire des différends

Richard A. Feldman, B.Ed., LL.B., B.A.

## Introduction

Le règlement extrajudiciaire des différends (« RED ») est un terme générique utilisé pour décrire une myriade de méthodes rationnelles de résolution de conflits. Ces diverses pratiques sont considérées comme une alternative à la résolution d'un conflit par décision d'un juge, à la suite d'un procès. Dans le présent document, j'utilise le terme RED dans son sens le plus large afin d'y inclure la médiation et les autres modes de règlement des différends offerts ou ordonnés par le gouvernement en remplacement d'un jugement rendu après une audience.

Évidemment, le fait de savoir quel type de RED est le « meilleur » en général ou pour résoudre des cas particuliers a suscité des débats. Au sein d'une même discipline, il peut y avoir plusieurs approches fondées sur différentes philosophies et sur des techniques presque illimitées pour tenter de régler ces différends. La souplesse est l'un des principaux points forts du RED puisqu'il permet aux parties, au moins en théorie, d'élaborer un processus mieux adapté à leur conflit particulier.

Toutefois, le manque d'uniformité pose également certaines difficultés. Par exemple, les débats relatifs au « meilleur » type de médiation ainsi qu'aux processus que l'on devrait pouvoir qualifier de « médiation » continuent de faire rage au sein de la communauté de la médiation. L'un des exemples concerne les processus de règlement liés aux cours et aux tribunaux. Selon mon expérience, tout comme les cours, les tribunaux administratifs préfèrent en général, les types de RED où s'exerce une pression importante, sont limités dans le temps, servent d'outils d'évaluation et sont axés sur les résultats. Cela s'explique par de nombreuses raisons dont l'analyse dépasse la portée du présent document. Alors que ces processus sont souvent appelés « médiation », certains pourraient arguer qu'ils ne méritent pas ce qualificatif. Selon moi cependant, argumenter à propos de définitions apporte peu à l'intérêt public. Il est beaucoup plus significatif de discuter de la valeur des différentes formes de règlement des différends que de se lancer dans un débat sur l'appellation de tel ou tel processus.

Le RED s'est beaucoup développé au cours des 20 dernières années. D'énormes ressources financières et autres y sont consacrées, car on *suppose* que les résultats sont meilleurs que ceux obtenus au moyen d'un règlement de différends devant un tribunal. Les professionnels du RED relataient facilement des récits anecdotiques de situations difficiles ayant connu un dénouement heureux par l'entremise d'un type de RED. Chose surprenante cependant, en Amérique du Nord du moins, très peu d'analyses scientifiques rigoureuses portent sur les programmes de RED (c.-à-d. qu'il ne semble pas y avoir d'éléments probants empiriques étayant les dires des partisans du RED).

Comment peut-on évaluer le RED? Une méthode de RED est-elle meilleure (ou plus appropriée) qu'une autre? Sur quels critères se fonde-t-on? Cela dépend-il du contexte (la nature des problèmes donnant lieu au différend, les caractéristiques socioéconomiques des parties, la présence ou l'absence de représentant légal, etc.)? Comment définir et mesurer la « réussite »?

Enfin, je crois qu'il faut procéder à une analyse coûts-avantages. Les bénéfices de n'importe quel type de règlement des différends, quel que soit le nom qu'on lui donne, doivent être évalués en déterminant si, et dans quelle mesure, ce processus atteint les objectifs pour lesquels il a été mis sur pied. Ensuite, ceux-ci doivent être comparés aux coûts du processus dont certains peuvent être cachés et non monétaires.

L'accent du présent article sera mis sur les programmes de RED offerts ou ordonnés par le gouvernement. J'estime que lorsque tel est le cas, ce dernier s'engage à faire en sorte que le programme soit à la fois juste et efficace. Selon moi, cette obligation est d'autant plus grande lorsque le gouvernement force les parties à prendre part au processus, comme dans le cas d'une médiation obligatoire.

Ainsi, le document examinera certains avantages et coûts habituellement liés au RED (en particulier, le RED relevant des cours et tribunaux administratifs), de même que la nécessité de mieux évaluer les programmes de RED à l'avenir. Je terminerai par quelques conclusions préliminaires tirées de ma propre expérience et des documents analysés.

## Évaluation du RED

La clé d'un programme [de RED] réussi consiste en une surveillance, une évaluation et une révision constantes en vue d'atteindre les objectifs fixés.<sup>1</sup>

Alors que l'évaluation d'un programme de RED peut être essentielle à sa réussite, tous s'accordent pour dire qu'elle est souvent très difficile à effectuer. Bon nombre d'obstacles fréquemment rencontrés dans les recherches en sciences sociales surgissent lorsqu'on tente d'évaluer, de mesurer et de prédire les effets du RED :

...les [études] plus poussées utilisent un groupe de contrôle, mais il est difficile d'identifier les critères et de choisir les sujets de façon aléatoire. Il est ardu de déterminer des instruments fiables et valides permettant de définir et de mesurer les objectifs des programmes et les modifications des comportements, des attitudes et des valeurs qui s'ensuivent chez les sujets. Des méthodes qualitatives telles que des études de cas et des auto-évaluations, offrent une perspective, mais sont difficilement généralisables...

L'intérêt de l'évaluation est de fournir des renseignements utiles aux décideurs et aux consommateurs. Pour mesurer la réussite, les évaluateurs doivent pouvoir décrire les résultats attendus et poser des questions qui permettront d'obtenir les informations correspondantes. Cet exercice restera difficile tant que le concept du RED demeurera amorphe et ambigu. Jusqu'à ce que l'on définisse clairement l'objet de la mesure et que l'on choisisse les bonnes questions, les données seront faussées, non pertinentes et peu révélatrices.<sup>2</sup>

### (a) Mesure des avantages d'un programme de RED

L'évaluation d'un programme de RED requiert une analyse coûts-avantages. Le point de départ de l'évaluation du degré de « réussite » de tout programme de RED est une analyse de la mesure dans laquelle le programme atteint les résultats attendus. Cela presuppose qu'il existe des objectifs identifiables pour chaque programme de RED.<sup>3</sup> De tels objectifs sont souvent explicites, mais doivent parfois être déduits des motifs avancés par le gouvernement (ou ses fonctionnaires) pour la mise en œuvre et le maintien du programme de RED en question. Le choix des objectifs

est politique – c'est-à-dire qu'il nécessite que les décideurs se prononcent sur les résultats auxquels il faudrait accorder le plus de valeur. Compte tenu de la nature politique de cette fonction, il est également possible que le gouvernement soit réticent à dévoiler un objectif qui pourrait être imprévisible (par exemple, tenter de donner l'impression que les cours sont plus efficaces en détournant certains types de dossiers de celles-ci ou des listes de procès pour les diriger vers diverses formes de RED, que ces programmes soient efficaces ou non). L'incapacité à énoncer clairement les « véritables » objectifs d'un programme de RED rend l'évaluation difficile, voire impossible. Il faut également admettre que certains types d'objectifs sont vraisemblablement plus difficiles à évaluer que d'autres.

Évidemment, il est important de garder à l'esprit que les programmes de RED ne visent pas uniquement (ou pas nécessairement) à atteindre un règlement. Même lorsqu'un RED n'aboutit pas immédiatement à un règlement, il peut aider entre autres, à faire progresser les parties vers un accord, clarifier ou atténuer les problèmes, encourager les parties à être plus现实istes concernant leurs positions respectives, donner à une ou plusieurs des parties l'occasion de raconter « son histoire », offrir une évaluation neutre du dossier, permettre aux clients de s'impliquer davantage dans le règlement de leur différend, améliorer la communication entre les parties et les représentants juridiques.<sup>4</sup> Le RED peut également aider à préserver la relation des parties, à tenir compte des problèmes sous-jacents à l'origine du différend afin d'éviter que cela se reproduise, à offrir aux parties davantage de contrôle sur la détermination du règlement d'un différend et avoir un effet cathartique ou thérapeutique.<sup>5</sup>



Parmi les mesures de la réussite couramment utilisées figurent entre autres : (1) la satisfaction du client, (2) le taux de règlement, (3) l'efficacité, (4) les économies réalisées, (5) l'équité ou la justice du résultat, (6) les répercussions sur le fonctionnement psychologique et (7) le respect des décisions. Voici une description succincte de chaque critère ainsi qu'une mise en relief des inconvénients de chacun d'eux.

## Satisfaction des clients

La satisfaction des clients est l'un des critères permettant de mesurer la réussite des programmes de RED. Par exemple, les études de satisfaction des clients réalisées après une médiation démontrent habituellement un niveau de satisfaction relativement élevé.<sup>6</sup> Celle-ci tient souvent à la perception du client concernant son contrôle sur le processus, la confidentialité, la possibilité d'exprimer ses opinions, ainsi que son sentiment d'équité.<sup>7</sup>

Toutefois, il faut être prudent en utilisant la satisfaction des clients en tant que seul (ou principal) critère de réussite. D'abord, il est important de reconnaître que la satisfaction des conseillers juridiques peut différer de celles des clients. Ensuite, il faut admettre que la satisfaction obtenue à l'aide d'une méthode particulière de règlement des différends peut varier en fonction de variables socioéconomiques telles que le genre, l'éducation, le revenu, la race et la culture.<sup>8</sup> Enfin, la satisfaction des clients peut ne pas suffire à justifier la mise en œuvre d'un programme de RED. Par exemple, si un programme de RED est prisé par les participants, mais qu'il coûte extrêmement cher et aboutit rarement à un accord, le gouvernement peut ne pas le considérer comme une « réussite ».

## Taux de règlement

On utilise souvent les taux de règlement pour mesurer la réussite. Ils sont appréciés parce que, à la différence d'auto-évaluations normatives de la satisfaction, ils sont objectifs, faciles à quantifier, à comparer (d'une année à l'autre ou d'un programme à un autre) et à comprendre. Plusieurs programmes de RED offerts par des cours et des tribunaux quasi judiciaires utilisent les taux de règlement pour établir leur « réussite ».

Cependant, quelques problèmes se posent lorsqu'on se sert de ce critère. Les taux de règlement déclarés peuvent être imprécis, c'est-à-dire être gonflés ou, à l'inverse, sous-estimer le véritable taux de réussite du processus de RED.<sup>9</sup> Par exemple, les taux de règlement ne tiendraient pas compte habituellement des règlements obtenus ultérieurement à une médiation, mais en grande partie en raison de celle-ci.<sup>10</sup> Ces taux ne nous apprennent rien à propos des aspects suivants : l'équité réelle ou la justesse du règlement obtenu grâce au RED, la satisfaction des parties à l'égard du règlement et du processus ayant permis de l'obtenir, le respect par les parties des termes de leur entente, l'atteinte d'un taux de règlement significativement plus élevé qu'il ne l'aurait été sans l'aide du RED, et l'existence d'un règlement plus rapide et moins onéreux de cette façon que par l'entremise d'un procès.<sup>11</sup>

## Efficacité et économies

L'« efficacité » fait référence au temps nécessaire pour régler le différend, c'est-à-dire à l'aboutissement plus rapide à un règlement par le processus de RED que par un autre processus. Une mesure connexe de rendement est celle de détourner des cours certains dossiers, ce qui réduit leurs arriérés de travail.<sup>12</sup>

Les économies peuvent être examinées à l'aide d'au moins deux perspectives. D'abord, elles pourraient être mesurées le cas échéant, pour le gouvernement, en vérifiant si le recours à un RED et le fait de détourner certains dossiers des cours vers ce processus permettent de réaliser des économies. Ensuite, elles pourraient être évaluées pour les parties, en déterminant si le recours à un RED leur permet de réaliser des économies (en frais juridiques, par exemple) par rapport à un dossier similaire traité normalement par un tribunal (sans RED).

Toutefois, certains remettent en question le fait que le RED fasse gagner du temps ou réaliser des économies, étant donné que l'on obtient un règlement dans la vaste majorité des poursuites (près de 95 % selon certaines estimations) sans aide du RED et que peu d'éléments probants empiriques suggèrent que

le RED a une incidence majeure permettant de tels gains ou économies.<sup>13</sup>

## Équité et justesse du résultat

La justice a plusieurs facettes. En matière de procédure, elle implique des notions d'accès et de traitement équitables, d'impartialité de l'arbitre, d'occasion pour chaque partie de s'exprimer, de rentabilité, de rapidité d'exécution. Elle suppose également la possibilité d'empêcher la partie la plus forte de prendre indûment le dessus sur celle qui dispose de moins de ressources (connaissance, pouvoir, etc.). Sur le fond (ou en matière de résultat), la justice comporte aussi plusieurs facettes, et il peut y avoir un écart entre les perceptions des parties elles-mêmes et les conceptions de justice de la société.<sup>14</sup>

D'une part, il peut sembler quelque peu paternaliste de se contenter d'ignorer ce que ressentent les parties concernant le résultat du RED et de tenter de se lancer dans une évaluation « objective » de l'équité du règlement en comparant ce que chacun donne et reçoit selon les termes du règlement, au résultat qui aurait été obtenu par l'entremise d'un arbitrage, c'est-à-dire en fondant l'analyse sur les droits. D'autre part, essayer d'évaluer la perception de l'équité du résultat aux yeux des parties pose plusieurs des difficultés potentielles que l'on rencontre pour mesurer la satisfaction des clients. Les personnes modestes, sans instruction, non représentées ou abusées, ainsi que les membres des groupes traditionnellement exploités peuvent avoir tendance à entretenir des attentes très faibles. Par conséquent, elles pourraient être convaincues que le résultat est équitable même lorsqu'une évaluation objective de l'entente suggèrerait que cette partie s'en serait tirée à meilleur compte si le différend avait fait l'objet d'un arbitrage. Ainsi, certains prétendent que la « réussite » des programmes de RED devrait être mesurée, au moins en partie, en tenant compte de l'équité globale du processus et des résultats obtenus.

## Répercussions sur le fonctionnement psychologique

Ce critère vise à illustrer les répercussions à long terme d'un processus de RED, d'une part sur la communication et la relation

entre les participants une fois ce processus achevé et d'autre part, sur le bien-être et le fonctionnement psychologiques des participants et de leurs proches (telle que l'incidence psychologique sur les enfants de parents qui ont entamé une médiation pour régler des différends liés à un divorce et au droit de garde par rapport à ceux qui ne l'ont pas fait). Ce critère peut également faire référence à la capacité du RED d'aider les parties à changer l'opinion qu'elles ont l'une de l'autre. Par exemple aux États-Unis, l'Internal Revenue Service (IRS) espérait que l'introduction de la médiation « améliorerait l'opinion des contribuables concernant le système de collecte des impôts, les rendant ainsi plus enclins à les payer. »<sup>15</sup>

Les partisans de la médiation transformative sont d'avis que ce type de processus de RED peut avoir une incidence positive sur les futurs schémas de communication des participants, aider les parties à développer des stratégies plus saines et plus efficaces de gestion des conflits et enfin, améliorer la société. En médiation transformative, le règlement n'est pas un objectif. On définit plutôt celui-ci en termes de reprise de pouvoir et de reconnaissance (qui, s'il est atteint, conduit parfois à un règlement du différend en cours). Ainsi, la médiation transformative vise des objectifs louables. Mais comment mesurer de tels résultats?

La plus vaste initiative de médiation transformative et l'étude de ce sujet visaient le service postal américain, le USPS. Ce dernier qui compte environ 900 000 employés, était l'un des plus importants employeurs du gouvernement fédéral.<sup>16</sup> Dans les années 1990, le USPS a connu une augmentation alarmante des plaintes liées à l'égalité des chances. Au même moment, une tension croissante s'installait entre la direction et les employés, et le USPS était de plus en plus perçu comme un milieu de travail hostile et potentiellement dangereux par le public (bien que les statistiques suggèrent qu'il n'y avait en réalité, pas plus de risques de violence dans ce milieu de travail).<sup>17</sup> On estimait que le modèle de médiation transformative pourrait être le plus approprié pour résoudre les différends tou-

jours plus nombreux, compte tenu que ce type de RED offrait aux parties un contrôle maximum sur le processus, en plus d'être non seulement potentiellement capable de régler les différends mais aussi d'améliorer la relation entre les employés et la direction. Le programme REDRESS a fait en sorte que plus de 1 000 différends chaque mois ont été traités par la médiation dans plus de 980 villes différentes. Il a fait l'objet d'un suivi et d'une évaluation pendant plus de 12 ans, à compter du lancement du projet pilote en 1994, en passant par sa mise en œuvre à l'échelle nationale en 1998, et jusqu'en 2006.

L'unique objectif de ce programme – améliorer le climat de travail – a posé une question de taille : comment mesurer la réussite? La plupart des programmes de médiation professionnelle évaluent habituellement la réussite en s'appuyant sur les taux de règlement, mais cela n'était pas l'objectif moteur de ce programme. Le USPS se devait d'identifier des indicateurs de réussite plus révélateurs que le taux de règlement. Le USPS a choisi de recueillir des données à partir de diverses sources en utilisant une combinaison de mesures : la justice en matière de procédure [c.-à-d., la satisfaction par rapport au processus], la justice distributive [c.-à-d., la satisfaction par rapport au résultat], la justice interactionnelle, les taux de fermeture de dossiers, les taux de dépôt de plaintes et les taux de transfert de plaintes officielles. En outre, le USPS a évalué périodiquement la mise en œuvre du programme afin qu'il demeure cohérent avec le modèle transformatif.<sup>18</sup>

Enfin, le programme REDRESS visait à « améliorer le climat de travail ». Les résultats des études menées en 2000 au moyen d'entrevues avec des employés du USPS choisis de façon aléatoire suggéraient que le programme avait, au moins dans une certaine mesure, atteint son objectif (bien que les gestionnaires tendaient à percevoir une amélioration plus importante que les simples employés).<sup>19</sup>

On pourrait également mesurer la réussite d'un RED en se demandant si ce processus peut se traduire par un *pardon* (qui se

traduit souvent par des excuses acceptées<sup>20</sup>), dont on mesure seulement maintenant toute l'importance. Le pardon est particulièrement significatif si les parties en conflit doivent continuer d'interagir après le règlement du différend, comme dans ceux qui sont liés au droit de la famille et interviennent entre des conjoints où les enfants sont impliqués<sup>21</sup>, et dans les cas où l'objectif est de réintégrer des délinquants dans les communautés où ils pourraient de nouveau être en contact avec les victimes des crimes qu'ils ont commis.

## Conformité

Il est également possible d'évaluer la réussite en vérifiant la mesure dans laquelle les parties acceptent et respectent les conditions d'un règlement obtenu par l'entremise d'un RED. Ce critère devrait être comparé au taux d'observation des ordonnances des tribunaux et aux règlements obtenus par l'entremise d'une négociation directe entre les parties (c.-à-d., sans l'intervention d'un arbitre). Au regard des données disponibles à ce sujet, il semble moins probable par exemple, que les parties remettent en question les conditions d'une entente conclue à la suite d'une médiation plutôt que celles issues d'une négociation directe, et beaucoup plus probable qu'elles respectent les conditions fondées sur une médiation plutôt sur une décision judiciaire.<sup>22</sup> Ce point est particulièrement important en matière de pension alimentaire où les taux d'observation des ordonnances alimentaires rendues à la suite d'un jugement ont parfois été catastrophiques. Cette mesure de la réussite peut également s'avérer centrale dans le domaine des programmes de médiation en matière de justice pénale, particulièrement pour les jeunes contrevenants.<sup>23</sup>

## (b) Mesure des avantages d'un programme de RED

En supposant que l'on puisse recueillir des données fiables concernant la mesure dans laquelle un programme de RED atteint les objectifs qu'il énonce, l'évaluation de sa réussite devrait ensuite faire l'objet d'une analyse des coûts liés à celui-ci.

Les coûts liés à un RED peuvent être financiers, tels que :

- (1) les coûts d'administration et de sur-

- veillance du programme de RED pour le gouvernement;
- (2) les coûts pour les parties en termes de :
    - (a) retard du processus de poursuite (avec des coûts connexes éventuels tels qu'une augmentation des intérêts);
    - (b) coûts des services de RED pour les parties (le cas échéant);
    - (c) coûts de la représentation juridique pendant le processus de RED.

De plus, les coûts peuvent découler d'éléments plus obscurs et plus difficiles à mesurer tels que l'érosion du système de justice et la confiance du public en ce dernier.

Si les coûts liés à un programme de RED excèdent les avantages, les administrateurs devraient sûrement envisager d'apporter les changements nécessaires pour accroître les avantages ou réduire les coûts, ou réexaminer la valeur d'un tel programme.

### Dépenses et retard

Chaque programme de RED entraînera des dépenses pour le gouvernement, et souvent pour les participants. Certains avis critiques se demandent si les avantages du RED (particulièrement pour les programmes obligatoires à grande échelle) valent ce qu'ils coûtent.<sup>24</sup>

Les programmes de médiation obligatoire ne prouveront pas qu'ils sont un moyen rentable de réduire le coût ou les retards occasionnés par les poursuites civiles. Il est plus probable qu'ils augmentent les coûts pour les parties. Un certain nombre de raisons soutiennent cette conclusion.

D'abord, la plupart des cas se règlent sans l'intervention d'un tiers. On dit souvent qu'environ 95 % des poursuites civiles ne parviennent jamais devant les tribunaux. Aucun élément probant ne suggère que ce nombre puisse être amélioré. Parce que les programmes de médiation obligatoire coûteront de l'argent dans tous ces cas qui aboutiraient de toute manière à un règlement, l'unique argument en faveur de la médiation obligatoire est qu'elle réduira le coût global de la procédure en per-

mettant des règlements plus rapides dans un nombre suffisant de cas. Je n'ai connaissance d'aucun élément convaincant appuyant cette conclusion. En réalité, aux États-Unis les preuves démontrent le contraire.

L'étude Rand intitulée « An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation under the Civil Justice Reform Act », tire les conclusions suivantes : les programmes d'évaluation de la médiation et des médiateurs tels qu'ils ont été mis en œuvre dans les six districts ne constituent pas la panacée concernant les problèmes perçus en matière de coûts et de retard, mais ne semblent pas non plus être préjudiciaux. Les personnes qui participent aux programmes les apprécient. Toutefois, il n'existe aucun motif justifiant de recommander une politique forte parce que nous n'avons constaté aucun effet majeur des programmes, positifs ou négatifs. Cette absence de démonstration d'effet important sur le coût et les retards des poursuites coïncide habituellement avec les résultats des recherches empiriques précédentes concernant les RED liés aux tribunaux.

### Érosion du système de justice

Certains problèmes tels que l'érosion du système de justice et la confiance du public en celui-ci, peuvent être plus obscurs et plus difficiles à mesurer que les coûts financiers directs.

Dans une étude intitulée « RED's Biggest Compromise », Kirk W. Schuler avertit que le recours répandu du RED et son acceptation comportent quelques coûts significatifs cachés. Il fait valoir que, à la différence des procès civils qui sont publics par nature, un RED est essentiellement privé. Selon lui, la croissance des RED a causé l'érosion du système de justice aux États-Unis – moins de procès impliquant des jurés civils, absence de jurisprudence et arrêt du développement du droit commun dans les tribunaux inférieurs, perte des compétences nécessaires pour porter les différends devant les tribunaux chez les avocats les plus jeunes, et désengagement et méfiance du public vis-à-vis du système de justice. Évidemment, lorsque le gouver-

## ADR Institute of Canada Annual National Conference

**ADRIC 2013 / ICC Canada 2013**  
**Gold Standard ADR**  
**October 24 & 25, 2013,**  
**Toronto, ON**

#### Premier Sponsor:

- Dentons

#### Diamond Sponsor:

- Borden Ladner Gervais LLP

#### Gold Sponsor:

- Blake, Cassels & Graydon LLP

#### Silver Sponsor:

- Davis LLP

#### Bronze Sponsors:

- Affleck, Greene, McMurtry LLP
- Basman Smith LLP
- Farris Vaughan Wills & Murphy LLP
- JAMS ADR
- MNP LLP
- Norton Rose Fulbright Canada LLP
- Osler, Hoskin & Harcourt LLP
- Smartsettle

#### Champion:

- William G. Horton Professional Corporation

#### Independent Supporters:

- Derer Law
- McCartneyADR Inc.
- Victor P. Leginsky Independent Arbitrator & Mediator

To join our distinguished conference sponsors, contact  
Janet McKay at  
416-487-4733 or  
1-877-475-4353, ext. 105.



**MCINNES  
COOPER**  
LAWYERS | AVOCATS

nement finance un programme de RED, le coût de celui-ci constitue un coût potentiel, c'est-à-dire que l'argent dépensé dans le programme de RED aurait pu être utilisé pour offrir des services judiciaires plus nombreux ou meilleurs (nouveaux tribunaux, davantage de juges, etc.). Schuler conclut de la façon suivante :

Enfin, j'incite à la réflexion. L'accueil chaleureux réservé par les États-Unis au RED et sa progression incessante compromettent les fondations mêmes de notre système judiciaire. On a défendu le RED en tant que solution à l'explosion des procès, le considérant comme la panacée aux coûts, au temps et à la charge émotionnelle liée à une audition. Mais se ranger du côté du RED sans réfléchir est préjudiciable parce que la loi promet davantage qu'un simple règlement de différend. Elle est publique et régie par des principes. Elle permet de débusquer les personnes mal intentionnées, et les révèle au grand jour par l'entremise d'une procédure publique. Le caractère public du procès (ou de l'audition) – avec des citoyens qui participent en qualité de parties et de jurés – rappelle constamment à l'Amérique en quoi consiste la liberté, et sert à protéger notre démocratie. Le RED qui est essentiellement une poursuite privée, ne permet pas de défendre la démocratie et la promesse faite au public par la loi de faire la lumière sur la vérité. C'est le plus important compromis du RED.<sup>25</sup>

Dans la même veine, Wayne D. Brazil, juge et auteur californien a écrit :

Un programme de RED qui offre moins [que des décideurs du plus haut calibre et des services de la plus haute qualité] mine la confiance du public et son respect à l'égard des tribunaux.

... Les tribunaux ont la responsabilité de ce qui constitue probablement la plus importante fonction du gouvernement : le règlement pacifique des différends, ce qui confère ordre et stabilité

aux relations des personnes qui ne le font pas d'elles-mêmes. Les tribunaux ne peuvent remplir cette fonction essentielle à moins que la vaste majorité des gens de notre société accepte sans mot dire les décisions qu'ils rendent. Au fil du temps, dans une démocratie, les gens observeront ces décisions seulement s'ils respectent ces tribunaux en tant qu'institutions et leur font confiance. Nous devons par conséquent, ne rien faire qui mette en péril cette confiance et ce respect. C'est la seule possibilité. Ainsi, lorsque nous élaborons des programmes de RED financés par les tribunaux, notre principale préoccupation devrait être au moins de préserver, et dans la mesure du possible, d'accroître le respect, la confiance et la gratitude des gens à l'égard de notre système de justice.<sup>26</sup>

Un autre domaine potentiellement préoccupant concerne les conflits relatifs à des affaires dans lesquelles le public a des intérêts, comme ceux présentés devant les tribunaux environnementaux, les tribunaux des droits de la personne et les tribunaux dont le mandat est d'intérêt public. Le rôle de ces derniers va au-delà du simple règlement d'un différend entre des personnes privées. Ils sont tenus d'examiner des questions telles que : Qui sont réellement les parties impliquées dans les poursuites? Comment l'intérêt public peut-il être protégé? Comment gérer des problèmes techniques et scientifiques complexes? Les ententes conclues par l'entremise d'un RED sont-elles applicables? De telles ententes doivent-elles être confidentielles, et dans l'affirmative, quelle incidence cela pourrait-il avoir sur la confiance du public à l'endroit de la procédure? De telles ententes peuvent-elles avoir une valeur jurisprudentielle, et dans la négative, quel en est le coût (sur le développement du droit commun, par exemple)?<sup>27</sup>

De même, l'une des préoccupations (un éventuel « coût » supplémentaire du RED) est que les processus de RED peuvent ac-

croître le désavantage des parties déjà vulnérables. L'iniquité entre les parties et le besoïd d'« uniformiser le terrain de jeu » ont longtemps préoccupé les tribunaux et les professionnels du RED. Certains font valoir que les déséquilibres de pouvoirs entre les parties sont exacerbés par des processus tels que la médiation qui ne disposent d'aucune figure d'autorité pour protéger les intérêts de la partie désavantagée (qui, par ignorance,<sup>28</sup> besoins financiers<sup>29</sup> ou émotifs, absence de représentation juridique, ou par peur, pourrait accepter des conditions qui seraient objectivement injustes). Cette préoccupation est souvent soulevée dans le contexte des différends liés à un divorce et au droit de garde,<sup>30</sup> particulièrement lorsqu'il y a des allégations d'abus du conjoint.<sup>31</sup> De plus, certaines études suggèrent que les membres des groupes désavantagés tendent à être plus facilement satisfaits par l'entremise d'un RED en raison d'attentes moins élevées, et qu'ils pourraient en réalité, obtenir un moins bon résultat que s'ils n'avaient pas entamé de processus de RED (c.-à-d., s'ils avaient opté pour une décision judiciaire fondée sur leurs droits).<sup>32</sup> Alors que certaines de ces études suggèrent qu'un déséquilibre des pouvoirs pourrait être exploité ou exacerbé pendant un RED, en raison d'échantillons restreints et d'autres problèmes liés à la méthodologie de recherche, les éléments empiriques *convaincants* restent insaisissables.

## Préjudice pour le RED

Comme indiqué plus haut, la « privatisation » des règlements par l'entremise d'un RED entraîne une potentielle érosion du système de justice et de la confiance du public en celui-ci. Le revers de la médaille est que l'absorption (ou la « capture » selon le terme d'un auteur) des processus de RED par les cours (et les tribunaux), ainsi que l'accent mis par de ces entités sur l'« efficacité » et les taux de règlement : (1) tendent à altérer les philosophies qui ont conduit à la création de ces procédures (c.-à-d., la dignité, l'autodétermination, etc.), surtout lorsque de tels processus sont

NORTON ROSE FULBRIGHT



rendus obligatoires, (2) ne reflètent pas la véritable souplesse, diversité et portée des processus de RED, et (3) portent préjudice à la réputation des RED en général.<sup>33</sup> Ainsi, les programmes de RED mal conçus et mis en œuvre de mauvaise façon peuvent être préjudiciables à la fois pour le système de justice et pour le RED lui-même. De tels coûts, bien que difficiles à mesurer, doivent être pris en compte lorsque l'on évalue la « réussite » d'un programme de RED.

## Nécessité d'améliorer l'évaluation

Il est nécessaire d'améliorer l'évaluation du RED. Il existe peu d'études et celles qui sont complétées offrent souvent des données peu fiables. La forme la plus utilisée et la plus étudiée de RED est la médiation et, même pour celle-ci, les données étaient – et sont toujours – peu fiables (lorsqu'elles sont disponibles) :

La réussite de la médiation est difficile à évaluer étant donné les limites liées à la conception des méthodologies et aux modèles des recherches courantes dans bien des documents publiés. L'utilisation d'échantillons identiques et leur répartition aléatoire sont souvent impossibles ou rarement envisagées. La participation est volontaire et l'auto-évaluation prévaut. Les études longitudinales sont rares et le suivi à long terme inexistant. La plupart des recherches portaient sur les médiations privées plutôt que celles ordonnées par une cour...

Les programmes de médiation ont établi des méthodes de collecte des données d'évaluation, mais celles-ci sont incomplètes et ne sont pas normalisées, ce qui rend la comparaison des résultats inefficace. L'efficacité des programmes est généralement mesurée en tenant compte de la satisfaction, des taux d'observation, de l'efficacité du médiateur et de l'apprentissage du client. Pourtant, ces critères ne permettent pas une mesure exhaustive de la réussite. Bien que la satisfaction des clients soit de façon intuitive, une caractéristique importante d'un processus réussi, elle est peut-être surévaluée. La satisfaction peut ne pas avoir de lien

avec le résultat lui-même ou ne pas s'appuyer sur une évaluation réaliste des solutions de rechange. Elle peut refléter l'évitement d'une autre solution moins enviable ou une certaine méfiance à l'égard du système judiciaire. En outre, la rubrique « satisfaction » des entrevues et des sondages est souvent non définie.

Les taux de règlement sont utilisés comme critère de réussite en supposant que le règlement est avantageux et que les programmes offrant des taux plus élevés sont meilleurs. Toutefois, cela pourrait ne pas être le cas. Parvenir à un règlement peut ne pas constituer une solution au problème parce que le conflit et l'insatisfaction peuvent perdurer. Les partisans de la médiation promettent de faibles coûts et l'efficacité, mais bien que souhaitables, ces caractéristiques ne sont pas synonymes d'équité. Des tentatives d'économie et de gain de temps peuvent accélérer le processus et valoriser le règlement aux dépens de la rigueur. Il existe peu de données sur le respect ou le non-respect à long terme des ententes, et sur les facteurs qui influencent ces deux situations...

Les éléments probants indiquent que lorsqu'on la compare à un procès, la médiation peut s'avérer supérieure pour ce qui est de l'observation des décisions, du coût, de l'efficacité et de la stabilité de l'entente. Ses défenseurs supposent qu'une meilleure communication et une catharsis émotionnelle atténueront le stress et amélioreront l'attitude des parties. Toutefois, l'accès à la justice, l'amélioration des relations et les effets psychologiques ne sont pas étayés et doivent faire l'objet d'études exhaustives.<sup>34</sup>

En 1999, Wayne D. Brazil, le juge chargé des programmes de RED offerts par une cour en Californie, a dû admettre que la plupart des décisions concernant la conception du RED étaient prises en l'absence de données fiables :

Nous devons également mettre l'accent sur l'incidence de la supposition dans notre réflexion sur ces questions. Il existe peu ou pas de fondement empi-

rique à tout ce que j'ai écrit. Jusqu'à ce que des recherches rigoureuses viennent étayer solidement les décisions en matière de politique dans ce domaine, il est particulièrement important de rester ouvert et souple, de s'engager à apprendre au fur et à mesure tout en apportant des modifications à notre système.<sup>35</sup>

À peu près au même moment, Bryant G Garth, le directeur de l'American Bar Foundation écrivait :

...au fil du temps, nous avons recueilli relativement peu de données fiables sur le système de justice civile en ce qui a trait au coût celle-ci, au règlement extrajudiciaire des différends ou même aux augmentations ou diminutions relatives de certains types de cas portés devant... les cours.<sup>36</sup>

L'importance des recherches empiriques prenant davantage de place dans les débats sur le système de justice civile, il est doublement important de trouver des façons de réunir des renseignements fiables.<sup>37</sup>

En 2002, à la suite d'une conférence nationale sur le RED, le juge Brazil a laissé entendre qu'il demeurait encore difficile de recueillir des données fiables :

Les deux éléments irréfutables sont que nous devons d'une part, poursuivre et perfectionner nos efforts visant à effectuer des évaluations empiriques, et d'autre part, toujours garder à l'esprit le danger de généraliser les résultats de l'étude d'un programme aux autres.<sup>38</sup>

L'un des problèmes des recherches effectuées jusqu'à présent est que de nombreuses données sont recueillies par voie de sondages. L'une des difficultés inhérentes à une telle approche (même lorsque les questions des sondages sont bien conçues) est le faible taux de réponse.<sup>39</sup> Par exemple, une étude portant sur les techniques de RED utilisées dans des tribunaux commerciaux aux États-Unis s'appuyait sur seulement 28 questionnaires complétés sur



les 100 envoyés aux juges qui avaient participé aux réunions d'un certain organisme professionnel.<sup>40</sup> Une autre étude visant la médiation communautaire au Kentucky, se fondait sur les données des participants à un sondage comprenant seulement 66 dossiers.<sup>41</sup>

Un autre problème est l'absence de groupe de contrôle. La meilleure façon de comparer deux procédures en veillant à ce que tous les autres paramètres demeurent identiques est d'effectuer une expérience aléatoire, en utilisant une procédure pour un ensemble de dossiers, et une deuxième pour un autre ensemble possédant les mêmes caractéristiques.<sup>42</sup> Cela a rarement été fait. L'absence d'attribution aléatoire peut conduire à un « biais de sélection » :

En règle générale, les expériences aléatoires en matière de justice civile sont plutôt rares. L'une des raisons à cela est que l'on est toujours tenté de « tricher » en attribuant des dossiers « appropriés » à la voie expérimentale. Si les partisans du programme expérimental estiment qu'une approche est meilleure, il est difficile de les empêcher de l'utiliser seulement parce qu'un groupe de scientifiques du domaine social le suggèrent. Il en résulte un biais de sélection très important.<sup>43</sup>

Afin de recueillir des données utiles et fiables, il convient d'appliquer une méthodologie de recherche correcte. Cela nécessite la participation de scientifiques du domaine social qui « doivent dépasser les préoccupations étroites qui tendent à motiver les avocats et les sciences sociales dirigées par les avocats »,<sup>44</sup> et qui s'engageront à mener des recherches de haute qualité dans l'optique de prendre des décisions de politiques publiques rationnelles concernant le système de justice. Par

ailleurs, ces recherches ne devraient pas selon moi, être menées par ceux qui ont des intérêts dans les programmes, compte tenu qu'ils n'ont pas la formation et l'objectivité nécessaires à la conduite de telles recherches. Enfin, celles-ci devraient être continues et ne pas se limiter à un simple aperçu du fonctionnement d'un programme de RED à un moment donné. Les circonstances évoluent en permanence. Il est important de vérifier si un programme de RED répond toujours aux besoins de ses intervenants et si les modifications apportées au programme à la suite de recherches antérieures ont les effets escomptés.

## Conclusion

Comment peut-on évaluer le RED? Ultimement, je crois qu'il faut procéder à une sorte d'analyse coûts-avantages. Les avantages de tout type règlement de différends, quel que soit le nom qu'on lui donne, doivent être évalués en déterminant si, et dans quelle mesure, ce processus atteint les objectifs pour lesquels il a été mis sur pied. Ensuite, ces avantages doivent être comparés aux coûts du processus, dont certains peuvent être cachés et non monétaires.

Voici les conclusions que j'ai pu tirer de ma propre expérience et des documents que j'ai examinés (dont la plupart, pour le meilleur ou le pire, proviennent des États-Unis) :

1. Des objectifs clairement identifiés sont un prérequis à toute évaluation d'un processus ou d'un programme de RED;
2. Les recherches devraient être menées en vue d'évaluer la mesure dans laquelle un programme de règlement des différends permet d'atteindre les objectifs qu'il a énoncés, et de vérifier les coûts qui y sont liés;
3. Cette évaluation doit être effectuée

régulièrement et de façon continue étant donné que les conditions changent constamment;

4. Les recherches devraient être entreprises par des professionnels des sciences sociales qui n'ont aucun intérêt à l'égard du résultat, au moyen de méthodes acceptées comprenant des échantillons aléatoires de taille suffisamment importante, des groupes de contrôle, et dans la mesure du possible, des études longitudinales au fil du temps;

5. Les résultats de ces études devraient être rendus publics et utilisés pour aider à modifier les programmes dans une volonté continue de mieux répondre aux objectifs fixés; et

6. Il conviendrait de veiller à ne pas supposer que les résultats d'une étude peuvent être généralisés.

Le RED est-il la panacée que l'on prétend? Existe-t-il un style ou un programme de RED plus efficace ou approprié qu'un autre? Un programme particulier peut-il être amélioré? La vérité est que nous ne possédons pas les réponses à des questions fondamentales comme celles-ci. Dans la plupart des cas, nous disposons simplement de trop peu de données fiables. Malgré la popularité du RED en Amérique du Nord, ou peut-être à cause de celle-ci, peu de temps, d'énergie et de ressources ont été consacrés à une *évaluation* réelle du RED. Les objectifs des programmes de RED sont souvent mal définis et les efforts visant à mesurer scientifiquement s'ils sont atteints ou les coûts liés aux programmes sont plutôt rares. Même lorsque l'on tente de procéder à quelque évaluation rigoureuse d'un programme de RED, il s'agit plus souvent d'un effort isolé que de tentatives régulières, continues visant à surveiller et à améliorer ce programme.<sup>45</sup> Le manque de recherches approfondies dans

**Advertise  
Affichez votre  
publicité**



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

**Advertise in the Canadian Arbitration and Mediation Journal  
Ask for a rate card: [janet@adrcanada.ca](mailto:janet@adrcanada.ca)**

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

**Informez-vous sur les tarifs : [janet@adrcanada.ca](mailto:janet@adrcanada.ca)**

416-487-4733 • 877-475-4353

ce domaine signifie que les décisions importantes en matière de politiques sont prises dans un vide virtuel, possiblement préjudiciable aux participants des programmes de RED, au système de justice et au RED lui-même. Finallement, le manque d'évaluation

des programmes de RED a conduit à des occasions manquées de justifier et d'améliorer ces programmes.

*Richard A. Feldman, B.Ed., LL.B., B.A., avocat, éducateur, auteur et arbitre, possède*

*plus de 20 ans d'expérience en règlement de litiges et de différends. En juin 2013, Richard obtiendra son diplôme de maîtrise en droit des litiges civils et règlement des différends. Toutes les opinions exprimées ci-après sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles du gouvernement de l'Ontario.*

- 1 Ann C. Hodges, « Dispute Resolution under the Americans with Disabilities Act: A Report to the Administrative Conference of the United States », *Admin. L.J. Am. U.*, vol. 9, pp. 1007 à 1091.
- 2 Lynn A. Kerbeshian, « ADR: To Be Or...? », *N. Dak. L. Rev.*, no 70, pp. 381 à 384 (1994).
- 3 « Des objectifs clairs sont la clé de la réussite de toute tentative... Les objectifs sont la destination sur la "carte" de toute entreprise. Sans une destination claire à l'esprit, il est impossible d'identifier et d'éviter les faux pas, ou les mauvais virages. Des objectifs clairs tient solidement les gens et les entreprises dans la bonne direction, encourageant les comportements axés sur les résultats et décourageant les décisions qui écartent des objectifs à atteindre. » – Patricia L. Franz, « Habits of a Highly Effective Transformative Mediation Program », *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 13, pp. 1039 à 1054 (1998).
- 4 Wayne D. Brazil, « Court ADR 25 Years After Pound: Have We Found a Better Way? », *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 18, pp. 93 à 104 (2002).
- 5 Benjamin F. Tennille, Lee Appelbaum et Anne Tucker Nees, « Getting to Yes in Specialized Courts: The Unique Role of ADR in Business Court Cases », *Pepp. Disp. Resol. L.J.*, vol. 11, no 35, pp. 59 à 60.
- 6 Habituellement, 75 % ou plus des participants à une médiation déclarent être satisfaits même lorsqu'ils ne parviennent pas un accord. De plus, plusieurs enquêtes ont confirmé que les clients sont plus souvent satisfaits à la suite d'une médiation qu'à la suite d'un procès. Voir Lynn A. Kerbeshian, « ADR: To Be Or...? », *N. Dak. L. Rev.*, vol. 70, pp. 381 à 385 (1994).
- 7 Lynn A. Kerbeshian, « ADR: To Be Or...? », *N. Dak. L. Rev.*, no 70, pp. 381 à 385 (1994).
- 8 Une étude a montré que les résultats (et la satisfaction par rapport au processus) variaient considérablement selon que le plaignant était assisté ou non par un représentant légal pendant la médiation (souvent déterminé par son statut socioéconomique) : E. Patrick McDermott et Ruth Obar, « What's Going On in mediation: An Empirical Analysis of the Influence of a Mediator's Style on Party Satisfaction and Monetary Benefit », *Harv. Negotiation L. Rev.*, vol. 9, p. 75 (Spring, 2004). Cette étude a également démontré que lorsque tous les critères sont les mêmes, un demandeur pourrait se satisfaire (c.-à-d. se contenter) d'une somme bien moins importante lorsque le médiateur a adopté une approche facilitative plutôt qu'évaluative. Bien sûr, dans la plupart des études menées à ce jour, l'échantillon est relativement restreint et la méthodologie demeure critiquable. Conséquemment, les conclusions sont dites provisoires (à la p. 108) : « Nos recherches sur ces questions sont loin d'être définitives. » Pour quelques discussions intéressantes sur l'importance de tenir compte de la culture dans l'élaboration des programmes de RED, voir : Jiaqi Liang, « The Enforcement of Mediation Settlement Agreements in China », *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 19, p. 489 (2008), Gary Soo, Yun Zhao et Dennis Cai, « Better Ways of Resolving Disputes in Hong Kong – Some Insights from the Lehman-Brothers Related Investment Product Dispute Mediation and Arbitration Scheme », *J. Int'l Bus.* & L., vol. 9, p. 137 (printemps 2010), Gil Marvel P. Tabucanon, James A. Wall fils, et Wan Yan, « Philippine Community Mediation, Katarungang Pambarangay », *J. Disp. Resol.*, vol. 2, p. 501 (2008).
- 9 Lynn A. Kerbeshian, « ADR: To Be Or...? », *N. Dak. L. Rev.*, no 70, pp. 381 à 391 (1994).
- 10 Lynn A. Kerbeshian, « ADR: To Be Or...? », *N. Dak. L. Rev.*, no 70, pp. 381 à 391 (1994).
- 11 Voir, par exemple : Martin Teplitsky, « Excessive cost and delay: Is there a solution? », *Advocates' Soc. J.*, vol. 9, no 2, pp. 5 à 19, (automne 2000).
- 12 Lynn A. Kerbeshian, « ADR: To Be Or...? », *N. Dak. L. Rev.*, no 70, pp. 381 à 391-2 (1994).
- 13 Voir : Martin Teplitsky, « Excessive cost and delay: Is there a solution? », *Advocates' Soc. J.*, vol. 9, no 2, pp. 5 à 19, (automne 2000). Voir également Dorothy J. Della Noce, Joseph P. Folger et James R. Antes, « Assimilative, Autonomous, or Synergistic Visions: How Mediation Programs in Florida Address the Dilemma of Court Connection », *Pepp. Disp. Resol. L.J.*, vol. 3, pp. 11 à 31 (2002) : « ...à moins que les médiateurs et les programmes de médiation puissent exprimer (et vérifier données à l'appui) la valeur qu'ils apportent aux citoyens de l'État au-delà de l'efficacité de la gestion des dossiers, ils resteront dans une position où ils pourront difficilement solliciter des ressources... Si la médiation est valorisée uniquement pour l'efficacité de la gestion des dossiers, et que des études empiriques n'étaient pas les prétentions d'efficacité formulées en sa faveur, il y aura très peu de raisons convaincantes pour conserver un programme de médiation fondé uniquement sur ces objectifs. »
- 14 Jonathan M. Hyman et Lela P. Love, « If Portia Were a Mediator: An Inquiry into Justice in Mediation », *Clinical L. Rev.*, vol. 9, pp. 157 à 192-193 (automne 2002).
- 15 Amy S. Wei, « Can Mediation Be the Answer to Taxpayers' Woes?: An Examination of the Internal Revenue Service's Mediation Program », *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 15, pp. 549 à 549 (2000).
- 16 Josefina M. Rendon et Judy K. Dougherty, « 'Going Postal': A New Definition and Model for Employment ADR », *Houston Lawyer*, vol. 37, p. 22 (janvier et février 2000).
- 17 Josefina M. Rendon et Judy K. Dougherty, « 'Going Postal': A New Definition and Model for Employment ADR », *Houston Lawyer*, vol. 37, p. 22 (janvier et février 2000).
- 18 Lisa Blomgren Bingham, Cynthia J. Hallberlin, Denise A. Walker et Won-Tae Chung, « Dispute System Design and Justice in Employment Dispute Resolution: Mediation at the Workplace », *Harv. Negotiation L. Rev.*, vol. 14, pp. 1 à 24-25 (hiver 2009).
- 19 Lisa Blomgren Bingham, Cynthia J. Hallberlin, Denise A. Walker, et Won-Tae Chung, « Dispute System Design and Justice in Employment Dispute Resolution: Mediation at the Workplace », *Harv. Negotiation L. Rev.* vol. 14, no 1, pp. 45-48 (hiver 2009). Voir aussi, Josefina M. Rendon et Judy K. Dougherty, « 'Going Postal': A New Definition and Model for Employment ADR », *Houston Lawyer*, vol. 37, p. 22 (janvier et février 2000).
- 20 John C. Kleefeld, « Thinking Like a Human: British Columbia's Apology Act » *Nevada Law Journal*, vol. 10, no 2, pp. 769-808 (2007).
- 21 Voir Solangel Maldonado, « Cultivating Forgiveness: Reducing Hostility and Conflict After Divorce », *Wake Forest L. Rev.*, vol. 43, p. 441 (été 2008).
- 22 Lynn A. Kerbeshian, « ADR: To Be Or...? », *N. Dak. L. Rev.*, no 70, pp. 381 à 395-6 (1994).
- 23 La récidive est moins probable chez les jeunes qui participent à des programmes de médiation dans des affaires de justice pénale. En outre, les contrevenants qui ont négocié des plans de restitution étaient plus enclins à respecter leurs obligations que ceux auxquels il a été ordonné de payer. Voir Lynn A. Kerbeshian, « RED: To Be Or...? », *N. Dak. L. Rev.*, vol. 70, pp. 381 à 396 (1994). Also see: Jennifer L. Kerrigan, « 'It's Not World Peace, But ...' Restorative Justice: Analysis of Recidivism Rates in Campbell Law School's Juvenile Justice Project », vol. 30 *Campbell L. Rev.*, p. 339 (2008).
- 24 Martin Teplitsky, « Excessive cost and delay: Is there a solution? », *Advocates' Soc. J.*, vol. 9, no 2, pp. 5 à 19, (automne 2000).
- 25 Kirk W. Schuler, « ADR's Biggest Compromise », vol. 54, *Drake L. Rev.*, pp. 751 à 789 (printemps 2006).
- 26 Wayne D. Brazil, « Comparing Structures for the Delivery of ADR Services by Courts: Critical Values and Concerns », *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 14, pp. 715 à 738 (1999).
- 27 Voir : Matthew Taylor, Patrick Field, Lawrence Susskind et William Tilleman, « Using Mediation in Canadian Environmental Tribunals: Opportunities and Best Practices », *Dalhousie L.J.*, vol. 22, p. 51 (automne 1999).
- 28 Voir : Phyllis E. Bernard, « Minorities, Mediation and Method: The View from One Court-Connected Mediation Program », *Fordham Urb. L.J.*, vol. 35, p. 1 (janvier 2008). Une étude relativement récente s'est penchée sur le rôle de la race dans des dossiers de médiation présentés devant la Cour des petites créances en Oklahoma, et a conclu qu'au chapitre de l'équité du processus, le manque de connaissances (c.-à-d., le statut socioéconomique) était un facteur bien plus important que la race pour les parties. Cette étude s'appuyait cependant sur les déclarations volontaires d'un échantillon restreint dans des dossiers impliquant des minorités (environ 125 dossiers). De plus, l'auteur ne prétend pas à la validité des statistiques.
- 29 Voir, par exemple : Elaine Smith, « Danger – Inequality of Resources Present: Can the Environmental Mediation Process Provide an Effective Answer? », *J. Disp. Resol.*, vol. 1996, p. 379 (1996).
- 30 « Finalement, des conditions sociales coercitives et inéquitables, plutôt que l'exercice libre de la volonté individuelle, expliquent pourquoi les épouses se lancent continuellement dans des règlements de divorce injustes. » Penelope Eileen Bryan, « Women's Freedom to Contract at Divorce: A Mask for Contextual Coercion », *Buffalo L. Rev.*, vol. 47, pp. 1153 à 1169-1170 (automne 1999).
- 31 Voir : Susan Landrum, « The Ongoing Debate about Mediation in the Context of Domestic Violence: A Call for Empirical Studies of Mediation Effectiveness », *Cardozo J. Conflict Resol.*, vol. 12, p. 425 (printemps 2011), Robin H. Ballard, Amy Holtzworth-Munroe, Amy G. Applegate et Brian D'Onofrio, « Factors Affecting the Outcome of Divorce and Paternity Mediations », *Fam. Ct. Rev.*, vol. 49, p. 16 (janvier 2011).
- 32 Voir Ellen Waldman, « Substituting Needs for Rights in Mediation: Therapeutic or Disabling », *Psych. Pub. Pol. and L.*, vol. 5, p. 1103 (décembre 1999) où Waldman décrit l'étude Metrocourt qui a examiné la médiation dans des dossiers des cours de petites créances à Albuquerque au Nouveau-Mexique, de 1990 à 1991. Cette étude a démontré que les minorités obtenaient de moins bons résultats (en ce qui a trait au montant du règlement) que leurs congénères blancs, mais qu'ils avaient tendance à être plus satisfaits du résultat.
- 33 Robert A. Baruch Bush, « Staying in Orbit, or Breaking Free: The Relationship of Mediation to the Courts Over Four Decades », *N. Dak. L. Rev.*, vol. 84, p. 705 (2008). Voir aussi Patricia Hughes, « Mandatory Mediation: Opportunity or Subversion? », *Windsor Y.B. Access Just.*, vol. 19, p. 161 (2001).
- 34 Lynn A. Kerbeshian, « ADR: To Be Or...? », *N. Dak. L. Rev.*, no 70, pp. 381 (1994).
- 35 Wayne D. Brazil, « Comparing Structures for the Delivery of RED Services by Courts: Critical Values and Concerns », *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 14, pp. 715 à 807 (1999).
- 36 Bryant G. Garth, « Observations on an Uncomfortable Relationship: Civil procedure and Empirical Research », *Alta. L. Rev.*, vol. 49, pp. 103 à 116 (automne 1997).
- 37 Bryant G. Garth, « Observations on an Uncomfortable Relationship: Civil procedure and Empirical Research », *Alta. L. Rev.*, vol. 49, pp. 103 à 117 (automne 1997).
- 38 Wayne D. Brazil, « Court RED 25 Years After Pound: Have We Found a Better Way? », *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 18, pp. 93 à 99-100 (2002).
- 39 « ...les études à grande échelle des parties à un litige sont condamnées à l'échec pour un certain nombre de raisons... Les faibles taux de réponse sont, par conséquent, inévitables, ce qui signifie qu'aucune statistique ne peut être établie si les réponses disponibles ne sont pas fiables. Il est également possible d'effectuer des sondages auprès d'avocats et de juges... [mais] les avocats et les juges semblent satisfaits quelle que soit la procédure. » Bryant G. Garth, « Observations on an Uncomfortable Relationship: Civil procedure and Empirical Research », *Alta. L. Rev.*, vol. 49, pp. 103 (automne 1997).
- 40 Benjamin F. Tennille, Lee Appelbaum et Anne Tucker Nees, « Getting to Yes in Specialized Courts: The Unique Role of RED in Business Court Cases », *Pepp. Disp. Resol. L.J.*, vol. 11, no 35, pp. 35 à 98.
- 41 Thomas J. Stipanowich, « The Quiet Revolution Comes to Kentucky: A Case Study in Community Mediation », *Ky. L.J.*, vol. 81, p. 855 (1993).
- 42 Bryant G. Garth, « Observations on an Uncomfortable Relationship: Civil procedure and Empirical Research », *Alta. L. Rev.*, vol. 49, pp. 103 à 108 (automne 1997).
- 43 Bryant G. Garth, « Observations on an Uncomfortable Relationship: Civil procedure and Empirical Research », *Alta. L. Rev.*, vol. 49, pp. 103 à 109 (automne 1997).
- 44 Bryant G. Garth, « Observations on an Uncomfortable Relationship: Civil procedure and Empirical Research », *Alta. L. Rev.*, vol. 49, pp. 103 à 130 (automne 1997).
- 45 Voir, par exemple, l'évaluation du programme de RED effectué par Leslie Macleod à la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié : « L'efficacité, l'efficacité et la qualité », mars 2002, disponible à l'adresse : <http://www.irb-cisr.gc.ca/tribunal/adsai/adrmar/pages/sum.aspx>.

# Online Dispute Resolution: The Future of ADR

There is little doubt that the internet is changing human interaction in profound ways. More and more of our lives are taking place online, enabling us to transcend time and geography in ways that would have been unimaginable even ten years ago.

And as we move our society online we are bringing conflicts along with us. More than 100 million disputes are filed online each year around the world, with the number continuing to grow every year. As technology becomes more powerful and more integrated into our daily lives, it's not hard to imagine that in the future more of our disputes will arise online than offline.

With these societal changes come different expectations on the part of disputants. Online users of large websites like eBay and Facebook expect that they will be able to resolve any problems that arise quickly and efficiently. They expect that any neutrals they work with will be skilled at using information and communication technologies in seamless ways. Parties have become comfortable with the use of technology in their jobs, in their interactions with government, and even in their entertainment. It is wholly understandable that they carry these expectations into their dispute resolution processes as well.

However, many ADR practitioners have not evolved their practice to adapt to new technologies. Many mediation centres operate essentially the same way they did twenty or thirty years ago. That's not to say that the tried and true methods don't work. But how many professions still work the same way they did thirty years ago? Society is always changing, and new generations develop new expectations. The demands of disputants are urging our field



Dr. Frank Fowlie<sup>1</sup>



Colin Rule<sup>2</sup>



David Bilinsky<sup>3</sup>

to move forward and embrace these changes. To resist that call is to risk becoming more and more out of step with the times, and to slide toward irrelevance.

This article follows a presentation by the authors at the 2011 ADRIC conference in Vancouver on exactly this topic. We have spent the last ten years thinking and talking about Online Dispute Resolution, or ODR. We feel that, instead of presenting a threat to the practice of ADR, technology opens up exciting new possibilities for our field. Computer mediated communication changes many aspects of the dispute resolution process, and online interaction offers both advantages and disadvantages for dispute resolution. We believe that every ADR practitioner should learn about ODR, both to add useful tools to their toolbox and to provide better support to parties in fitting the forum to the fuss.

In this short article we want to offer a quick overview of the new field of ODR, provide a blueprint for how ADR practitioners might think about the challenges and opportunities it represents, and offer some resources for practitioners to learn more.

## Two Types of Online Dispute Resolution

You can think of ODR as a tree with two major branches. One branch focuses on using the algorithmic power of computers to help people resolve their issues in a fair and transparent way. As an example, imagine two parties each logging

into a website and entering bids they would accept to resolve a dispute. Maybe the website uses a mathematical calculation to generate an optimized resolution to the case that they parties can accept as a solution. This branch uses computing power to help parties overcome obstacles and reach agreement.

The second branch focuses on using computers to facilitate human communication. Instead of having the computer processor analyze data and make recommendations, this branch uses information and communications technologies to assist the interaction between the parties, helping them to reach mutually acceptable solutions. Imagine two parties logging into a website and communicating via text, then via audio conference, then video conference. The computer is used to create a virtual meeting space, one specifically tailored to best meet the needs of the disputants.

One common example of the first branch, technology based ODR, is a process called "blind bidding." In this process, parties can enter different negotiation bids to settle the dispute in question. For instance, party A can enter three bids for amounts he or she would be willing to accept to resolve the matter in question: Bid 1, Bid 2, and Bid 3. Then party B can log in and enter three bids they would be willing to pay to resolve the matter in question. If any of the matching bids (e.g. Party A's Bid 1 and Party B's Bid 1) are within a pre-specified resolution percentage of each other (say 15%) then the dispute settles for the median between the two bids and the case is closed. If Bid 1 for both parties isn't within the range, then the algorithm goes to Bid 2. If Bid 2 isn't within the range, then it moves to Bid 3. If Bid 3 isn't within the range, then the case is closed and no reso-

lution is achieved. Importantly, if a resolution is not achieved, no information is exchanged between the parties, because Party A's bids are not shared with Party B. This mechanism, while simple, can be enormously effective. The most well-known blind bidding provider in North America is a company called CyberSettle.

An example of the second branch, technology assisted ODR, is the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, or ICANN. ICANN has the responsibility of administering the global domain name system, and as you might imagine, there are a large number of disputes that arise within that system. Disputes that occur within ICANN may be either in the real world or online in nature, and they can come from every nation in the world, spanning all 24 time zones. ICANN has an Office of the Ombudsman which has the responsibility of responding to all of these global disputes. The Office of the Ombudsman supports an online communication environment where problems can be reported and discussed *asynchronously*, which means all the involved parties can log into the system and post messages at their leisure, without being logged in at the same time. Responses are not expected immediately, and all communications are archived. Once a resolution is achieved, the Ombudsman designates the resolution type and confirms the complaint category. This allows for the collection and analysis of data for statistical reporting, which helps to identify complaint trends that can assist in providing early intervention on systemic issues.

## The Developing Field of ODR

These two types of ODR may seem relatively simple, but the ramifications of their application to the field of ADR are quite wide ranging. In order to develop the theory and practice of ODR, and to ensure that ODR develops in line with the ethical standards of the face-to-face ADR field, the University of Massachusetts at Amherst created the National Centre for Technology and Dispute Resolution (NCTDR) in the late 1990s. NCTDR has become the global 'think tank' for the acceleration and promotion of ODR. NCTDR defines its mission as:

...support{ing} and sustain{ing} the development of information technology applications, institutional resources, and theoretical and applied knowledge for better understanding and managing conflict. The Center believes that networked information technology can be uniquely leveraged to expand and improve conflict management resources and expertise.<sup>4</sup>

The field of Online Dispute Resolution has been global from its inception, and NCTDR reflects this reality. NCTDR supports 17 Fellows from 12 countries<sup>5</sup>, including 4 women. NCTDR Fellows are all recognized as experts in the field of ODR, and have varying backgrounds in law, academia, bar associations, governmental organizations, and private industry. Because the most pressing need for ODR comes from cross-border disputes, advances in ODR have come from all over the world, and progress has not been confined to a single region or language. The International Forum on Online Dispute Resolution has met 11 times since 1998, in locations ranging from Hong Kong to Buenos Aires to Cairo to Chennai. The next meeting will be held in Prague this June 2012<sup>6</sup>, in conjunction with the next ICANN global meeting.

Canada has long been at the forefront of ODR, and two major conferences on ODR have been hosted in British Columbia. The 2008 International ODR Forum was held in Victoria, BC<sup>7</sup>, and in 2010 a civil society meeting was held in Vancouver<sup>8</sup> to provide advice to UNCITRAL on international consumer protection and the use of ODR. Canada is also home to one of the oldest ODR companies in the world, SmartSettle.com, and the first facilitative ODR provider in North America, eResolution.com, was located in Montreal.

Being an online field, however, many ODR gatherings take place via technology. NCTDR has hosted a free online conference called ADR Cyberweek<sup>9</sup> since 1997 that draws thousands of visitors from all over the world each year, and offers demonstrations of cutting-edge ODR tools. The NCTDR website, <http://www.odr.info>, also offers a wealth of information about re-

cent developments in ODR.

## Developing Ethical Standards and ODR Theory

ODR is the newest area in dispute resolution, having only been around for about a decade. But while it is in its infancy, it continues to grow rapidly and has begun to codify its activities. For example, in 2009, the Advisory Committee of NCTDR developed a document entitled 'Online Dispute Resolution Standards of Practice'<sup>10</sup>. These standards describe basic rules of ODR practice as a guide for ODR practitioners.<sup>11</sup> The Standards of Practice include Accessibility, Affordability, Transparency, Fairness, Innovation and Relevance, Third Parties, and General Standards.

NCTDR continues to work to professionalize the ODR field by evolving the theory that undergirds the field. In early 2012 NCTDR Fellows published a new sourcebook on ODR entitled *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution* (now available at Amazon.com <http://amzn.to/xfnM3Q>). NCTDR and the Singapore Management University are also leading the creation of the first graduate degree in Technology and Dispute Resolution, which is to be launched in early 2013.

## International Organizations and ODR

In the past few years several international organizations have begun to systematically promote ODR as a solution to the problem of cross-border consumer protection. In July 2007, the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) published a Recommendation on Consumer Dispute Resolution and Redress<sup>12</sup> that called for expanded access to ODR. This recommendation led to a number of subsequent developments that have significantly advanced calls for expanded ODR.

First, the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) has hosted a permanent working group on ODR since 2010<sup>13</sup> that is developing rules to support a global system for resolving

cross-border consumer complaints. This working group, consisting of UN member states and members of civil society, is looking at ways to implement ODR mechanisms to handle transnational consumer disputes using ODR tools.

Second, in November 2011, the European Union announced its intention to create an EU wide regulation on ODR and consumer issues. "The Regulation on Online Dispute Resolution ('ODR Regulation') will create a single EU-wide online platform for online shoppers buying from another EU country and traders to resolve their contractual disputes online."<sup>14</sup> All member states in the EU will be required to participate in this region-wide ODR system by 2015. This use of mandated ODR by such a large market will have impacts on other jurisdictions as they look at ways reduce court time and costs dealing with small value consumer claims.

Several national jurisdictions, such as the United Kingdom, Spain, and Ireland, have recently instituted ODR processes as part of their court administration in an attempt to get ahead of the EU regulation. These developments are currently under review by Canadian researchers, with a possibility that these system improvements could be used in provincial courts. The adoption of ODR systems by cash strapped provinces and by national governments elsewhere provides the greatest opportunity for the early adoption of ODR into mainstream dispute resolution.

## So what does this mean for ADR Practitioners?

If you are an ADR practitioner, you may read all of these developments and think, so what does this all mean for me? How will this affect my practice? Many ADR practitioners are even skeptical about ODR, because so much of the work they do happens face-to-face. ADR experts frequently urge their parties to come to the table, so saying that the same work can be done online can feel like a step in the wrong direction.

However, the ODR vs. ADR discussion is a bit of a false dichotomy. Saying that ODR can be helpful in a dispute is not to say it

should be leveraged in every dispute. Some disputes are best dealt with entirely offline, while some may be best dealt with online. Often the best option for a dispute resolution process is even a hybrid, where some of the work takes place online and the rest of the work takes place face-to-face.

In fact, the line between ADR and ODR is already blurring. Many supposedly pure face-to-face ADR practitioners are initially discovered by disputants through online channels, interact with their parties over email and telephone, share documents and jointly edit agreements in Microsoft Word, analyze and divide assets in Excel, and schedule meetings via their Gmail calendars. In the room, parties may use LCD projectors to edit information jointly, or do research on asset values and applicable law via their iPhones. In addition, it is more and more common to see parties circumventing their neutral through the use of technology (for example, facebook, twitter, SMS, or email) if the neutral does not proactively offer technology-enabled channels for the parties to work together at the outset of the process.

In order to give ADR practitioners a blueprint for considering these issues, we have developed a number of criteria for mediators to consider when planning an ODR implementation. Thinking through these points will help to inform practitioners about the types of technology they may want to utilize to successfully utilize technology in their practice. These criteria include:

- Geography,
- Legislative requirements,
- Case management users and complaint volume,
- Literacy and language,
- Internet connectivity,
- Time zones,
- Service requirements,
- Client or audience characteristics, and
- The socio-cultural context.

We will now briefly flesh out each of these categories, posing the kinds of questions practitioners might want to consider.

## Geography

Where are the disputants located? Are they

all in one building, or dispersed over several countries or continents? Is the DR operation located in one place, or is it a decentralized operation with many offices where information needs to be shared? Does the mandate of the DR system cover a defined geographic area such as a country, province or state, city, or a hospital or university campus? If the DR operation is located in a corporation or organization, is the client group located in the same location or building, or in multiple locations, cities, provinces or states, or continents? If so, ODR may be quite helpful.

## Legislative Considerations

Before embarking on ODR implementations, practitioners must evaluate their chartering documents, bylaw, statute or legislation to determine if there are any barriers to using ODR. Practitioners must determine if complaints must be delivered in a particular manner. For example, if a signature is required, do intakes have to be done in person to verify identity? Are there privacy or information access laws that impact the use of ODR in the DR operation?

Practitioners must also have an awareness of legislative frameworks which impact on privacy, confidentiality, access to information and compellability of records, as these will be determinative factors in considering ODR. Practitioners may wish to design specific user agreements which add thicker layers of confidentiality around the ODR processes.

## Case management users and complaint volume

Dispute resolution system designers need to consider the scalability and cost of ODR with respect to the volume of complaints received, and the number of system users. Obviously, the unit cost for implementation drops if the number of complainants or ombudsman officials using the system is greater. Practitioners must carefully consider the per-unit costs against existing costs for travel, investigation interviews, etc., prior to implementation.

ODR has particular appeal when investigations involve systemic events, or when there are multiple complaints on a file. The use of ODR technologies easily track large

volumes of correspondence, and enables investigators differentiate or combine fact patterns, evidence, communications, and outcomes, as the investigation and redress process progresses.

## Literacy and language

Practitioners must be aware of the languages in which system users may wish to communicate, and they must also take into consideration both the general literacy and computer literacy of their client group. If practitioners serve a multi-lingual client group, the ODR system should be designed to accommodate system inputs in all the languages served, or to take into consideration translation services. Translations may be accomplished by using online translation tools, or by using native language translators. ODR systems must take translation as a matter of concern for both incoming correspondence from complainants and for outgoing correspondence to them.

Practitioners must include the use of language and idioms as part of the general literacy factor. For example, is a client group that usually communicates in slang or patois well served in a written environment?

Practitioners, when considering the implementation of ODR, must evaluate the general literacy level of their client group, and their computer literacy.<sup>15</sup> If clients or staff lack either general literacy or computer literacy skills, Practitioners should reconsider the implementation of ODR.

## Internet connectivity

System designers must evaluate the Internet connectivity of their clients. There is an obvious difference between local dial-up access and broadband high speed Internet. System designers should also consider the availability of computers or mobile technologies that enable clients to access the ODR system. If DR systems are serving clients in areas where there is limited network connectivity, or where there is limited computer access, then ODR may be less successful than an area where there is high broadband or device penetration.

## Time zones

Practitioners must consider the hours of access they wish to offer, the time zones

they serve, and the appropriate times that clients can access the system. Does the Office wish to be available on a 24/7 basis? Does the system serve clients in multiple time zones, i.e., are clients spread across all of Canada – which has 6 time zones? Are the clients most likely to use the ODR system during working hours, or outside of them?<sup>16</sup>

## Service requirements

Practitioners must reflect on the need for service requirements in designing and implementing an ODR system. A Human Rights Ombudsman who investigates unfair *habeas corpus* practices in a conflict zone may have different service response requirements than a consumer-oriented banking Ombudsman program. If clients are at immediate risk, then the ODR system must be designed to be very reactive.

## Client or audience characteristics

Is there anything specific about the client group which would inform the practitioners about the design of the ODR system? For example, the ICANN Office of the Ombudsman serves a specific audience that is based on some sort of relationship with the Internet. One may infer that this client audience may be highly computer literate. The same may be said for audiences in universities. If the system serves a client group that consists of person with disabilities is ODR likely to have the same impact as face-to-face activities?

For example, persons who have disabilities which restrict their mobility may find it more accommodating to use ODR technologies as opposed to having to take great efforts to attend an office. As well, persons who have disabilities which affect their ability to communicate in person, such as deafness, or psychiatric or cognitive disabilities may find the use of synchronous ODR technologies to be a preferred manner of dealing with their complaint.

## The socio – cultural context

Practitioners wishing to implement ODR systems should take into consideration the general socio-cultural context in which they operate. There will be differences in

communication and culture between high context and low context societies. This will help inform the system designer of the potential for success. The ODR system must be designed to accommodate the cultural requirements of the client group.

## The applicability of ODR to the law

Technology is not only transforming dispute resolution. It is also transforming the practice of the law. The tools of ODR hold great promise to address some of the agonizingly difficult problems confronting the courts today:

- Handling increasing volumes of disputes;
- Reducing the cost of resolving disputes to the parties involved;
- Reducing the very real physical costs of building, staffing and administering the courts and the court processes;
- Handling the increasing numbers of self-represented litigants;
- Meeting the demand for increased access to justice.

Typically the court process is synchronous, in-person, filled with delays, and extremely adversarial. Much of this is by design. The courts are not intended to be cheap, easy to use, and focused on participant satisfaction. They are designed to be the redress of last resort. By way of contrast, ODR is usually about efficiency and satisfaction. ODR processes are often more focused on bargaining and trade-offs than adversarial interactions. ODR platforms are designed to maximize speed, flexibility and cost savings.

Many of the advantages described for the ADR field are also applicable in the legal context. The e-lawyering movement is actively exploring how technology can deliver similar benefits in the delivery of legal services. But the structural obstacles to widespread change in the legal field are far more formidable than the obstacles in the dispute resolution space. The odds are great that change will come to dispute resolution much more quickly than in the judicial sphere.

## Looking into the future

One thing that is for sure is that the pace of change will continue to accelerate. The

things we do with technology today will seem old hat in just a few years, and things we think of as futuristic today (e.g. high definition “telepresence” teleconferencing, touch-screen table sized computers, etc.) will seem commonplace tomorrow. These new technologies were not invented for dispute resolution, but as they become a bigger part of lives there’s no question that dispute resolvers will make use of them. Soon the idea of driving an hour across town during rush hour for a meeting will seem as antiquated as a corded telephone. If it is important to get together face-to-face, and it is feasible for the parties to do so, they will. But if it is not important to meet face-to-face to have a particular interaction, technology will increasingly provide a more convenient, and more culturally acceptable, alternative.

A core concept in the ODR field is the idea of the “fourth party,” first introduced by Ethan Katsh and Janet Rifkin in their seminal book *Online Dispute Resolution*

(Jossey-Bass, 2002). This idea holds that information and communications technologies can contribute to dispute resolution processes almost as if they were another party sitting at the table with the disputants and the human neutral. And this Fourth Party can do things that an ethical human mediation should never do, like suggest possible resolutions, evaluate confidential bids, and steer the parties toward one process over another. Because technology cannot be influenced by the human dynamics of the process (largely because it is driven by algorithms, not emotions) the ethical standards that apply to human mediators and arbitrators are not necessarily relevant to computers playing the role of a Fourth Party. However, there are new ethical questions raised by software-based resolution mechanisms, because it is possible to put unfair and partial elements into software programs as well. We will all have to get used to having technology sitting at the table with us. It may feel unfamiliar at first, but eventually we will welcome its

presence and see it as an ally.

ODR is crafting new ways to resolve disputes. It looks to apply the formidable and growing power of technology to break down walls that currently constrain the work of dispute resolvers. In so doing, it enables the creative application of game theoretical approaches, reduces transactional costs, and improves participant satisfaction and outcome quality.

Over 20 years ago, the fax machine revolutionized the way that parties in a dispute shared information. Over 10 years ago, widespread use of email improved communications between parties and neutrals. Who knows what revolutionary technology awaits us in the coming years. No matter what comes down the pike, investing some time in learning about the tools of ODR will help you become a better dispute resolution practitioner, and prepare you for whatever is yet to come. ♣

© 2012 Fowlie, Rule and Bilinsky

1 CEO and Ombudsman at <http://internetombudsman.biz>, former Ombudsperson at ICANN

2 CEO of Modria.com, author of *Online Dispute Resolution for Business*, former Director of ODR at eBay

3 Practice Management Consultant/Advisor, Law Society of BC, and blogger at <http://thoughtfullaw.com>

4 <http://odr.info/about> accessed January 28, 2012

5 Canada, Argentina, United Kingdom, USA, Czech Republic, Singapore, India, Nigeria, Spain, Egypt, Israel, and Sri Lanka

6 <http://www.odr2012.org/>

7 <http://www.odrforum2008.org/>

8 <http://www.odrandconsumers2010.org/>

9 <http://www.odr.info/node/61>

10 <http://www.icann.org/ombudsman/odr-standards-of-practice-en.htm> (Accessed December 10, 2010)

11 “The Standards are based on the current literature and research in the field of Online Dispute Resolution and are offered as guidelines for practice across the spectrum of ODR.” “The Committee Members recognize and honour that each Online Dispute Resolution scheme will be unique in its application of technology, and dependant on the community it serves. The Committee Members also recognize the importance of na-

tional and international law in the performance of Online Dispute Resolution schemes. Thus, these recommended Standards of Practice must be considered as principles, and not necessarily as individual operational frameworks.” <http://www.icann.org/ombudsman/odr-standards-of-practice-en.htm> (Accessed December 10, 2010)

12 <http://www.oecd.org/dataoecd/43/50/38960101.pdf>

13 [http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working\\_groups/3Online\\_Dispute\\_Resolution.html](http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html)

14 <http://bit.ly/tiiggEa>

15 Col. Patrick Stogran was the inaugural Ombudsman Veteran’s Affairs Canada. In conversation he assessed his clients’ computer literacy and presented an interesting conundrum. On the one hand his client group consisted of young veterans who had served in the Afghanistan conflict. These veterans were all very computer literate and have high internet skills. On the other hand, his clients also consisted of older Second World War and Korean War veterans whose computer literacy skills were generally much lower.

16 A website access visit study conducted by a federal agency in Canada showed that the highest web access by clients occurred after 9 p.m. Client interviews indicated that this was the time of day where young families had put the children in bed, and that parents had time to access the internet without being disturbed.

## Règlement en ligne des litiges : L’avenir du RED

par Dr Frank Fowlie<sup>1</sup>, Colin Rule<sup>2</sup> et David Bilinsky<sup>3</sup>

Il ne fait aucun doute qu’Internet modifie profondément la manière dont les humains interagissent. Nous passons de plus en plus de temps en ligne, ce qui nous permet de lever les barrières temporelles et géographiques de manières inimaginables il y a encore dix ans. Et nos conflits s’y installent également à mesure qu’Internet s’impose dans notre société. Plus de 100 millions de litiges sont signalés en ligne chaque année dans le monde, et ce nombre ne cesse de croître. À mesure que la technologie gagne en puissance et s’intègre à nos vies, on imagine aisément qu’à

l’avenir, nos différends surviendront de plus en plus en ligne.

Ces changements sociétaux s’accompagnent d’attentes différentes des parties au conflit. Les internautes qui consultent de grands sites Web comme eBay et Facebook souhaitent pouvoir résoudre n’importe quel problème rapidement et efficacement. Ils s’attendent à ce que n’importe quel arbitre avec lequel ils travaillent maîtrise les technologies de l’information et des communications. Les parties se sont familiarisées à l’utilisation des technologies dans

leur travail, leurs interactions avec le gouvernement, et même dans leurs loisirs. Il est parfaitement compréhensible qu’elles aient les mêmes attentes concernant les processus de règlement de différends.

Cependant, nombre de professionnels du RED n’ont pas fait évoluer l’exercice de leur profession pour l’adapter aux nouvelles technologies. De nombreux centres de médiation fonctionnent essentiellement de la même manière qu’il y a 20 ou 30 ans. Cela ne veut pas dire que les bonnes vieilles méthodes ne fonctionnent pas.

Mais combien de professions travaillent encore comme elles le faisaient 30 ans auparavant? La société change constamment, et les nouvelles générations développent de nouvelles attentes. Les exigences des parties en conflit incitent notre domaine à aller de l'avant et à adopter ces changements. Résister à cet appel au changement risque d'accroître notre retard sur notre époque et de nous rendre doucement inutiles.

Le présent article suit une présentation des auteurs à la conférence 2011 de l'IAMC à Vancouver sur ce même sujet. Nous avons passé les 10 dernières années à réfléchir et à débattre du règlement en ligne des litiges ou RLL. Selon nous, plutôt que de représenter une menace pour le RED, la technologie offre de nouvelles possibilités prometteuses pour notre domaine. La communication par ordinateur modifie de nombreux aspects du processus de règlement des litiges, et l'interaction en ligne offre à la fois des avantages et des inconvénients en la matière. Selon nous, chaque professionnel des RED devrait se familiariser au RLL, tant pour se doter d'outils pratiques supplémentaires que pour mieux aider les parties à adapter la tribune au problème.

Dans ce court article, nous souhaitons nous pencher brièvement sur ce nouveau domaine, le RLL, offrir aux professionnels du RED un plan détaillé qui les aidera à réfléchir aux défis et aux occasions qu'il présente, ainsi que quelques ressources qui leur en apprendront davantage.

## Les deux types de règlement en ligne des litiges

Vous pouvez vous représenter le RLL comme un arbre comprenant deux branches principales. L'une se concentre sur l'utilisation de puissants algorithmes informatiques pour aider les gens à régler leurs problèmes de façon juste et transparente. Par exemple, imaginez deux parties ouvrant chacune une session sur un site Web et saisissant des offres qu'elles accepteraient pour régler un différend. Ce site Web utilise peut-être un calcul mathématique pour proposer un règlement optimisé du dossier, et acceptable pour les parties. Cette branche utilise la puissance de l'informatique pour aider les parties à surmon-

ter les obstacles et parvenir à un accord.

La seconde branche met à profit l'informatique pour faciliter la communication entre les gens. Au lieu d'analyser les données à l'aide d'un processeur afin de formuler des recommandations, cette branche utilise les technologies de l'information et des communications pour aider les parties à interagir, et donc à parvenir à des solutions qui leur conviennent à toutes les deux. Imaginez deux parties ouvrant une session sur un site Web et communiquant par écrit, puis par audioconférence et par vidéoconférence. L'ordinateur est utilisé pour créer un espace de rencontre virtuel, conçu spécialement pour répondre au mieux aux besoins des parties.

Un des exemples courants de la première branche, le RLL fondé sur la technologie, est un processus appelé « offre aveugle ». Au cours de ce processus, les parties peuvent faire différentes offres de négociation en vue de régler le différend qui les oppose. Par exemple, une partie A peut proposer trois montants qu'elle accepterait pour résoudre le différend : offre 1, offre 2, et offre 3. Ensuite la partie B pourrait ouvrir une session et saisir les trois offres qu'elle serait également prête à accepter. Si l'une des offres correspondantes (p. ex. offre 1 de la partie A et offre 1 de la partie B) s'inscrit dans un pourcentage de règlement prédefini par chaque partie (disons 15 %), le différend est alors réglé en offrant aux parties un montant correspondant à la médiane de leurs offres respectives, et le dossier est clos. Si l'offre 1 des deux parties se trouve hors de la fourchette acceptable, l'algorithme passe alors à l'offre 2. S'il en est de même pour l'offre 2, il passe à l'offre 3. Si cette dernière est également hors de la fourchette acceptable, le dossier est clos sans parvenir à un accord. Il faut souligner qu'en cas d'absence de règlement, aucune information n'est échangée entre les parties. Leurs offres respectives ne leur sont pas communiquées. Bien qu'il soit très simple, ce mécanisme peut se révéler très efficace. Le fournisseur d'offres aveugles le plus connu en Amérique du Nord est une entreprise appelée CyberSettle.

Pour illustrer la seconde branche, le RLL

assisté par la technologie, prenons l'ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers). L'ICANN est chargée d'administrer le système mondial de noms de domaine et, comme vous pouvez l'imaginer, ce système est la source de nombreux litiges. Les différends liés à l'ICANN peuvent avoir trait au monde réel ou au monde virtuel, provenir de n'importe quel pays du globe et de n'importe lequel des 24 fuseaux horaires. ICANN dispose d'un bureau de l'Ombudsman chargé de gérer ces différends à l'échelle mondiale. Le bureau de l'Ombudsman offre un environnement de communication en ligne qui permet de signaler des problèmes et d'en discuter *de manière asynchrone*. Ainsi, toutes les parties concernées peuvent ouvrir une session dans le système et afficher des messages à leur guise sans être déconnectées. Les réponses ne sont pas attendues immédiatement et toutes les communications sont archivées. Lorsque l'on parvient à un règlement, l'Ombudsman désigne le type de règlement et confirme la catégorie de plainte. Cela permet de recueillir et d'analyser des données en vue de générer des rapports statistiques, ce qui aide à cerner des tendances par rapport aux plaintes et peut contribuer à offrir des interventions rapides dans le cadre de problèmes systémiques.

## Le RLL, un domaine en plein essor

Ces deux types de RLL peuvent sembler relativement simples, mais les ramifications de leur application dans le domaine du RED sont relativement étendues. Afin de développer et de mettre en pratique le RLL, et pour s'assurer qu'il se développe conformément aux normes éthiques du RED traditionnel, l'Université du Massachusetts à Amherst a créé le NCTDR (National Centre for Technology and Dispute Resolution) à la fin des années 1990. Le NCTDR est devenu le centre d'études et de recherches mondial, et vise à accélérer et à promouvoir le RLL. Voici comment le NCTDR définit son mandat :

...soutenir et maintenir le développement d'applications de technologies de l'information, de ressources institutionnelles, ainsi que de connaissances théoriques et appliquées permettant de

mieux comprendre et gérer les conflits. Le Centre est d'avis qu'il est possible de tirer parti de façon unique de la mise en réseau des technologies de l'information afin d'étendre et d'améliorer les ressources et l'expertise en matière de gestion des conflits.<sup>4</sup>

Le domaine du règlement en ligne des différends est mondial depuis sa création. Le NCTDR reflète cette réalité. Le NCTDR compte 17 membres de 12 pays<sup>5</sup>, dont 4 femmes. Ses membres sont tous des experts reconnus dans le domaine du RLL. Ils possèdent des expériences variées en droit, dans le monde universitaire, les associations de barreaux, les organismes gouvernementaux et le secteur privé. La nécessité du RLL se faisant surtout sentir dans le cadre de différends internationaux, les progrès en la matière proviennent de partout dans le monde et ne se sont pas limités à une région ou une langue. Le forum international sur le règlement en ligne des litiges en est à sa 11e édition depuis 1998, et s'est tenu dans diverses villes telles Hong Kong, Buenos Aires, Le Caire ou Chennai. La prochaine réunion aura lieu à Prague en juin 2012<sup>6</sup>, et sera jumelée à la prochaine rencontre mondiale de l'ICANN.

Le Canada a longtemps été à l'avant-garde du RLL, et la Colombie-Britannique a accueilli deux conférences majeures dans le domaine. L'édition 2008 du forum international du RLL a eu lieu à Victoria, en Colombie-Britannique<sup>7</sup>, et en 2010, une rencontre de la société civile s'est tenue à Vancouver<sup>8</sup> afin d'offrir des conseils à la CNUDCI sur la protection des consommateurs à l'échelle internationale et sur l'utilisation du RLL. Au Canada, on trouve également SmartSettle.com, une des plus anciennes entreprises du secteur au monde, et eResolution.com, premier fournisseur de RLL facilitateur en Amérique du Nord, était installé à Montréal.

Toutefois, le RLL étant un domaine virtuel, de nombreux rassemblements en la matière ont lieu grâce à la technologie. Depuis 1997, le NCTDR organise la ADR Cyberweek<sup>9</sup> (semaine du RED), une conférence en ligne gratuite qui attire chaque année des milliers de visiteurs des quatre

coins du monde, et fait le point sur les outils à la fine pointe en matière de RLL. Le site Web du NCTDR, <http://www.odr.info>, regorge également d'information concernant les récentes évolutions en matière de RLL.

## Développement des normes éthiques et de la théorie du RLL

Le RLL, un nouveau volet du RED, a fait son apparition voilà seulement dix ans. Mais même s'il n'en est qu'à ses balbutiements, il continue de se développer rapidement et a commencé à codifier ses activités. Par exemple, en 2009, le comité consultatif du NCTDR a élaboré un document intitulé « Online Dispute Resolution Standards of Practice » (normes de pratique en matière de règlement en ligne des litiges)<sup>10</sup>. Ces normes, à l'intention des professionnels du RLL, décrivent les règles de pratique de base du domaine.<sup>11</sup> Parmi elles figurent l'accessibilité, l'économie, la transparence, l'équité, l'innovation et la pertinence, des parties tierces, et des normes générales.

Le NCTDR continue de travailler afin de professionnaliser le domaine du RLL en faisant évoluer la théorie qui sous-tend ce champ d'activité. Début 2012, les membres du NCTDR ont publié un nouveau guide sur le *règlement en ligne des différends : Théorie et pratique : A Treatise on Technology and Dispute Resolution* (désormais disponible à Amazon.com <http://amzn.to/xfnM3Q>). Le NCTDR et la Singapore Management University dirigeront également le premier diplôme d'études supérieures en technologie et règlement de différends, qui sera lancé en 2013.

## Les organismes internationaux et le RLL

Au cours des dernières années, plus d'organismes internationaux ont commencé à promouvoir systématiquement le RLL en tant que solution au problème de la protection des consommateurs à l'échelle internationale. En juillet 2007, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a publié une Recommandation sur le règlement des litiges de consommation et leur réparation<sup>12</sup> qui appelaient à élargir l'accès à l'ODR. Cette

recommandation a entraîné plusieurs développements qui ont permis de faire progresser de façon significative la demande de RLL.

D'abord, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a mis sur pied, depuis 2010<sup>13</sup>, un groupe de travail permanent consacré au règlement des litiges qui élabore des règles visant à appuyer le système mondial permettant de résoudre les plaintes de consommateurs à l'échelle internationale. Ce groupe de travail, composé d'États membres de l'UE et de membres de la société civile, cherche des moyens de mettre en œuvre des mécanismes d'ODR en vue de gérer les différends internationaux liés à la consommation à l'aide d'outils d'ODR.

Puis, en novembre 2011, l'Union européenne a annoncé son intention d'élaborer, à l'échelle de l'Union, un règlement concernant l'ODR et les problèmes de consommateurs. « Le règlement relatif au règlement en ligne des litiges (« règlement RLL ») créera une plateforme européenne unique à laquelle les consommateurs pourront s'adresser pour régler en ligne des litiges de nature contractuelle liés à des achats de biens ou services effectués par l'Internet dans d'autres États membres. »<sup>14</sup> Tous les États membres de l'UE seront tenus d'utiliser ce système mis en place dans toute la zone d'ici 2015. L'utilisation de ce système de RLL par un marché aussi important aura une incidence sur d'autres juridictions qui chercheront des façons de réduire le temps et l'argent investis dans les procédures en vue de résoudre de petites créances.

Plusieurs territoires de compétence nationaux, tels que le Royaume-Uni, l'Espagne et l'Irlande ont récemment instauré des processus de RLL dans le cadre de l'administration de leurs tribunaux pour tenter de devancer le règlement de l'UE. Ces nouveautés sont actuellement étudiées par des chercheurs canadiens, et il est possible que les améliorations apportées à ces systèmes soient utilisées dans des tribunaux provinciaux. L'adoption des systèmes de RLL par des provinces à court de liquidités et par des gouvernements nationaux

ailleurs offre la meilleure des occasions d'intégrer rapidement le RLL au règlement des différends traditionnel.

## Qu'est-ce que cela signifie pour les professionnels du RED?

Si vous êtes un professionnel du RED, vous vous demanderez peut-être, en prenant connaissance de ces évolutions, ce que tout cela signifie pour vous. Quelle incidence cela aura-t-il sur l'exercice de votre profession? De nombreux professionnels du RED sont souvent sceptiques concernant le RLL parce qu'une grande partie de leur travail s'effectue en personne. Les experts du RED incitent fréquemment les parties à s'asseoir autour d'une table. Par conséquent, dire que le même travail peut être accompli en ligne peut donner l'impression de faire un pas dans la mauvaise direction.

Toutefois, le débat opposant RLL et RED est un peu une fausse dichotomie. Dire que le RLL peut être utile pour régler un différend ne revient pas à dire qu'il faut y recourir dans tous les cas. Certains différends sont mieux gérés entièrement en personne, alors que d'autres peuvent l'être en ligne. Souvent le meilleur processus de règlement de différends sera une solution hybride, dans laquelle une partie du travail s'effectuera en ligne et l'autre en personne.

En fait, la frontière entre le RED et le RLL commence à s'estomper. De nombreux professionnels supposément pro-RED en personne rencontrent pour la première fois leurs clients en ligne, interagissent avec eux par courriel et par téléphone, partagent des documents et des ententes modifiées conjointement en format Word, utilisent Excel pour analyser et répartir les actifs, et organisent des réunions par l'en-tremise de leur calendrier Gmail. Dans la salle, les parties peuvent utiliser des projecteurs ACL pour modifier conjointement des renseignements ou effectuer des recherches sur la valeur des actifs et la loi applicable à l'aide de leur iPhone. En outre, il est de plus en plus courant de voir des parties contourner leur arbitre à l'aide de la technologie (par exemple, Facebook, Twitter, SMS ou courriels) si celui-ci n'offre pas, de façon proactive, des moyens technologiques permettant aux parties de

travailler ensemble au début du processus.

Afin d'offrir aux professionnels du RED un plan détaillé qui leur permettra d'étudier ces questions, nous avons élaboré un certain nombre de critères dont les médiateurs devront tenir compte lorsqu'ils planifient la mise en œuvre d'un RLL. L'utilisation de ces critères permettra d'orienter les professionnels concernant les types de technologie qu'ils peuvent utiliser afin d'en tirer pleinement parti dans l'exercice de leur profession. Parmi ces critères figurent :

- la géographie;
- les exigences législatives;
- les personnes ayant recours à la gestion de dossiers et le nombre de plaintes;
- l'alphabétisation et la langue;
- la connectivité à Internet;
- les fuseaux horaires;
- les exigences en matière de service;
- les caractéristiques des clients ou de l'auditoire;
- l'environnement socioculturel.

Nous allons maintenant étoffer brièvement chacune de ces catégories, en posant certaines questions que les professionnels pourraient se poser.

### La géographie

Où se trouvent les parties? Sont-elles dans le même bâtiment ou dispersées sur plusieurs pays ou continents? Les activités de règlement des différends se déroulent-elles au même endroit, ou sont-elles décentralisées dans plusieurs bureaux qui doivent se partager les renseignements? Le mandat du système de règlement des différends couvre-t-il une zone géographique déterminée comme un pays, une province, un état, une ville, un hôpital ou une université? Si les activités se déroulent au sein d'une entreprise ou d'un organisme, le groupe de clients se trouve-t-il au même endroit ou dans le même bâtiment, ou est-il réparti dans plusieurs endroits, villes, provinces, états ou continents? Dans l'affirmative, le RLL peut s'avérer très utile.

### Considérations législatives

Avant de se lancer dans la mise en œuvre de systèmes de RLL, les professionnels doivent consulter les documents tels la

Charte, les règlements administratifs, les statuts ou les lois pour vérifier si des obstacles existent à l'utilisation du RLL. Les professionnels doivent déterminer si les plaintes doivent être déposées d'une certaine manière. Par exemple, si une signature est requise, les documents doivent-ils être remis en personne aux fins de vérification d'identité? Existe-t-il des lois concernant le respect de la vie privée ou l'accès à l'information qui ont une incidence sur l'utilisation du RLL dans les activités de règlement des différends?

Les professionnels doivent également connaître les cadres législatifs qui ont des répercussions sur le respect de la vie privée, la confidentialité, l'accès à l'information et la contraignabilité des dossiers, étant donné que ce seront des facteurs déterminants lorsque l'on envisage de recourir au RLL. Les professionnels peuvent souhaiter rédiger des ententes propres à certains utilisateurs, ce qui accroît la confidentialité entourant les processus de RLL.

### Les personnes ayant recours à la gestion de dossiers et le nombre de plaintes

Les concepteurs de systèmes de règlement des différends doivent évaluer l'extensibilité et le coût du RLL en ce qui a trait au nombre de plaintes reçues, et au nombre d'utilisateurs du système. Évidemment, plus le nombre de plaignants ou de représentants de l'Ombudsman utilisant le système est grand, plus le coût unitaire de la mise en œuvre baisse. Les professionnels doivent étudier avec attention les coûts unitaires par rapport aux coûts existants liés aux déplacements, aux entrevues de l'enquête [...], avant la mise en œuvre.

Le RLL est particulièrement intéressant lorsque les enquêtes incluent des événements systémiques, ou lorsqu'il y a plusieurs plaintes pour un même dossier. L'utilisation des technologies de RLL permet de suivre facilement de gros volumes de correspondances et aide les enquêteurs à distinguer ou à combiner des faits, des éléments probants, des échanges et des résultats, tout au long du processus d'enquête et de réparation.

## **L'alphabétisation et la langue;**

Les professionnels doivent connaître les langues dans lesquelles les utilisateurs du système peuvent souhaiter communiquer, et tenir compte de l'alphabétisation générale et des compétences informatiques du groupe de clients. Si les professionnels servent un groupe de clients multilingue, le système de RLL doit être conçu de façon à permettre la saisie de renseignements dans toutes les langues, ou envisager le recours à des services de traduction. Les traductions peuvent être effectuées par le truchement d'outils de traduction en ligne ou de traducteurs de langue maternelle. Les systèmes de RLL ne doivent pas prendre la traduction à la légère, tant pour les correspondances reçues des plaignants que pour celles qui leur sont envoyées.

Les professionnels doivent tenir compte de la langue et des idiomes dans l'évaluation du niveau d'alphabétisation général. Par exemple, un groupe de clients qui utilisent habituellement l'argot ou un patois sera-t-il bien servi dans un environnement écrit?

Lorsqu'ils envisagent de mettre en œuvre un système de RLL, les professionnels doivent évaluer le niveau d'alphabétisation général et les compétences informatiques de leur groupe de clients.<sup>15</sup> Si les clients ou le personnel ont des lacunes dans l'un ou l'autre des domaines, les professionnels doivent reconstruire la mise en œuvre d'un système de RLL.

## **La connectivité Internet**

Les concepteurs de systèmes doivent évaluer la connectivité Internet de leurs clients. Il existe une différence évidente entre un accès à l'aide d'une ligne téléphonique locale et une connexion Internet haute vitesse à large bande. Les concepteurs doivent également tenir compte de l'accès à un ordinateur ou à des technologies mobiles

pour utiliser le système de RLL. Si les systèmes de règlement des différends sont destinés à des clients dans des zones offrant une connectivité réseau limitée ou un accès limité à des ordinateurs, le RLL pourrait donner de moins bons résultats que dans une zone offrant de nombreuses connexions haute vitesse et ordinateurs.

## **Les fuseaux horaires**

Les professionnels doivent tenir compte des heures auxquelles ils souhaitent que le service soit accessible, des fuseaux horaires qu'ils desservent et des heures auxquelles les clients peuvent accéder au système. Le bureau souhaite-t-il être ouvert en tout temps? Le système dessert-il des clients dans plusieurs fuseaux horaires? Par exemple, les clients sont répartis dans tout le Canada qui compte six fuseaux horaires? Est-il plus probable que les clients utilisent le système de RLL pendant les heures de travail ou en dehors de celles-ci?<sup>16</sup>

## **Les exigences en matière de services**

Les professionnels doivent réfléchir à la nécessité d'exigences de service lorsqu'ils conçoivent et mettent en œuvre un système de RLL. Les exigences en matière de service d'un Ombudsman aux droits de l'homme qui enquête sur des pratiques injustes liées à l'*habeas corpus* dans une zone de conflit peuvent différer de celles d'un Ombudsman des services bancaires offrant un programme axé sur les clients. Si les clients courrent un risque immédiat, le système de RLL doit alors être conçu de façon à être très réactif.

## **Les caractéristiques des clients ou de l'auditoire;**

Le groupe de clients présente-t-il certaines des particularités qui orienteraient les professionnels dans la conception du système de RLL? Par exemple, le bureau de

l'Ombudsman de l'ICANN offre des services fondés sur une certaine relation avec Internet à un public particulier. On pourrait en déduire que ces clients maîtrisent très bien l'informatique. Il en est de même pour la population universitaire. Si le système offre des services à un groupe de clients composé de personnes handicapées, le RLL aura-t-il le même impact que des services offerts en personne?

Par exemple, des personnes dont le handicap limite la mobilité peuvent trouver plus commode d'utiliser des technologies de RLL plutôt que de devoir déployer d'énormes efforts pour se rendre à un bureau. En outre, des personnes ayant un handicap qui limite leur capacité à communiquer en personne, comme la surdité, ou les déficiences psychiatriques ou cognitives peuvent préférer utiliser des technologies de RLL synchrones pour traiter leur plainte.

## **L'environnement socioculturel**

Les professionnels désireux de mettre en œuvre des systèmes de RLL doivent prendre en considération le contexte socioculturel général dans lequel ils se trouvent. Il y aura des différences en matière de communication et de culture entre les sociétés offrant un contexte de communication explicite ou implicite. Cela aidera à orienter le concepteur du système concernant le potentiel de réussite de ce dernier. Le système de RLL doit être conçu en tenant compte des exigences culturelles du groupe de clients.

## **Applicabilité du RLL au droit**

La technologie ne modifie pas uniquement le règlement des différends. Il transforme également la pratique du droit. Les outils de RLL sont très prometteurs en ce qui a trait à la gestion de problèmes incroyablement complexes présentés devant les tribunaux de nos jours :

- gestion d'un nombre croissant de litiges;
- réduction du coût du règlement des différends pour les parties concernées;
- réduction les coûts physiques bien réels de construction, dotation en personnel et d'administration des tribunaux et des processus judiciaires;
- gestion d'un nombre croissant de parties au litige qui se représentent seules;

## **Règles nationales d'arbitrage et Règles 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](mailto:admin@adrcanada.ca), [www.adrcanada.ca](http://www.adrcanada.ca)

- réponse à la demande d'un accès accru à la justice.

Habituellement, le processus judiciaire est synchrone, se déroule en personne, compte de nombreux retards et est extrêmement antagoniste. Tout cela tient à sa conception. Les tribunaux ne se veulent pas abordables, faciles à utiliser, ni axés sur la satisfaction des parties. Ils se veulent un moyen de réparation de dernier ressort. En revanche, le RLL vise habituellement l'efficacité et la satisfaction. Les processus de RLL sont souvent plus orientés vers une négociation et des compromis que vers des interactions contradictoires. Les plateformes de RLL sont conçues pour maximiser la rapidité, la souplesse et les économies.

Plusieurs des avantages identifiés dans le domaine du RED sont également applicables dans le contexte juridique. Le mouvement pour l'utilisation de la technologie en droit tente activement de la mettre à profit afin qu'elle offre des avantages similaires en matière de prestation de services juridiques. Mais les obstacles structuraux empêchant une modification généralisée du domaine juridique sont bien plus importants que ceux du domaine du règlement des différends. Il est très probable que des changements seront apportés au règlement des différends beaucoup plus rapidement qu'à la sphère judiciaire.

## Perspective d'avenir

Il ne fait aucun doute que le rythme de changement va continuer à s'accélérer. Les choses que nous pouvons faire grâce à la technologie contemporaine nous sembleront désuètes dans à peine quelques an-

nées, et celles que nous considérons comme futuristes aujourd'hui (p. ex. la téléconférence en téléprésence en haute définition, les ordinateurs à écran tactile de la taille d'une table, etc.) paraîtront très courantes demain. Ces nouvelles technologies n'ont pas été inventées pour le règlement des différends, mais il va sans dire, à mesure qu'elles s'ancrent dans nos vies, que les professionnels les utiliseront. Bientôt, l'idée de rouler une heure pour traverser la ville à l'heure de pointe pour une réunion paraîtra aussi archaïque qu'un téléphone filaire. S'il est important de se rencontrer en personne, et si les parties peuvent le faire, elles le feront. Mais s'il n'y a pas lieu de se rencontrer en vue d'une interaction particulière, la technologie s'imposera de plus en plus comme une solution de rechange plus pratique et plus acceptée culturellement.

L'un des concepts fondamentaux en RLL repose sur l'idée d'une « quatrième partie » introduite par Ethan Katsh et Janet Rifkin dans leur ouvrage marquant intitulé *Online Dispute Resolution* (Jossey-Bass, 2002). Cette idée soutient que les technologies de l'information et des communications peuvent contribuer aux processus de règlement des différends presque comme s'il s'agissait d'une autre partie assise à la table, aux côtés des parties au litige et du tiers neutre. Et cette quatrième partie peut apporter des choses qu'un processus de médiation éthique ne devrait jamais permettre, comme suggérer des solutions de règlement, évaluer des offres confidentielles et orienter les parties vers un processus plutôt qu'un autre. La technologie ne pouvant être influencée par la dynamique humaine du processus (en

grande partie parce qu'elle repose sur des algorithmes, et non sur des émotions), les normes éthiques applicables aux médiateurs et aux arbitres humains ne sont pas nécessairement pertinentes pour les ordinateurs qui jouent le rôle de la quatrième partie. Cependant, les mécanismes de règlement faisant appel à des logiciels soulèvent de nouvelles questions éthiques parce qu'il est également possible d'entrer des éléments injustes et partiaux dans ces logiciels. Nous devrons nous habituer à la présence de la technologie. Cela peut sembler peu familier au départ, mais nous finirons par l'adopter et la considérer comme une alliée.

Le RLL ouvre de nouvelles voies au règlement des différends. Il semble utiliser la puissance formidable et croissante de la technologie pour faire tomber les murs qui encadrent actuellement le travail des professionnels du règlement des différends. Ce faisant, il permet l'application créative d'approches théoriques, réduit les coûts, et améliore la satisfaction des participants et la qualité du résultat.

Il y a plus de 20 ans, le télecopieur révolutionnait le partage d'information entre les parties au litige. Il y a plus de 10 ans, l'utilisation répandue du courriel améliorait la communication entre les parties et les arbitres. Qui sait quelle technologie révolutionnaire apparaîtra dans les années à venir? Quoi que ce soit, prendre le temps de vous familiariser aux outils de RLL vous aidera à devenir un meilleur professionnel du règlement des différends, et vous préparera à l'avenir. ♣

© 2012 Fowlie, Rule and Bilinsky

1 Chef de la direction et Ombudsman à <http://internetombudsman.biz>, ancien Ombudsman à ICANN

2 Chef de la direction de Modria.com, auteur de *Online Dispute Resolution for Business*, ancien directeur du règlement en ligne des différends pour eBay

3 Consultant/conseiller en gestion de cabinet, Société du Barreau de Colombie-Britannique et blogueur à <http://thoughtfullaw.com>

4 <http://odr.info/about> consulté le 28 janvier 2012

5 Canada, Argentine, Royaume-Uni, États-Unis, République-Tchèque, Singapour, Inde, Nigeria, Espagne, Égypte, Israël et Sri Lanka

6 <http://www.odr2012.org/>

7 <http://www.odrforum2008.org/>

8 <http://www.odrandconsumers2010.org/>

9 <http://www.odr.info/node/61>

10 <http://www.icann.org/fr/help/ombudsman/odr-standards-of-practice> (consulté le 10 décembre 2010)

11 « Elles ont pour bases la littérature et la recherche actuelles dans le champ de la résolution en ligne de différends et sont proposées en tant que guide de pratique à travers du large spectre de ce champ. » « Les membres du Comité reconnaissent et honorent le fait que chaque projet de l'ODR sera unique dans son application de la technologie et dépendant de la communauté qu'il sert. Les membres du Comité reconnaissent également l'importance de lois nationales et internationales dans l'exécution et la performance de

ces projets. De cette façon, les normes de pratiques recommandées doivent être considérées tels des principes, pas nécessairement tels des cadres de travail opérationnels et individuels. » <http://www.icann.org/fr/help/ombudsman/odr-standards-of-practice> (consulté le 10 décembre 2010)

12 <http://www.oecd.org/fr/sti/economie/38960185.pdf>

13 [http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working\\_groups/3Online\\_Dispute\\_Resolution.html](http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html)

14 <http://bit.ly/tiqgEa>

15 Le colonel Patrick Stogran a été le premier Ombudsman d'Anciens Combattants Canada.

Au cours d'une conversation, il a évalué les compétences informatiques de ses clients et soulevé une problématique intéressante. D'une part, son groupe de clients se composait de jeunes anciens combattants qui avaient servi dans le conflit en Afghanistan. Ces derniers étaient tous très à l'aise en informatique et maîtrisaient très bien Internet. D'autre part, le groupe de clients incluait des anciens combattants de la seconde guerre mondiale et de la guerre de Corée dont les compétences informatiques étaient, de manière générale, bien plus faibles.

16 Une étude menée par un organisme fédéral concernant la consultation des sites Web au Canada a montré que la consultation des sites Web était plus élevée après 21 h. Des entrevues avec des clients ont révélé qu'il s'agissait de l'heure de la journée où les jeunes familles avaient couché leurs enfants, ce qui laissait le temps aux parents de consulter Internet tranquillement.



Stephen Grant  
Grant & Sadvari  
[www.grantsadvari.com](http://www.grantsadvari.com)

# Ten Reasons Family Mediations Fail<sup>1</sup>

Anecdotally anyway, colleagues in the ADR field<sup>2</sup> have noted that 95% of all failed mediations ultimately resolve further down the adversarial line, closer to trial or arbitration. This leads inescapably (and somewhat, facetiously) to the conclusion that the parties hadn't yet spent enough money on the process. This, in turn, begs the question, what is the problem?

After much consideration, I compiled my own Top Ten list of the reasons family mediations fail. This is clearly not an exhaustive list but rather one borne, from my perspective as both counsel and mediator, from seeing missed opportunities for resolution by parties determined to engage in the struggle until "death do them part."

I think there are two aspects to this inventory that may be illuminating.

By appreciating the underlying problem(s) besetting the mediation process, the mediator is in a better position to reframe the issue, change the focus or postpone the process to a more propitious time when either or both parties may be more ready to hear cogent advice.

I also think we underemphasize the fact that parties, deep down, despite their present animosity, often want to continue to have a relationship of some sort, at least after their more hostile feelings abate. Whether it's sitting together at a child's graduation, wedding or other family celebration or simply being available in the case of an emergency, it's usually worth ensuring that we recognize and highlight the value of an ongoing relationship, especially where there are children of the relationship. While it may be self-evident, it may be that we don't emphasize it enough.

While these points may be read discretely, there is often an amalgam of them present when mediations end unsuccessfully. These, then, are my Top Ten reasons family mediations fail, from least to most significant<sup>3</sup>:

## 10. Counsel as impediment:

I mention this reluctantly<sup>4</sup> as generally, if the parties are in mediation, there is every reason to believe that counsel have been promoting the possibility of settlement. From time to time,

however, counsel have their own self-serving agenda and/or have not provided their clients with the real range of achievable outcomes. Occasionally, poor relations between counsel create a poisonous atmosphere rendering settlement difficult if not impossible but, more often than not, counsel are the settlement facilitators.

## 9. Discordance of interest:

Difficulty arises when there exists an asymmetry of interests. That is, say, one party wants to resolve financial concerns while the other is focused on parenting. This creates a potentially fractious imbalance requiring the mediator to try melding portions of each party's position into parts of the other party's, bringing their divergent interests into a collective whole.

## 8. Power imbalance:

A discernible power imbalance almost always creates a mediation problem, often arising where one party can out-money, out-last the other. I need not mention domestic violence here; where a mediator finds its presence, mediation is an unlikely alternative to any form of adjudication, whether arbitration or court, where sanctions for misconduct are available.

## 7. Lack of client preparation:

This is where counsel have not properly prepared their clients or, more likely, the parties are not in the frame of mind to take counsel's advice. It means the mediator has to start many paces back, losing cost-effectiveness and time.

## 6. Manipulation:

As mediator, one easily spots the situation where one party is using the mediation process to delay or cause the other party aggravation or additional expense. In other words, the mediation is a procedural pretext, entered into by one or the other party essentially in bad faith to try to manipulate the other side into capitulation.

## 5. Insincerity:

Another form of disingenuousness comes when one party wants to use the process to suss out the other's bottom line or evidentiary cache, especially if the mediation is being held before discovery ("questioning" in the *Family Law Rules*).

## **4. Timing:**

Sometimes the timing of the mediation is bad. It's either too far ahead of the appropriate step in the process or too close to the 'tipping point' such as a motion or trial where the proceeding takes a different direction.

## **3. Fatigue:**

It is dangerous to permit a settlement when litigation or emotional fatigue is present in at least one of the parties. Apart from the possibility of the settlement leaving psychological carnage in its wake for the parties, it may also lead the party who thinks he or she has been "taken" to attempt an action against his or her counsel. While a worn-down party might well succumb to settlement exhortations,<sup>5</sup> it's almost invariably a bad idea to conclude the matter at that point, at least in family mediations. Better to have an agreement that has a "cooling-off" term in it.

## **2. Unrealistic expectations:**

Frequently, parties hold on to unrealistic expectations. These may include unarticulated ones such as the possibility of reconciliation. A good mediator will try to disabuse that party of

the possibility of settlement if these expectations persist but cannot be met in the result. Mediation, after all, is both evaluative and facilitative.

## **1. Unfinished business:**

When a couple separates, they go through the same stages of grief as on death (as described by Elizabeth Kübler-Ross in *On Death and Dying*). Thus, the main reason that family mediations fail is that the parties have yet to resolve their unfinished emotional business. While one spouse might be ready to resolve and move on, the other spouse is not at that particular stage.

By identifying the underlying problem, the effective mediator can use the best strategy at hand to alleviate the problem and turn mediation failure into mediation success. ♣

1 *A la* David Letterman, without the humour. I originally presented these musings at an OBA Mediation Section dinner, January, 2012.

2 Most recently, Barry Fisher, Mediator, chair of the dinner at which I was a speaker.

3 Sort of.

4 I also don't want it suggested, as the common misperception has it, that it's the lawyers, rather than the clients, who cause the acrimony when, of course, we don't.

5 As used to happen before a particular judge.

# **Dix raisons à l'origine de l'échec des médiations familiales<sup>1</sup>**

*Stephen Grant, Grant & Sadvari, [www.grantsadvari.com](http://www.grantsadvari.com)*

Ainsi, de façon anecdotique, des collègues œuvrant dans le domaine du RED<sup>2</sup> ont remarqué que 95 % de l'ensemble des médiations qui échouent finissent par se résoudre un peu plus tard durant la confrontation, à l'approche du procès ou de l'arbitrage. Cela amène inévitablement (et de façon plutôt facétieuse) à la conclusion que les parties n'avaient pas encore dépensé suffisamment d'argent dans la procédure. Cette idée, à son tour, soulève la question suivante : quel est le problème?

Après maintes réflexions, j'ai dressé une liste des dix principales raisons pour lesquelles, selon moi, les médiations familiales échouent. Elle n'est évidemment pas exhaustive, mais découle plutôt de ma perspective en tant que conseiller juridique et médiateur, du fait d'avoir vu des parties manquer des occasions de règlement, déterminées à se lancer dans une lutte jusqu'à ce que « la mort les sépare ».

Selon moi, cet inventaire comporte deux aspects susceptibles de nous éclairer.

Examiner les problèmes sous-jacents au processus de médiation permet au médiateur de mieux recadrer le problème, de modifier la perspective ou de reporter le processus à un moment plus opportun, durant lequel l'une des parties ou les deux pourraient être plus disposées à entendre des conseils convaincants.

Selon moi, nous sous-estimons également le fait que les parties, dans le fond, malgré l'animosité ambiante, souhaitent souvent entretenir une relation quelconque, du moins une fois leur

hostilité atténuée. Qu'il s'agisse de s'asseoir ensemble à la remise du diplôme d'un enfant, à un mariage ou à une autre fête de famille, ou simplement d'être disponible en cas d'urgence, reconnaître et garder à l'esprit la valeur d'une relation en cours est toujours utile, particulièrement si elle inclut des enfants. Bien que cela semble aller de soi, il est possible que nous ne le soulignions pas suffisamment.

Même si ces raisons ne sont pas toujours évoquées, certaines d'entre elles reviennent souvent lorsque des médiations se terminent mal. Aussi, voici ma liste des dix principales raisons, ou du moins des plus significatives, pour lesquelles les médiations familiales échouent<sup>3</sup>:

## **10. Conseillers juridiques perçus comme des obstacles :**

Je cite ce point avec réticence<sup>4</sup> étant donné qu'en général, si les parties sont en médiation, il y a toutes les raisons de croire que les conseillers juridiques ont souligné la possibilité d'un règlement. De temps à autre, cependant, des conseillers juridiques adoptent une démarche égoïste ou n'informent pas leurs clients de l'éventail réel de résultats envisageables. Parfois, de piétres relations entre les conseillers juridiques créent une atmosphère malsaine qui rend tout règlement difficile, voire impossible. Mais, la plupart du temps, les conseillers juridiques facilitent le règlement.

## **9. Intérêts divergents :**

Des problèmes se posent lorsque les intérêts divergent. Par exemple, admettons que l'une des parties souhaite régler des

préoccupations financières et que l'autre se concentre sur les responsabilités parentales. Cela crée un déséquilibre susceptible d'entraîner une fracture, et nécessite que le médiateur tente de réconcilier certains intérêts de chacune des parties afin de trouver un terrain d'entente à leurs divergences.

### **8. Déséquilibre de pouvoir :**

Des forces indéniablement déséquilibrées créent toujours un problème dans le cadre d'une médiation, qui surgit souvent lorsqu'une des parties est en mesure d'épuiser l'autre financièrement ou de résister plus longtemps. Nul besoin de mentionner ici la violence domestique. Lorsqu'un médiateur constate qu'il en est question, la médiation ne saurait remplacer un jugement issu d'un arbitrage ou d'un procès, lesquels prévoient des sanctions pour inconduite.

### **7. Manque de préparation des clients :**

Il s'agit des cas où les conseillers juridiques n'ont pas suffisamment préparé leurs clients ou, plus vraisemblablement, ces derniers ne sont pas en état d'écouter leurs conseils. Cela signifie que le médiateur doit souvent se répéter, perdant rentabilité et temps.

### **6. Manipulation :**

Un médiateur peut facilement identifier une situation dans laquelle l'une des parties utilise la médiation pour retarder l'autre partie, aggraver sa situation ou lui imposer des frais supplémentaires. En d'autres termes, la procédure sert de prétexte à l'une des parties, essentiellement de mauvaise foi, pour tenter de pousser l'autre à capituler.

### **5. Manque de sincérité :**

Une autre astuce fallacieuse consiste pour l'une des parties à tenter d'utiliser la procédure pour cerner la limite de l'autre partie ou les éléments probants dont elle dispose, particulièrement si la médiation a lieu avant l'interrogatoire au préalable (« interrogatoire » dans les règles de procédure en droit de la famille).

### **4. Choix du moment :**

Parfois le moment de la médiation est inopportun. Elle arrive soit tôt par rapport aux étapes normales du processus, soit trop proche du point critique, c'est-à-dire une requête ou un pro-

cès, au cours desquels les poursuites prennent une direction différente.

### **3. Fatigue :**

Il est dangereux de permettre un règlement lorsqu'au moins une des parties est épuisée par le litige ou à bout émotionnellement. Non seulement le règlement pourrait avoir de graves conséquences psychologiques sur les parties, mais il pourrait amener la partie qui s'estime « lésée » à entamer des poursuites contre son conseiller juridique. Alors qu'une partie épuisée pourrait baisser les bras face aux exhortations à conclure un règlement,<sup>5</sup> clore un dossier à ce moment est presque invariablement une mauvaise idée, du moins dans les cas de médiation familiale. Il vaut mieux parvenir à une entente qui offre un sentiment d'apaisement.

### **2. Attentes irréalistes :**

Très souvent, les parties ont des attentes irréalistes. Celles-ci peuvent, entre autres, être non exprimées comme une éventuelle réconciliation. Un bon médiateur tentera de mettre en garde la partie concernée contre la possibilité d'un règlement si ces attentes persistent, mais ne peut garantir les résultats. Après tout, la médiation vise à la fois à évaluer et à faciliter.

### **1. Problèmes en suspens :**

Lorsque les membres d'un couple se séparent, ils traversent les mêmes étapes de deuil qu'après un décès (comme le décrit Elizabeth Kübler-Ross dans *Vivre avec la mort et les mourants*). Ainsi, la principale raison pour laquelle les médiations familiales échouent est que les parties ont encore des problèmes émotionnels non résolus. Alors que l'un des conjoints peut être prêt à les résoudre et à aller de l'avant, l'autre peut ne pas l'être encore à ce moment.

En identifiant le problème sous-jacent, le médiateur efficace peut mettre en œuvre la meilleure stratégie possible pour atténuer le problème, et transformer une médiation manquée en une médiation réussie. 

1 À la David Letterman, sans l'humour. À l'origine, j'ai présenté ces réflexions au cours d'un souper de la section Médiation de l'ABO, en janvier 2012.

2 Tout récemment, Barry Fisher, médiateur, a présidé le souper durant lequel je suis intervenu.

3 En quelque sorte.

4 Je ne veux pas non plus répandre l'idée bien souvent erronée, que ce sont les avocats et non les clients qui causent l'acrimonie, puisque bien évidemment, ce n'est pas le cas.

5 Comme cela était le cas face à un certain juge.

**ADR  
CONNECT**



**Find a Mediator, Arbitrator, Trainer or other ADR Specialist with our unique Search Engine**

<http://adrcanada.force.com/adrmembersearch>



Michael F. Welsh,  
Q.Arbitrator, ACIArb

As our court system develops increasingly crowded dockets, courts and the governments that fund them seek new tools to resolve cases. In B.C. the Cowper Commission was given the task of looking at ways to improve efficiencies within the criminal justice system.<sup>2</sup> The Cowper Report poses the problem of effective court intervention to resolve cases without trial.

Justice leaders have long sought to find ways to promote early case resolutions to achieve efficiencies and better match resources with demand for professional and judicial services. Almost all cases are in fact resolved by guilty plea or stay of proceeding, yet the system is still organized based on the assumption that all cases will proceed to trial. ... Despite the best of intentions, judges, prosecutors and defence counsel were not able to create the conditions for early resolution. ... There are several reasons why this would be the case, but it is both timely and necessary to revisit the approach to the pre-trial resolution of cases.<sup>3</sup>

Mr. Cowper's proposals continue to invest the responsibility for negotiated resolutions in prosecution and defence counsel. He does not address a formal system of mediation within the criminal court system in B.C. Yet some jurisdictions abroad and in Canada have implemented programs with success. As timely resolution of criminal cases is *Charter*-mandated, with a potential consequence of a judicial stay of proceedings if not met, mediation in criminal cases is worthy of exploration across Canada.

Most discussions of mediation in criminal law fix on victim-offender mediation

# Can Mediation be Criminal?

## Models for Court Mediation in Plea Bargaining

*The prompt and vigorous administration of the criminal law is to be commended and encouraged ... but swift justice demands more than just swiftness*  
-U.S. Justice Potter Stuart<sup>1</sup>

in the context of restorative justice and much has been written on the subject. The focus of this article is on the extent to which the court should involve itself in "plea bargain" negotiations.

The term "plea bargain", as is clear from some of its synonyms (for instance, "copping a plea"), has pejorative undertones in public discussion, as a way for an accused to negotiate a plea to a less serious charge or a more lenient sentence and thus avoid the legitimate consequences of his acts. However, it is widespread. Studies show up to 95% of all U.S. criminal cases are resolved through plea bargain.<sup>4</sup> A 1998 Ontario study concluded 91.3% are resolved without trial with the implication that most were due to plea bargains.<sup>5</sup> The Cowper Report estimates it at some 98% in B.C.<sup>6</sup>

The term is seldom used in Canada although the practice is entrenched as a legitimate way to resolve cases, but (somewhat differently than in the U.S.) with the court still having a limited discretion to reject the agreed-upon sentence. Canadian courts are obliged to approve a joint submission on sentence unless the judge concludes it is contrary to the public interest and would bring the administration of justice into disrepute, in which case the judge must give reasons for its rejection.<sup>7</sup>

Plea bargaining is a negotiation between the accused and the prosecution during which the accused agrees to plead guilty in exchange for certain concessions by the prosecution. It can be of three types:

1. Charge bargaining;
2. Sentence bargaining;
3. Fact bargaining.

In charge bargaining the accused pleads guilty to a less serious charge or guilty to some of an array of charges with the others being stayed, withdrawn or dismissed. The court has no ability to reject a charge negotiation.

Sentence bargaining is a guilty plea in return for a lighter sentence than the prosecution would seek on conviction after a trial. In Canada, any such arrangement is subject to court approval on the principles noted earlier.

Fact bargaining is the least used form. It involves the prosecutor agreeing not to reveal aggravating factual circumstances to the court that would lead, for instance, to a mandatory minimum sentence or to a more severe sentence under sentencing guidelines.

A number of Canadian judges are unhappy with their limited role in plea bargain situations. Some have voiced this publicly. In a recent speech, Mr. Justice Rosenberg of the Ontario Court of Appeal said that plea bargaining has largely "neutered" trial judges; "One of the things I hear over and over again from them is: 'What am I doing in the courtroom, when 90 per cent of it has already happened and I'm just expected to apply a rubber stamp?'"<sup>8</sup>

Similarly, in a recent reported interchange in a London, Ontario court, the judge stated he felt judges' "hands are bound" by plea-bargaining with sentences that fall below what he believes they should be. The candid comments came during a heated exchange between the judge and a defence lawyer who was indignant the judge would question the plea bargain. The judge said he swore

an oath and was “here on behalf of the community” to “make decisions — I’m not here to be a rubber stamp for deals that are made.”<sup>9</sup>

Plea negotiations in Canada and the U.S. usually involve defence counsel and the prosecutor. Unlike victim-offender mediation, the victim is very seldom part of this process. There are legitimate reasons for this.

Under the traditional criminal system, the victim’s role is little beyond being a witness for the prosecution, and accordingly the prosecutor and the victim typically have limited contact. Furthermore, since most victim-offender mediations take place after guilt is established or acknowledged, and the victim may be convinced that the accused in front of him is indeed guilty, victim-offender mediation may not be as well-suited in a situation like plea bargaining in which the accused should theoretically retain his presumptive innocence. ... Indeed, a typical victim-offender mediation and a plea negotiation may have different goals and may not be compatible.<sup>10</sup>

Unlike civil or family mediations, where full disclosure of facts is required, plea negotiations often occur with limited factual disclosure. Defence counsel may know less than the prosecutor and the accused, as the accused alone often knows if she committed the criminal act (something many defence lawyers do not ask about or want to know) and, while rules of disclosure in Canada are wide<sup>11</sup>, a prosecutor may hold back some cards for bargaining power. Yet defence counsel is required to ably represent the accused. In March, 2012, a bitterly divided U.S. Supreme Court held that the Sixth Amendment to the Constitution (giving an accused a right to a fair trial) includes a right to an effective lawyer during plea bargaining, with the potential setting aside of a sentence where this does not occur. A similar argument might be made in Canada under sections 9 and 11(d) of the *Charter* or as a “miscarriage of justice” under section 686(1)(a)(iii) of the *Criminal Code*.

The reality is that for the most part, criminal justice today is “a system of pleas,” said the court in a decision that Scalia J. in dissent called “absurd”, going beyond the right to a fair trial. Given that 95% of all convictions are the result of plea bargains, the majority said the right to adequate assistance of counsel cannot exclude the “central role plea bargaining plays.” For the most part, plea bargaining determines “who goes to jail and for how long. It is not some adjunct to the criminal justice system. It is the criminal justice system.”<sup>12</sup>

Thus we have a situation with judges seeing themselves as being factored out of the equation in determining the appropriate disposition of cases before them, and defence counsel being held to high standards in their representation of their clients while at times having limitations on information about the case against and for the client.

Consequently, prosecution and defence have periodically sought assistance from the court. Courts have in other instances taken the initiative to offer it. This has occurred in differing ways in various jurisdictions.

In settlement conferences in civil and family law, it is often useful to have a judge tell the parties what ruling might be given on the facts as articulated by counsel in order to give a form of “reality check” in the bargaining process. In the area of criminal law, that exercise is fraught with problems given the presumption of innocence, cases of wrongful conviction, the right of an accused not to give evidence, concerns with use of information disclosed in a conference setting if the matter proceeds to trial and the court’s ability to impose confidentiality. Thus until recently courts have stepped back from this role.

I am of the view that it is not advisable for a judge to take any active part in discussions as to sentence before a guilty plea has been taken nor to encourage indirectly a plea of guilty by indicating what his sentence would be. ... A trial judge can only determine what a just sentence should

be after he has heard all of the relevant evidence in open court on that subject and has listened to the submissions of counsel.<sup>13</sup>

## United Kingdom:

These concerns had led to a rule (the “*Turner* Rule” from a case of the same name<sup>14</sup>) that generally prohibited a judge from giving any indication of sentence in advance of a guilty plea. Before *Turner* barristers occasionally met with a trial judge in chambers seeking the judge’s view on the sentence that might follow an immediate guilty plea. In *Turner*, following such a discussion, defence counsel told the accused that in counsel’s opinion a guilty plea would avoid jail while a conviction would mean jail. The accused thought this was the judge’s view and entered a guilty plea. When the judge learned of this, he concluded improper pressure had been put on the accused and held the plea a nullity. He also held, and subsequent courts endorsed, that a judge should never, with one exception, indicate how he might sentence in advance of a guilty plea, and in particular never contrast it with what the sentence might be on a conviction. It was only permissible to state what form the sentence might take (fine, probation, jail) if it would be the same whatever the plea.

The Court of Appeal (Criminal Division) revisited the *Turner* Rule in 2005 in *R. v. Goodyear*.<sup>15</sup> As with any rule, problems in its application had arisen. The appellate court found a “very different culture to that which obtained when *Turner* was decided.”<sup>16</sup> It replaced the *Turner* Rule with a set of guidelines “to ensure common process and continuing safeguards against the creation of appearance of judicial pressure on the defendant.” The *Goodyear* guidelines are:

1. The judge should never give an advance indication of sentence on guilty plea unless one has been sought by the accused.
2. Defence counsel should initiate the process after getting written authorization of the accused and must stress to the accused not to plead guilty unless she is guilty and ensure that the accused understands the prosecution may appeal an unduly

- lenient sentence.
3. Defence and prosecution must have completed the plea negotiation process (agreed on the charges to which the accused will plead and have an agreed statement of facts) before seeking a sentence indication.
  4. The process should occur in a case conference before trial, but can occur in the court's discretion on the trial date or during the course of a trial.
  5. The judge retains the discretion to accede to, refuse or postpone a sentence indication (for instance to obtain more information such as a pre-sentence or psychiatric report or if he feels the accused is under pressure to plead guilty.) In a case of refusal it is better not to give reasons, although in a case of postponement the judge should advise what information the judge seeks.
  6. If the accused pleads guilty based on a sentence indication, it is binding on the judge and any other judge who becomes responsible for the case. However, if after a reasonable time to consider her plea (usually the same day), an accused does not plead guilty, the indication is no longer binding. Defence counsel must tell this to the accused.
  7. In the event an unrepresented accused seeks an indication, the judge must take steps to ensure there is no pressure and the accused understands the consequences.
  8. The judge must never become engaged in any plea or sentence negotiation.
- The guidelines have resulted in formal plea negotiation policies.<sup>17</sup>
- ### **India:**
- Movement toward a more involved role for the courts in plea negotiations has developed in India, coming from a tradition of indigenous ADR mechanisms such as "Caste Panchayats" and "Village Panchayats" (an assembly of elders who settle local disputes) and "Lok Adalats" (Peoples' Courts that mediate local disputes using the principles of Mahatma Gandhi.) In the criminal justice system the Indian government established "Permanent Lok Adalats", followed by the introduction of statutorily approved plea bargaining in 2005.<sup>18</sup> The impetus was to reduce the huge backlog of criminal cases facing the courts.
- This initiative countered the position of the Indian Supreme Court that, akin to Canadian courts,<sup>19</sup> had rejected the legitimacy of plea bargaining, saying that as it induces the accused to confess on the proffered allurement that he will be let off more lightly; " 'plea bargaining' is not recognised and is against public policy ... this method of short circuiting the hearing and deciding the criminal appeals or cases involving serious offences requires no encouragement."<sup>20</sup> But the judicial tide in India has shifted. The Gujarat High Court more recently observed that the object of law is to provide easy, cheap and expeditious justice in resolution of disputes, including criminal matters. It noted that with the delays inherent from high volumes of criminal cases, fundamental reforms are inevitable, saying "the law should be stable but not standstill." Consequently, it endorsed plea bargaining to reduce "the huge arrears and long time [3-5 years] spent in trials and resultant hardship to parties, and particularly, the accused and the victims of the crimes."<sup>21</sup>
- Court-mediated plea negotiations are only for offences where the maximum sentence is under seven years, with culturally sensible exclusions, such as offences committed against women or children.
- As one Indian commentator puts it:
- In plea bargain mediation, the mediator would be able to facilitate a conversation between the state and the defendant exploring the interests of the State and the interests of the defendant. ... These interests would likely include the obvious interests of public safety or upholding the property rights of others, as well as preventing a defendant from committing further crimes. ... In such a scheme a judge is destined to play the role of mediator ... [and] functions as "a check on procedural injustice," a force that prevents the state from using its immense power to railroad defendants, ... denigrating the fairness of plea bargain negotiations. ...
- He sets the ball into motion, by asking all the interested parties ... to chalk out a disposition with the court overseeing the entire process, nonchalantly acting as a mediator. The process as such breeds confidence ... [as] so many actors are involved to bring about as much fairness as necessary in the process of plea bargaining.<sup>22</sup>
- As in the U.K., the accused must apply to initiate the process and the court does not involve itself in the plea or fact negotiation, which must be worked out in advance. It participates only in fashioning a satisfactory disposition and in ensuring the accused participates voluntarily. That disposition must include compensation to the victim; so to this extent the victim is included in the process. The court, after awarding the victim compensation, will hear the parties on sentencing and has discretion to simply give an "admonition" (official reprimand), or where there is a mandatory minimum sentence cut it in half, or in other cases reduce a sentence down to a quarter of any maximum punishment ("punishment provided or extendable.")
- The judgment delivered by the court is final with no appeal except in limited circumstances with leave. Statements of the accused in the negotiations cannot be used for any other purpose, so they cannot become self-incriminating evidence if the plea bargaining process fails.
- This process clearly seeks to incorporate elements of victim-offender mediation with the plea bargain process by providing an official incentive of a substantially reduced sentence.
- ### **Philippines:**
- Courts have instituted mediation for less serious criminal matters, (akin to summary conviction offences in Canada), at both the trial and appeal level.
- A case eligible for mediation is referred before hearing by the presiding judge to the Philippine Mediation Center Unit. Judges are not involved. Instead court

mediators are trained from the ranks of retired judges, senior members of the Bar and law professors.

If the mediation is successful, the mediator drafts written terms of a Compromise Agreement that the parties sign. The trial or appellate court approves the Compromise Agreement and renders judgment in the same terms. If the parties fail to reach a settlement, the mediator returns the case to the court of origin and makes a confidential report on the reasons for the failure.<sup>23</sup>

## Canada:

The statutory basis for court involvement in plea negotiations is the *Criminal Code*, which provides for a pre-hearing conference to consider any matters that would “promote a fair and expeditious” preliminary hearing, hearing or trial at the initiative of the prosecutor, the accused or the court.<sup>24</sup> In some provinces such as B.C. they are held in open court. In others such as Ontario, Saskatchewan and Quebec, they are held in private chambers. The potential for using the conference to resolve cases has been recognized for decades (although recently rejected in B.C.)<sup>25</sup> The 1993 Ontario “Martin Report” recommended that a pre-hearing conference cover the entire range of issues in a case, including plea and sentence. It was “of the opinion that a judge presiding at a pre-hearing conference should not be involved in plea bargaining in the sense of bartering to determine the sentence, or pressuring any counsel to change their position. The presiding judge may, however, assist in resolving the issue of sentence by expressing an opinion as to whether a proposed sentence is too high, too low, or within an appropriate range.”<sup>26</sup>

Another writer has suggested:

The role of the judge during a pre-trial conference is to remain fair and impartial. ... As a neutral guide, the judge may also be of great assistance in helping the parties identify their differences, and, where appropriate, reconcile them. For example, a judge may draw out salient points, ensure that they are fully explored, direct the discussion to important issues,

and keep matters on the topic.<sup>27</sup>

An interesting contrast in the use of these pre-trial conference provisions arises in Quebec and Ontario.<sup>28</sup>

## Quebec

The first and perhaps most innovative project in Canada grew from a mediation project for civil and family appeals suggested in 1997 by Madam Justice Louis Otis of its Court of Appeal (now retired.) Some 500 appeals were mediated over the next eight years with a success rate of over 80%. In 2004, a committee comprising the two trial courts, appellate court, prosecutors and defence counsel initiated a project for mediation at both trial and appeal levels for criminal matters, (which it called “facilitation” to emphasize that it is oriented more toward facilitating exchanges between parties than to finding a solution.)<sup>29</sup> That program was similarly successful and is now permanent. There are two distinct arms:

“The *management conference* [to] ensure that the criminal case is heard promptly and efficiently, and, if the circumstances permit, that it is settled to the parties’ satisfaction.

The *facilitation conference* [to] allow the parties ... on a voluntary basis, to jointly request the participation of a judge to facilitate the attainment of a solution that suits both parties and that may be sanctioned by the court.”<sup>30</sup>

Otis states the facilitation process has the following aspects.<sup>31</sup>

The primary goal is to encourage discussion and agreement between counsel to better use resources, either by narrowing issues or by resolving the matter. The mandate encompasses all matters, (charge, plea, facts and sentence). Judges in each court have been given special mediation training and designated to hold the conferences.

In the event the facilitation conference does not result in a settlement, the judge who presided may not act as trial judge or participate on the appeal panel and no other

judges are told of the prior attempt at mediation. If the parties reach a resolution, then at trial the judge-mediator, or in an appeal a three judge panel including the judge-mediator, will ratify the agreement reached as an order of the court and provide the reasons for it. The court must ensure that the agreement complies with the public interest and the principles of sentencing if it is a sentencing matter.

While a successful result must be made public, the process itself is strictly confidential with the files kept apart in the office of the judge-mediator and shredded once the mediation ends. Discussions are not recorded. Written consents of crown and the accused, which include a confidentiality agreement, are necessary. The process only involves legal counsel and the judge-mediator. The accused person and the alleged victim are not present, although they may be in adjacent rooms so counsel can consult. It was decided inappropriate for the judge to be in private with the accused or the alleged victim, even with counsel present. However, if experts are necessary, they may be present at the mediation session.

Otis reports that both conviction and sentence appeals have been resolved, including some that were complex and involved more than one judge-mediator and legal counsel for multiple accused.

## Ontario:

A 2006 committee report of the Superior Court of Justice, entitled “New Approaches to Criminal Trials” recommended use of pre-trial conferences for case resolution, stating, “[a] properly conducted pre-trial conference addresses both resolution and case management issues.” It recommended that, in addition to canvassing trial management issues, prosecution and defence be obliged to provide positions on a potential disposition, thus having one conference for both aspects rather than bifurcating them as in Quebec.<sup>32</sup>

[T]he committee believes it is the responsibility of all counsel and the pre-trial judge to consider resolution positions. ... Indeed, the Supreme Court of Canada has noted that it is the

duty of counsel to make an accused aware of the possible sentence he will be facing if found guilty.

The following resolution issues should be addressed at every pre-trial conference:

The Crown's position on sentence before trial and after a conviction,  
The defence position regarding appropriate sentences before and after trial  
...

The pre-trial conference judge's opinion as to suggested range of sentence.  
...

All references to sentencing positions must be removed from the court file. ... The only person who should have access to the notes of those discussions is the pre-trial judge, who should keep a copy of the form with the sentencing references, in case there is a request for a further pre-trial conference.

In 2012 the court incorporated these recommendations in its rules, with a section specifically focused on case resolution:

The pre-trial conference judge *shall* inquire about and discuss:

- (a) the prosecutor's position on sentence before trial and after trial in the event of conviction,
- (b) the position of counsel for each accused on sentence, both before and after trial, ...

The pre-trial conference judge *may* express [an] opinion about the appropriateness of any proposed sentencing disposition based upon the circumstances disclosed at the pre-trial conference.<sup>33</sup> [Emphases added]

Conferences are recorded but the recordings are not accessible without court order.

## Commentary

Plea negotiations are integral to our system and resolve a huge percentage of criminal cases. The obvious question is whether there is any benefit in adding a judge-mediator to the mix, or if it is instead another imposition on courts' already full schedules in a process that is largely working without judicial intervention.

Yet even so, the courts remain backlogged, creating an impetus to move more cases into a negotiated resolution. But as Justice Stuart said, "swift justice demands more than just swiftness," for ultimately it is justice that the courts administer. This concern clearly underlies the reluctance of many courts to take initiative in this area, and clearly caution and a system of safeguards are necessary.

Nevertheless, assistance of a mediator cognizant of the public interest and the rights of an accused makes sense, even if just to improve communication, (one of the most important mediator functions in any context.) A judge-mediator can alleviate concerns about an accused being pressured into a plea bargain without a full understanding of consequences. Counsel can be led through discussion with a neutral to critique their cases and come to a more balanced judgement on the likelihood of success at trial, the risk factors and the potential options available. Interest-based, as well as rights-based or legalistic issues can be explored.

In particular, when any person – including the prosecutor – relays the processes and the arguments to a third party, especially a third party who consistently challenges his assumptions and summarizes what he hears so that the person can hear "how it sounds" from another person, he is more likely to catch obvious flaws that previously escaped his attention.<sup>34</sup>

In the context of a judge-mediator, direct communication with the accused is an issue to be handled with care. Nevertheless, it is essential to the integrity of the process that the accused understands her options and the consequences of making or rejecting a potential agreement at some point before a plea bargain is finalized or before a failing mediation session ends.

The sentence indication models form a conservative but safe option for the courts, as they may induce a plea negotiation without drawing the court into the negotiation process, potentially impairing its appearance of impartiality. But they leave the court out of any role in resolution of charges and facts, the two other major elements.

The new Ontario model is somewhere in the middle without much in guidelines. It also mixes case management with case resolution, both aspects being mandatory in every case. Its effectiveness remains to be seen, but potential problems loom. While some mandatory mediation models work, the nature of criminal proceedings works against a mandatory process. Mixing case resolution with case management is also problematic. This has been recognized in the civil context in Ontario:

The pretrial has two very different roles. Firstly, there is the trial management process. You get the views of the judge as to how the trial can be more efficient and how the parties should best prepare for it. After that, they may encourage settlement. Some judges treat it as the primary function and some as an afterthought. This creates great uncertainty for lawyers and clients. It's completely different in how you prepare and conduct yourself and the client's role is different too. ... The

## The Gold Standard for Canadian Disputes

## La norme de référence en matière de différends au Canada



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

### Setting the Standard

Our National Arbitration Rules and National Mediation Rules are widely accepted as the gold standard for domestic disputes.

To receive copies of the rules for distribution call Mena at:  
416-487-4733 or 1-877-475-4353 [mena@adrcanada.ca](mailto:mena@adrcanada.ca)

### Fixation de la norme

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

Pour recevoir des copies de ces règles aux fins de distribution,appelez Mena au :  
416-487-4733 ou 1-877-475-4353 [mena@adrcanada.ca](mailto:mena@adrcanada.ca)

consensus from the bar was that the pretrial conference should be split in two. ...The settlement aspect may be useful to some people but not to others. Currently, the pretrial offers settlement facilitation to parties who don't want it and fails those who do.<sup>35</sup>

The Quebec model involves the court in all facets of the negotiation, potentially encompassing a mix of stays or withdrawals as well as guilty pleas, facts on sentencing and dispositions, but only on joint request of crown and defence. It breaks out mandatory case management from voluntary case facilitation and has detailed guidelines for the facilitation process. Concerns over "backroom deals" or the judge-mediator being "drawn into the fray" are addressed by the confidentiality of the facilitation, the judge dealing with legal counsel, the public judgment and reasons for it when successful and the complete confidence of the process from the rest of the court and the public if it fails. It allows the judge to play an effective role as mediator rather than simply giving a sentence indication.

In the author's opinion it is also worth considering utilizing the *Criminal Code* provisions for a preliminary hearing conference to have preliminary hearing judges, on request of both counsel, offer a case evaluation and, if requested, a sentence indication at the conclusion of the hearing to assist case resolution discussions before a Superior Court trial is set.<sup>36</sup>

## Conclusion:

While the present plea negotiation system is a mainstay for resolution of criminal cases, there is dissatisfaction with it from some courts over "rubber-stamping" deals and there remain substantial backlogs of criminal cases in our courts. Use of mediation in the court system is now widespread and successful in civil and family cases and moving into the criminal sphere.

A process for binding indications of sentence from the court in return for a guilty plea to one or more charges that are potentially acceptable to an accused and the prosecution on the *Goodyear* model should be instituted more widely in Canadian courts. The Quebec model of a separate

voluntary facilitation conference, rather than a mandatory case management/case resolution conference as in Ontario, seems a more effective paradigm. A procedure for asking a judge presiding at preliminary hearing to give an informal assessment of the prosecution case when it concludes to encourage disposition discussions should be explored.

The role of a judge in fashioning a reasonable result with legal counsel, and in ensuring any mix of stays of proceedings, withdrawals, dismissals, guilty pleas and dispositions are proper and defensible in a public courtroom fulfills the role we expect of judges in all aspects of their duties. It is worthwhile testing in all Canadian jurisdictions both at the trial and appellate level and should not in the longer term add burdens to judicial resources or costs to the justice system. ♣

*Michael Welsh is with Mott Welsh & Associates in Penticton, BC, and has a practice in civil and criminal litigation, appeals, mediation and arbitration. He is a director and secretary of the BCAMI.*

- 1 *Henderson v. Bannan*, 256 F.2d 363, 390 (6th Cir.), 358 U.S. 890, 79 (1958)
- 2 B.C. Justice Reform Initiative, Geoffrey Cowper Q.C., Chair. <http://bcjusticereform.ca/>
- 3 *A Criminal Justice System for the 21<sup>st</sup> Century, Final Report to the Minister of Justice and Attorney General Honourable Shirley Bond* ("Cowper Report"), August 29, 2012, Executive Summary, "1.1.7 Early Case Resolution" p. 6.
- 4 A.W. Alschuler (1979), "Plea bargaining and its history", *Col. Law Review*; U.S. Dept. of Justice, *Statistics, Felony Sentences in State Courts, 2004*, (2007) <http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=pbdetail&id=909>
- 5 M. P. Piccinato, *Plea Bargaining*, Ch. 3: "The Principles Guiding Resolution Discussions" Department of Justice Canada <http://www.justice.gc.ca/eng/pi/icg-gci/pb2-rpc2.html#note38ref>
- 6 Cowper Report [supra @ fn. 3], Executive Summary, "1.1.1 Overview of the Criminal Justice System in British Columbia", p. 3.
- 7 See *R. v. Dorsey* (1999), 123 O.A.C. 342 @ 345; *R. v. Young*, 2008 BCSC 1574 @ [20]-[28].
- 8 *Globe and Mail*, "Top Jurist Urges Review of 'Coercive' Plea Bargaining System", March 2, 2011 <http://m.theglobeandmail.com/news/national/top-jurist-urges-review-of-coercive-plea-bargaining-system/article1933161/?service=mobile>
- 9 "Ontario judge, lawyer scrap", Cnews, Canoe.ca <http://cnews.canoe.ca/CNEWS/Crime/2010/05/27/14130836.html>
- 10 Flora Go, *Mediation as Practiced in Criminal Law: The Present, the Pitfalls, and the Potential*, James Boskey ADR Writing Competition 2010 Winner, American Bar Assn. [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/docs/2010\\_BoskeyEssay\\_Winner\\_FloraGo.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/docs/2010_BoskeyEssay_Winner_FloraGo.authcheckdam.pdf)
- 11 *R. v. Stinchcombe*, [1915] 3 S.C.R. 326; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Chaplin*, [1997] 1 S.C.R. 727
- 12 *Missouri v. Frye*, 566 U.S., 132 S.Ct. 1399 (2012); *Lafler v. Cooper*, 566 U.S., 132 S.Ct. 1376 (2012)
- 13 *R. v. Dubieri*, (1982) 67 C.C.C. (2<sup>d</sup>) 341
- 14 *R. v. Turner*, [1970] 2 Q.B. 321.
- 15 2005] 2 Cr App R 20, [2005] 3 All ER 117.
- 16 *Goodyear*, supra @ fn. 11, para 47.
- 17 Attorney General's guidelines on the acceptance of pleas and the prosecutor's role in the sentencing exercise (revised 2009), [http://www.attorneygeneral.gov.uk/Publications/Pages/AttorneyGeneral'sguidelinesontheacceptanceofpleas\(revised2009\).aspx](http://www.attorneygeneral.gov.uk/Publications/Pages/AttorneyGeneral'sguidelinesontheacceptanceofpleas(revised2009).aspx)
- 18 The Criminal Law (Amendment) Act, 2005, No. 2 of 2006, enacted 11 January 2006. An Act further to amend the Indian Penal Code, the Code of Criminal Procedure, 1973 and the Indian Evidence Act, 1872 <http://mha.nic.in/pdfs/CriminalLawAmendmentAct.2005.pdf>
- 19 See fn. 13 supra.
- 20 *State of Uttar Pradesh v. Chandrika* AIR 1999 SC 164, 2000 CriLJ 384, JT 1999 (8) SC 481
- 21 *State of Gujarat v. Natwar Harcharan Thakor* 2005 CriLJ 2957, (2005) 1 GLR 709 @ para 84.
- 22 *The Nature of the Criminal Justice System*, Law Essays UK <http://www.law-essays-uk.com/resources/sample-essays/criminal/nature-of-criminal-justice-system.php>
- 23 Philippine Mediation Centre, *Mediation in Court of Appeals*, 2013 <http://www.pmc.org.ph/mediation-in-the-court-of-appeals.htm>
- 24 Sections 536.4, 625.1(1) and 625.1(2) of the *Criminal Code*.
- 25 B.C. Supreme Court Criminal Pre-Trial Conference Pilot Project Evaluation Report, January 2012, p. 4. [http://www.courts.gov.bc.ca/supreme\\_court/about\\_the\\_supreme\\_court/Criminal%20Pre-Trial%20Conference%20Pilot%20Project%20Evaluation%20Report%20-January%202012.pdf](http://www.courts.gov.bc.ca/supreme_court/about_the_supreme_court/Criminal%20Pre-Trial%20Conference%20Pilot%20Project%20Evaluation%20Report%20-January%202012.pdf)
- 26 Ontario, *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993), recommendations 70 & 73.
- 27 M. P. Piccinato, *Plea Bargaining*, supra @ fn. 3.
- 28 The Saskatchewan Court of Queen's Bench requires a pre-trial conference right after the preliminary hearing addressing both trial management and case resolution, if appropriate, akin to the Ontario model. I thank Lane Wiegers, Saskatchewan Director of Prosecutors and the Hon. Judge Gregory Koturbash of the Provincial Court of British Columbia for this information.
- 29 Alexander, *Global Trends in Mediation*, Ch. 5, "Judicial Mediation in Quebec" (Otis & Reiter), 2006, Kluwer International Law BV, p. 108
- 30 Establishment of a Pilot Program in Criminal Matters, March 1, 2004 [http://www.tribunaux.qc.ca/c-appel/English/Altres/pprogram/pilot/Establishment\\_Pilot\\_Program\\_Criminal\\_Matters.pdf](http://www.tribunaux.qc.ca/c-appel/English/Altres/pprogram/pilot/Establishment_Pilot_Program_Criminal_Matters.pdf)
- 31 Otis, *Conference Presented in Australia Before the Australian Courts*, March 2005. Also Robert, C.J.Q., *Judges as Mediators in Criminal Matters, The Canadian Experience*, The International Society for the Reform of Criminal Law, 20th International Conference, Brisbane, Queensland, Australia, 2006 <http://www.isrl.org/Papers/2006/Robert.pdf>
- 32 *New Approaches to Criminal Trials*, The Report of the Chief Justice's Advisory Committee on Criminal Trials in the Superior Court of Justice, 2006, [http://www.ontariocourts.ca/sci/en/reports/ctr/#\\_Toc141087521](http://www.ontariocourts.ca/sci/en/reports/ctr/#_Toc141087521)
- 33 Criminal Proceedings Rules for the Superior Court of Justice (Ontario) (SI/2012-7) <http://lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SI-2012-7/page-25.html#h-163>
- 34 Go, supra @ fn. 10, p. 22
- 35 Crafting Consistent Approach to Mediation, *Law Times*, April 8, 2013 [http://www.lawtimesnews.com/Focus-On/Focus-Crafting-consistent-approach-to-judicial-mediation?utm\\_source=responses&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=20130408\\_CLNewswire](http://www.lawtimesnews.com/Focus-On/Focus-Crafting-consistent-approach-to-judicial-mediation?utm_source=responses&utm_medium=email&utm_campaign=20130408_CLNewswire)
- 36 See *Criminal Code*, section 536.4

# Peut-on recourir à la médiation dans une affaire criminelle?

Modèles de médiation par l'entremise d'une négociation du plaidoyer devant un tribunal

*Il convient de recommander et d'encourager l'administration prompte et vigoureuse du droit pénal. Toutefois, une justice diligente requiert davantage que de la rapidité.* Potter Stuart, juge américain.<sup>1</sup>

Michael F. Welsh, arb. a., ACIArb

Notre système judiciaire traitant un nombre toujours plus important de dossiers, les tribunaux et les gouvernements qui les financent cherchent de nouveaux outils pour résoudre les cas. En Colombie-Britannique, la Commission Cowper a été chargée d'améliorer l'efficacité du système de justice pénale.<sup>2</sup> Le rapport Cowper soulève le problème de l'efficacité de l'intervention des tribunaux dans le règlement des dossiers sans procès.

Les décideurs en matière de justice ont longtemps cherché des moyens de favoriser un règlement rapide des dossiers en vue d'améliorer l'efficacité et de mieux jumeler les ressources et la demande de services professionnels et judiciaires. Bien qu'en réalité, presque tous les dossiers se soldent par une reconnaissance de culpabilité ou une suspension d'instance, le système reste fondé sur la présomption que tous les dossiers iront jusqu'au procès. ... Malgré leurs bonnes intentions, les juges, les procureurs de la Couronne ou les avocats de la défense n'ont pas réussi à créer les conditions nécessaires à un règlement rapide. ... Cela s'explique par plusieurs raisons, mais il est également à propos et nécessaire d'examiner de nouveau l'approche concernant le règlement des dossiers avant un procès.<sup>3</sup>

Les propositions de M. Cowper continuent d'imputer la responsabilité des règlements négociés aux procureurs de la Couronne ou aux avocats de la défense. Il ne fait pas référence à un système de médiation officiel au sein du système judiciaire de Colombie-Britannique. Cependant, à l'étranger et au Canada, certaines juridictions ont mis en œuvre des programmes avec brio. Le règlement rapide des dossiers criminels étant prévu par la *Charte*, et une suspension des instances judiciaires pouvant avoir des conséquences, la médiation dans le cadre de

ces dossiers au Canada mérite que l'on s'y intéresse.

La majeure partie du débat concernant la médiation en droit pénal se concentre sur la médiation victime-criminel dans le contexte de la justice réparatrice. De nombreux écrits existent à ce sujet. Le présent article porte sur la mesure dans laquelle le tribunal devrait s'impliquer dans les négociations de reconnaissance de culpabilité.

Le terme « négociation de plaidoyer », comme le dénotent certains de ses synonymes (par exemple, « plaider coupable »), sous-entend de façon péjorative dans le débat public, une manière pour un accusé de négocier un plaidoyer en vue de réduire les accusations ou la peine encourue, atténuant ainsi les conséquences de ses actes. Cette négociation est cependant très répandue. Les études démontrent qu'aux États-Unis, 95 % des dossiers criminels se règlent par l'entremise d'une négociation de plaidoyer.<sup>4</sup> Une étude menée en 1998 en Ontario a conclu que 91,3 % des affaires sont résolues sans procès, ce qui signifie que la plupart le sont par négociation de plaidoyer.<sup>5</sup> Selon le Rapport Cowper, ce taux s'élèverait à 98 % en Colombie-Britannique.<sup>6</sup>

Au Canada, bien que le terme soit rarement utilisé, la pratique constitue un moyen légitime de résoudre des dossiers. Toutefois, le tribunal dispose (de façon légèrement différente des États-Unis) d'une discrétion limitée pour rejeter la peine négociée. Les tribunaux canadiens sont obligés d'approuver une peine proposée conjointement, à moins que le juge la déclare contraire à l'intérêt public et qu'elle discrédite l'administration de la justice, auquel cas, il doit motiver son rejet.<sup>7</sup>

La négociation de plaidoyer consiste en

une négociation entre l'accusé et le procureur de la Couronne pendant laquelle l'accusé accepte de reconnaître sa culpabilité moyennant certaines concessions du procureur. Elle peut porter sur trois éléments :

1. les accusations;
2. la peine;
3. les faits.

Lorsqu'elle porte sur les accusations, l'accusé reconnaît qu'il est coupable d'une accusation moins grave ou de certaines des accusations uniquement, les autres étant suspendues, retirées ou annulées. Le tribunal ne peut rejeter une négociation portant sur les accusations.

Lorsque la négociation porte sur la peine, l'accusé reconnaît sa culpabilité en échange d'une peine plus clémence que celle que demanderait le procureur à l'issue d'un procès. Au Canada, un tel accord doit être approuvé par le tribunal selon les principes énoncés plus haut.

La négociation portant sur les faits est la forme la moins répandue. Le procureur de la Couronne accepte de ne pas révéler devant le tribunal, des faits aggravants qui entraîneraient par exemple, une peine minimale obligatoire ou une peine plus sévère en vertu des lignes directrices sur la détermination de la peine.

Un certain nombre de juges canadiens sont mécontents du rôle limité qu'ils jouent dans le cadre des négociations de plaidoyer. Certains l'ont fait savoir publiquement. Au cours d'une récente allocution, le juge Rosenberg de la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que la négociation de plaidoyer a fortement « neutralisé » les juges de première instance. « Voici un commentaire qui revient régulièrement : "Quel est mon rôle dans un tribunal si 90 % du dossier est déjà réglé, et que je suis simplement censé l'approuver machinalement?" »<sup>8</sup>

Dans la même veine, au cours d'un échange récemment rapporté d'un tribunal de London en Ontario, le juge a déclaré que selon lui, les juges « ont les mains liées » par la négociation de plaidoyer qui offre des peines inférieures à ce qu'elles devraient être. Ces commentaires candides ont eu lieu lors d'une discussion enflammée entre le juge et un avocat de la défense qui s'indignait que le magistrat remette en question cette pratique. Le juge a déclaré qu'il avait prêté serment, qu'il « était là au nom de la communauté » pour « prendre des décisions et non pour entériner machinalement des accords déjà conclus. »<sup>9</sup>

Au Canada et aux États-Unis, les négociations de plaidoyer impliquent habituellement l'avocat de la défense et le procureur de la Couronne. À la différence d'une médiation entre une victime et un criminel, la victime participe très rarement à ce processus. Il existe des raisons légitimes à cela.

Dans le système pénal traditionnel, la victime est plus qu'un simple témoin pour le procureur de la Couronne. Par conséquent, ils ont habituellement peu de contacts. En outre, étant donné que la plupart des médiations entre victime et criminel surviennent après l'établissement ou la reconnaissance de la culpabilité, et que la victime est convaincue que l'accusé qui se trouve en face d'elle est réellement coupable, une telle médiation peut ne pas être aussi adaptée à une situation comme une négociation de plaidoyer au cours de laquelle l'accusé devrait théoriquement bénéficier de la présomption d'innocence. ... En réalité, une médiation habituelle entre victime et criminel, et une négociation de plaidoyer peuvent viser des objectifs différents et ne pas être compatibles.<sup>10</sup>

À la différence des médiations civiles ou familiales où la divulgation complète des faits est nécessaire, les négociations de plaidoyer donnent souvent lieu au dévoilement limité des faits. Les avocats de la défense peuvent détenir moins de renseignements que le procureur de la Couronne et l'accusé, ce dernier étant le seul

à savoir s'il a commis l'acte criminel (point que de nombreux avocats de la défense évitent ou ne cherchent pas à éclaircir). Les règles concernant la divulgation étant assez larges au Canada<sup>11</sup>, un procureur de la Couronne peut garder des atouts dans sa manche afin de pouvoir négocier. Toutefois, l'avocat de la défense est tenu de représenter au mieux l'accusé. En mars 2012, profondément divisée, la Cour suprême des États-Unis a statué que le VI<sup>e</sup> amendement de la Constitution (qui accorde à un accusé le droit à un procès équitable) donne droit à un avocat efficace pendant une négociation de plaidoyer, et permet que la sentence soit infirmée dans le cas contraire. Au Canada, il est possible de soutenir un argument semblable en vertu des articles 9 et 11(d) de la *Charte* ou d'invoquer une « erreur judiciaire » en vertu de l'article 686(1)(a)(iii) du *Code criminel*.

La réalité est qu'en majeure partie, la justice criminelle contemporaine est « un système de plaidoyers », a déclaré le tribunal dans une décision réprouvée par le juge Scalia, dissident, qui l'a qualifiée « d'absurde » et allant au-delà d'un procès équitable. Étant donné que 95 % des condamnations résultent de négociations de plaidoyer, la majorité a fait valoir que le droit d'être défendu adéquatement par un avocat ne peut exclure le « rôle central de la négociation de plaidoyer ». Celle-ci détermine en grande partie, « ceux qui iront en prison et la durée de cet emprisonnement. Ce n'est pas un processus auxiliaire du système de justice pénale, mais une partie intégrante de celui-ci. »<sup>12</sup>

Ainsi, nous nous trouvons dans une situation où les juges sont écartés de l'équation visant à établir les façons appropriées de traiter les dossiers qui leur sont présentés, et les avocats de la défense sont mis sur un piédestal parce qu'ils représentent leurs clients, même s'ils ont parfois un accès limité à l'information au dossier à l'encontre ou en faveur de ces derniers.

Par conséquent, le procureur de la Couronne et l'avocat de la défense ont sou-

vent cherché de l'aide auprès du tribunal. En d'autres occasions, les tribunaux ont pris l'initiative de l'offrir. Cela s'est produit de différentes façons et dans diverses juridictions.

Au cours des conférences de règlement en droit civil et en droit de la famille, il est souvent utile de demander au juge d'indiquer aux parties la décision qui pourrait être rendue selon les faits présentés par les avocats afin de les confronter à la réalité pendant le processus de négociation. En droit pénal, cet exercice pose de nombreux problèmes compte tenu de la présomption d'innocence, des cas de condamnation injustifiée, du droit d'un accusé de ne pas témoigner, des préoccupations concernant les renseignements divulgués dans le cadre d'une réunion si l'affaire va jusqu'au procès et de la capacité du tribunal à faire respecter la confidentialité. Ainsi, jusqu'à récemment, les tribunaux avaient délaissé cette responsabilité.

Je suis d'avis qu'un juge ne devrait pas participer activement à aucun débat concernant une peine avant une reconnaissance de culpabilité, ni encourager indirectement la reconnaissance de culpabilité en dévoilant la peine éventuelle. ... Un juge de première instance ne peut décider d'une peine qu'après avoir entendu tous les témoignages pertinents au cours d'une audience publique sur le sujet, et écouté les observations des avocats.<sup>13</sup>

## Royaume-uni

Ces préoccupations ont donné lieu à une règle (la règle « *Turner* » du dossier éponyme<sup>14</sup>) qui interdisait généralement à un juge de fournir toute indication concernant une peine avant une reconnaissance de culpabilité. Avant l'affaire *Turner*, les avocats rencontraient parfois les juges de première instance en chambre pour connaître leur opinion sur une peine éventuelle indiquée immédiatement après une reconnaissance de culpabilité. Pendant l'affaire *Turner*, à la suite d'une de ces discussions, un avocat de la défense a fait savoir à l'accusé que selon lui, une reconnaissance de culpabilité lui éviterait la prison alors qu'il y serait envoyé s'il était reconnu coupable.

ble. L'accusé a pensé qu'il s'agissait de l'opinion du juge et a reconnu sa culpabilité. Lorsque le juge a eu vent de cette information, il en a conclu que l'accusé avait subi une pression indue, et a déclaré nulle la reconnaissance de culpabilité. Il a également statué – et sa décision a été confirmée par les tribunaux subséquents – qu'un juge ne devrait jamais, à une exception près, indiquer la peine encourue avant une reconnaissance de culpabilité, et surtout, ne jamais la mettre en opposition à la peine en cas de condamnation. Il peut uniquement dévoiler la forme qu'elle prendrait (amende, probation, prison) si elle demeure la même, quel que soit le plaidoyer.

La Cour d'appel (chambre criminelle) a réexaminé la règle *Turner* en 2005 dans l'affaire *R. c. Goodyear*.<sup>15</sup> Comme pour toutes les règles, son application a suscité des problèmes. La Cour d'appel s'est prononcée « très différemment de la décision rendue dans l'affaire *Turner*. »<sup>16</sup> Elle a remplacé la règle *Turner* par un ensemble de lignes directrices visant à « assurer l'adoption d'un processus commun et de mesures de protection continues afin de ne pas donner l'impression que le défendeur subissait une pression judiciaire. » Voici les lignes directrices *Goodyear* :

- 1 Le juge ne devrait jamais fournir d'indication concernant la peine avant une reconnaissance de culpabilité, à moins que l'accusé n'en fasse la demande.
- 2 Ce processus devrait être mis en branle par les avocats de la défense après l'obtention d'une autorisation écrite de l'accusé. Ils devraient aussi lui rappeler qu'il ne doit pas reconnaître sa culpabilité à moins de l'être réellement, et veiller à ce qu'il comprenne que le procureur de la Couronne peut faire appel d'une peine trop clément.
- 3 Les avocats de la défense et la poursuite doivent avoir achevé le processus de négociation de plaidoyer (s'être entendus sur les accusations dont l'accusé devra répondre ainsi que sur un exposé des faits) avant de chercher une indication de la peine.
- 4 Ce processus devrait avoir lieu au cours d'une conférence préalable au

procès, mais peut, à la discrétion de la cour, se dérouler à la date du procès ou pendant celui-ci.

- 5 Le juge se réserve le droit de consigner la peine indiquée, de la rejeter ou d'en reporter la divulgation (afin par exemple, d'obtenir de plus amples renseignements tels qu'un rapport prédecisionnel ou psychiatrique, ou s'il est d'avis que l'accusé est incité à reconnaître sa culpabilité). En cas de rejet, il vaut mieux ne pas motiver sa décision. En revanche, en cas de report, le juge est tenu de divulguer les renseignements qu'il recherche.
- 6 Si l'accusé reconnaît sa culpabilité en se fondant sur une indication de peine, celle-ci s'impose alors à ce juge et à tout autre qui reprendrait le dossier. Cependant, si au terme d'une période raisonnable de réflexion sur son plaidoyer (habituellement le même jour), un accusé nie sa culpabilité, la peine indiquée n'est plus obligatoire. Les avocats de la défense doivent informer l'accusé de tout ceci.
- 7 Au cas où un accusé non représenté sollicite une indication de la peine encourue, le juge doit s'assurer que l'accusé ne fait l'objet d'aucune pression et qu'il comprend les conséquences.
- 8 Le juge ne doit jamais s'impliquer dans une négociation de plaidoyer ou de peine.

Ces lignes directrices ont donné naissance à des politiques officielles en matière de négociation de plaidoyer.<sup>17</sup>

## Inde

En Inde, un mouvement encourageant la participation des tribunaux aux négociations de plaidoyer s'est développé. Celui-ci découle d'une tradition de mécanismes de RED locaux tels que les « panchayats de caste » et les « panchayats de village » (groupes d'aînés qui règlent les différends) et les « lok adalats » (tribunaux du peuple qui règlent des différends par médiation en suivant les principes de Mahatma Gandhi). Dans le système de justice pénale, le gouvernement indien a établi des « lok adalats permanents », puis a introduit la négociation de plaidoyer dans les

textes de loi en 2005.<sup>18</sup> Il pressait de réduire l'énorme retard qu'accusaient les tribunaux en matière de dossiers criminels.

Cette initiative allait à l'encontre de la position de la Cour suprême de l'Inde qui, comme les tribunaux canadiens,<sup>19</sup> avait rejeté la légitimité de la négociation de plaidoyer, arguant qu'étant donné qu'elle incite l'accusé à reconnaître sa culpabilité en lui faisant miroiter une peine plus légère, « la négociation de plaidoyer n'est pas reconnue et va à l'encontre de la politique publique... Cette méthode qui permet d'éviter l'audience et de se prononcer concernant des appels ou des dossiers criminels incluant des crimes graves, ne devrait pas être encouragée. »<sup>20</sup> Mais le courant judiciaire a changé en Inde. Le haut tribunal du Gujarat a tout récemment statué que l'objectif de la loi est d'offrir une justice qui permet de régler des différends facilement, rapidement et à moindres frais, y compris les dossiers criminels. Il a souligné qu'en raison des retards dus au grand nombre de dossiers criminels, des réformes fondamentales étaient inévitables, c'est-à-dire que « la loi doit être stable, mais pas immuable. » Par conséquent, il a approuvé la négociation de plaidoyer en vue de réduire « les énormes retards, les longues périodes [3 à 5 ans] passées dans les tribunaux et le préjudice causé aux parties, plus particulièrement, à l'accusé et aux victimes de crimes. »<sup>21</sup>

Les négociations de plaidoyers ne sont autorisées devant les tribunaux que pour des crimes punis par une peine maximale inférieure à sept ans, avec des exclusions culturelles, telles que les crimes à l'égard de femmes ou d'enfants.

Comme le déclare un commentateur indien :

Dans le cadre d'une médiation impliquant une négociation de plaidoyer, le médiateur serait en mesure de faciliter le dialogue entre l'État et le défendeur en étudiant les intérêts de chaque partie. ... Ceux-ci en incluraient probablement d'autres qui seraient évidents, tels que la sécurité publique ou le maintien des droits de propriété d'autres personnes, ainsi que le fait d'empêcher le défendeur de commettre d'autres crimes.

... Dans un tel schéma, le juge jouera un rôle de médiateur... [et] veillera à « la justesse de la procédure », ce qui qui empêchera l'État d'imposer son immense pouvoir aux défendeurs [...] faisant fi de l'équité des négociations de plaidoyers. ...

Il établit la dynamique en demandant aux parties intéressées... de définir une façon de faire avec laquelle le tribunal supervise l'ensemble du processus, et agit simplement comme médiateur. Un tel processus instaure une certaine confiance... [étant donné que] autant d'intervenants s'attendent à rendre le processus de négociation de plaidoyer le plus équitable possible.<sup>22</sup>

Comme au Royaume-Uni, l'accusé doit solliciter la mise en branle du processus. Le tribunal ne peut participer à la négociation du plaidoyer ou des faits, laquelle doit avoir lieu au préalable. Il participe seulement à l'élaboration d'une d'une manière satisfaisante de faire et veille à ce que l'accusé y participe volontaire. Cette procédure doit offrir un dédommagement à la victime qui, dans cette mesure, participe au processus. Une fois le dédommagement attribué, le tribunal entendra les parties concernant la peine et pourra à sa discrétion, donner simplement un avertissement (réprimande officielle), réduire la peine de moitié en cas de sentence minimale obligatoire, ou au quart de la peine maximale dans d'autres cas (« peine encourue ou extensible »).

Le jugement rendu par le tribunal est définitif et sans appel, excepté dans des circonstances limitées incluant une autorisation de demande d'appel. Les déclarations de l'accusé en cours de négociation ne peuvent servir à aucune autre fin. Elles ne peuvent donc pas être utilisées à son encontre en cas d'échec du processus de négociation du plaidoyer.

Ce processus vise clairement à incorporer des éléments de la médiation victime-criminel dans le processus de négociation du plaidoyer en offrant comme mesure incitative officielle une réduction significative de la peine.

## Philippines

Les tribunaux ont institué la médiation dans le cadre d'affaires criminelles moins graves (comme les infractions punissables par déclaration sommaire de culpabilité au Canada), au cours du procès et en appel.

Le juge qui préside dirigera le dossier admissible à la médiation vers la Philippine Mediation Center Unit (unité du centre de médiation des Philippines) avant l'audience. Les juges ne participent pas. On forme plutôt des médiateurs des tribunaux qui sont des juges à la retraite, des membres chevronnés du barreau et des enseignants en droit.

Si la médiation réussie, le médiateur rédige les conditions d'un accord de compromis qui sera signé par les parties. La Cour de première instance ou d'appel approuve l'accord de compromis et rend un jugement en tenant compte des conditions établies. Si les parties ne parviennent pas à un accord, le médiateur renvoie le dossier au tribunal d'origine et rédige un rapport confidentiel indiquant les raisons de l'échec de la médiation.<sup>23</sup>

## Canada

La participation du tribunal aux négociations de plaidoyer s'appuie sur le *Code criminel* qui prévoit une conférence préparatoire à l'audience aux fins d'examen de tout aspect qui « favoriserait le déroulement équitable et diligent » de l'audience préliminaire ou du procès, à l'initiative du procureur de la Couronne, de l'accusé ou du tribunal.<sup>24</sup> Dans certaines provinces comme la Colombie-Britannique, les audiences sont publiques. Dans d'autres, comme l'Ontario, la Saskatchewan et le Québec, elles se tiennent en chambres privées. La possibilité de recourir à la conférence pour résoudre des dossiers est reconnue depuis plusieurs décennies (bien qu'elle ait été rejetée récemment en Colombie-Britannique).<sup>25</sup> Le Rapport Martin paru en Ontario en 1993, recommandait qu'une conférence préparatoire à l'audience couvre l'ensemble des questions d'un dossier, y compris le plaidoyer et la peine. Il « avançait qu'un juge qui préside une conférence préparatoire à une audience ne devrait pas participer à la négociation d'un plaidoyer en vue de négocier la peine, ou imposer une pression à un avocat afin qu'il modifie son opinion. Toutefois, ce juge peut aider à résoudre le problème de la peine en indiquant si la peine proposée est selon lui, trop sévère, trop clémence ou appropriée. »<sup>26</sup>

Selon un autre auteur :

Le rôle du juge pendant une conférence préparatoire à une audience est de rester équitable et impartial. ... En tant que guide neutre, le juge peut également être très utile pour aider les parties à cerner leurs différends, et s'il y a lieu, les réconcilier. Par exemple, un juge peut présenter des points saillants, s'assurer qu'ils sont examinés complètement, orienter le débat vers les questions importantes et recentrer les discussions.<sup>27</sup>

Le contraste entre le Québec et l'Ontario en ce qui a trait au recours aux dispositions (j'ignore à quoi ce terme réfère) concernant les conférences préparatoires aux audiences est intéressant.<sup>28</sup>

## Québec

Le premier projet, et peut-être le plus innovateur au Canada, découle d'un projet de médiation concernant des appels en droit civil et en droit de la famille suggéré en 1997 par la juge Louise Otis de la Cour d'appel (aujourd'hui retraitée). Quelque 500 appels ont fait l'objet d'une médiation au cours des huit années suivantes avec un taux de réussite dépassant 80 %. En 2004, un comité composé de membres des deux Cours de première instance, de la Cour d'appel, des procureurs de la Couronne et des avocats de la défense a lancé un projet de médiation (appelé « facilitation » pour mettre l'accent sur le fait qu'il vise davantage à faciliter les échanges entre les parties qu'à trouver une solution) en première instance et en appel dans le domaine criminel.<sup>29</sup> Ce programme a aussi été une réussite et il est désormais permanent. Il comprend deux volets distincts :

« La conférence de gestion [permettra] que le dossier pénal soit entendu promptement et efficacement, et le cas échéant, qu'il soit réglé à la satisfaction des parties.

*La conférence de facilitation [permettra] aux parties... de requérir ensemble et volontairement, l'intervention d'un juge afin de faciliter la recherche d'une solution judiciaire qui leur convienne mutuellement et susceptible d'être autorisée par la Cour.* »<sup>30</sup>

La juge Otis déclare que le processus de facilitation possède les caractéristiques suivantes.<sup>31</sup>

L'objectif principal est de favoriser la discussion et les accords entre les avocats afin de mieux utiliser les ressources, soit en réduisant les problèmes ou en réglant le dossier. Le mandat englobe tous les aspects (accusations, plaidoyer, faits et peine). Les juges de chaque tribunal ont reçu une formation spéciale en médiation conçue afin qu'ils tiennent des conférences.

Au cas où la conférence de facilitation n'aboutit pas à un règlement, le juge qui a présidé ne peut pas intervenir en tant que juge de première instance ou siéger au comité d'appel, et aucun autre juge n'est informé de la première tentative de médiation. Si les parties parviennent à un règlement, alors le juge médiateur pendant le procès, ou un comité d'appel de trois juges en appel, dont le juge médiateur, signera l'accord conclu en tant qu'ordonnance du tribunal et indiquera les raisons de celui-ci. Le tribunal doit s'assurer que l'entente est conforme à l'intérêt public et aux principes de détermination des peines, s'il est question d'une peine.

Alors qu'un accord réussi doit être rendu public, le processus lui, est strictement confidentiel. Les dossiers sont conservés à part dans le bureau du juge médiateur, puis détruits une fois la médiation achevée. Les discussions ne sont pas enregistrées. Des consentements écrits de la Couronne et de l'accusé, incluant une entente de confidentialité, sont nécessaires. Le processus implique seulement les avocats et le juge médiateur. L'accusé et la victime présumée ne sont pas présents, bien qu'ils puissent se trouver dans des pièces contiguës afin que les avocats puissent les consulter. On considère inapproprié de laisser le juge seul avec l'accusé ou la victime présumée, même lorsque l'avocat est présent. Toutefois, s'il est nécessaire de faire

appel à des experts, ils pourront être présents durant la séance de médiation.

Otis déclare que des appels relatifs à la déclaration de culpabilité et à la peine ont été résolus, dont certains étaient complexes et faisaient appel à plus d'un juge médiateur et à des avocats pour plusieurs accusés.

## Ontario

Un rapport du comité de la Cour supérieure publié en 2006, intitulé « New Approaches to Criminal Trials », recommandait la tenue de conférences préparatoires à l'audience pour le règlement des dossiers, déclarant, « [une] conférence préparatoire à l'audience correctement menée tient compte à la fois des problèmes liés au règlement et à la gestion du dossier. » Il recommandait qu'en plus de parcourir les problèmes liés à la gestion du procès, la poursuite et les avocats de la défense soient obligés d'indiquer leurs positions quant à une éventuelle façon de faire, permettant ainsi la tenue d'une conférence pour les deux aspects plutôt que les distinguer comme au Québec.<sup>32</sup>

[L]e comité est d'avis qu'il incombe à tous les avocats et au juge qui préside les conférences préparatoires d'examiner les positions à l'égard du règlement.

... En réalité, la Cour suprême du Canada a souligné qu'il incombe aux avocats d'informer un accusé de la peine qu'il encourre s'il est reconnu coupable.

Les questions relatives au règlement doivent être abordées au cours de chaque conférence préparatoire :

la position de la Couronne concernant la peine avant le procès et après la déclaration de culpabilité;

la position de la défense concernant les peines avant et après le procès;

la position du juge qui préside la conférence préparatoire concernant l'éventail de peines. ...

Toutes les références aux positions concernant les peines doivent également être supprimées du dossier du tribunal.

... La seule personne qui doit avoir accès à ces discussions est le juge qui préside la conférence préparatoire. Il conserve un exemplaire du

formulaire contenant les références à la peine, au cas où celui-ci lui serait réclamé dans le cadre d'une autre conférence préparatoire.

En 2012, le tribunal a incorporé ces recommandations à ses règles, avec une section spécialement consacrée au règlement du dossier :

Le juge qui préside la conférence préparatoire *doit* s'informer sur les points suivants et en discuter :

- la position du procureur de la Couronne concernant la peine avant et après le procès en cas de déclaration de culpabilité;
- la position des avocats de chaque accusé concernant la sentence, avant et après le procès.

Le juge qui préside la conférence préparatoire *peut* exprimer [une] opinion relative au caractère approprié de toute proposition en ce qui a trait à la peine en s'appuyant sur les faits divulgués pendant la conférence préparatoire.<sup>33</sup> [Nous soulignons]

Les conférences sont enregistrées, mais les enregistrements ne sont pas accessibles sans ordonnance de la cour.

## Commentaire

Les négociations de plaidoyer font partie intégrante de notre système et permettent de résoudre un pourcentage élevé de dossiers criminels. Une question évidente se pose : l'intervention d'un juge médiateur dans l'équation présente-t-elle un intérêt ou alourdit-elle plutôt les programmes déjà surchargés des tribunaux dans un processus qui fonctionne très bien sans cette intervention?

Malgré tout, les tribunaux accusent des retards, ce qui incite à orienter davantage de dossiers vers un règlement négocié. Mais, selon le juge Stuart, « une justice diligente requiert davantage que de la rapidité », parce qu'en fin de compte, les tribunaux administrent la justice. Cette préoccupation met clairement en exergue la réticence de nombreux tribunaux à prendre des initiatives dans ce domaine, et favorise nettement un système incluant des mesures de protection au besoin.

Cependant, l'aide d'un médiateur conscient de l'intérêt public et des droits d'un accusé est utile, même s'il contribue seulement à améliorer la communication (l'une des fonctions les plus importantes du médiateur dans tout contexte). Un juge médiateur peut atténuer les préoccupations d'un accusé fortement incité à opter pour une négociation de plaidoyer sans en prendre pleinement les conséquences. Les avocats peuvent, par l'entremise d'une discussion avec une personne neutre, être amenés à critiquer leur dossier pour arriver à un jugement plus juste concernant les chances de réussite au procès, les facteurs de risque et les possibilités envisageables. Il est possible d'étudier les problèmes inhérents à l'intérêt public, ainsi qu'aux droits et aux aspects juridiques.

Notamment, lorsqu'une personne – y compris le procureur de la Couronne – communique le processus et les arguments à un tiers, surtout si ce dernier étudie constamment ses hypothèses et résume de qu'il entend afin que cette personne puisse entendre comment cela est compris par une autre personne, il est plus que probable qu'il repère des failles évidentes qui lui avait échappé jusque-là.<sup>34</sup>

En présence d'un juge médiateur, il convient de faire preuve de prudence en matière de communication directe avec l'accusé. Toutefois, il est essentiel pour l'intégrité du processus que ce dernier comprenne les possibilités qui s'offrent à lui et les conséquences d'accepter ou de refuser un éventuel accord à un certain moment avant l'achèvement de la négociation du plaidoyer ou avant la fin d'une séance de médiation vaine.

Les modèles en matière d'indication de peine constituent une possibilité conservatrice, mais sécuritaire pour les tribunaux, étant donné qu'ils peuvent conduire à une négociation de plaidoyer sans entraîner le tribunal dans le processus de négociation susceptible de compromettre son apparence d'impartialité. Toutefois, ils ôtent aux tribunaux tout rôle dans le règlement des accusations et des faits, les deux autres éléments importants.

Le nouveau modèle proposé par l'Ontario

se situe quelque part à mi-chemin, sans toutefois être très précis. Il mélange la gestion et le règlement des dossiers, deux aspects obligatoires de chaque dossier. Son efficacité reste à prouver, mais d'éventuels problèmes se profilent. Alors que certains modèles de médiation obligatoire fonctionnent, la nature des poursuites pénales va à l'encontre d'un tel processus. Mélanger le règlement des dossiers et leur gestion est également problématique. Les idées suivantes ont été admises dans le contexte civil en Ontario :

Les conférences préparatoires du procès comportent deux objectifs très différents. Elles visent en premier lieu, la gestion du processus. On y découvre l'opinion du juge quant à la façon d'accroître l'efficacité du procès et de mieux y préparer les parties. Ce qui peut ensuite, les inciter à aller vers un règlement. Certains juges considèrent qu'il s'agit de leur fonction principale et d'autres, d'une réflexion après coup. Cela crée une grande incertitude chez les avocats et les clients. Celle-ci modifie complètement votre préparation et votre approche, et le rôle du client est lui aussi, différent. [...] Les membres du barreau s'accordaient à dire que les conférences préparatoires devraient être séparées en deux catégories. [...] Le règlement peut être utile à certaines personnes, mais pas à d'autres. Actuellement, les conférences préparatoires offrent des possibilités de règlement à des parties qui n'en veulent pas, et ignorent celles qui souhaitent en disposer.<sup>35</sup>

Le modèle utilisé au Québec implique le tribunal dans tous les aspects de la négociation, englobant éventuellement une combinaison de suspensions et de retraits, ainsi que des reconnaissances de culpabilité, des faits relatifs aux peines et aux dispositions (j'ignore à quoi ce terme réfère), mais uniquement dans le cadre de demandes conjointes de la Couronne et de la défense. Il sépare la gestion obligatoire des dossiers de la facilitation volontaire, et offre des lignes directrices détaillées concernant le processus de facilitation. Les préoccupations relatives aux « accords conclus en coulisse » ou à l'implication du juge médiateur sont prises en compte par la confidentialité de la facilitation, le fait

que le juge traite avec les avocats, l'opinion du public et les raisons qui la motivent en cas de réussite, ainsi que l'entièreté de la confiance dans le processus du reste du tribunal et du public en cas d'échec. Cela permet au juge de jouer un rôle efficace de médiateur plutôt que de se contenter d'indiquer la peine.

Selon l'auteur (de qui parle-t-on ?), il est toujours utile d'envisager de s'appuyer sur les dispositions du *Code criminel* dans le cadre d'une conférence préparatoire à une audience afin que les juges qui la président puissent, à la demande des deux avocats, fournir une évaluation du dossier et si requis, faire connaître la peine à la fin de la conférence pour contribuer aux discussions relatives au règlement du dossier avant l'organisation d'un procès devant une Cour supérieure.<sup>36</sup>

## Conclusion

Alors que le système de négociation de plaidoyer actuel constitue une pierre angulaire pour le règlement des dossiers criminels, certains tribunaux ne sont pas satisfaits des accords « machinaux ». Par ailleurs nos tribunaux accusent encore un retard substantiel en matière de dossiers criminels. Il faut constater cependant que la médiation est désormais bien ancrée dans le système judiciaire, offre d'excellents résultats dans les dossiers de droit civil et de droit de la famille, et entre dans la sphère criminelle.

Il conviendrait d'instaurer à plus grande échelle dans les tribunaux canadiens, un processus rendant obligatoires les indications de peine par les tribunaux en échange d'une reconnaissance de culpabilité à une ou plusieurs accusations susceptibles d'être acceptées par l'accusé et par la poursuite, comme dans le modèle *Goodyear*. Le modèle du Québec offrant une conférence de facilitation volontaire distincte plutôt qu'une conférence obligatoire de gestion et de règlement des cas comme en Ontario, semble être un paradigme plus efficace. Il conviendrait d'étudier une procédure permettant de demander à un juge présidant une conférence préparatoire à une audience d'évaluer de façon informelle le dossier de la partie poursuivante lorsque celui-ci encourage la remise en ques-

tion des dispositions (j'ignore à quoi ce terme réfère. Je serais portée à reformuler ainsi : ... lorsque celui-ci encourage que des discussions sur la façon de faire soient explorées).

Un juge assume pleinement les fonctions

propres à son rôle lorsqu'il permet d'atteindre un résultat raisonnable avec les avocats, et s'assure que toute combinaison de suspensions d'instance, de retraits, de rejets, de reconnaissances de culpabilité et de dispositions (j'ignore à quoi ce terme réfère) est juste et défendable devant un tribunal public.

Il serait utile de tester cette approche dans toutes les juridictions canadiennes, tant en première instance qu'en appel. À long terme, elle ne devrait pas alourdir le fardeau qui pèse sur les ressources judiciaires ni les coûts pour le système de justice. 

- 1 *Henderson c. Bannan*, 256 F.2d 363, 390 (6th Cir.), 358 U.S. 890, 79 (1958)
- 2 Initiative de réforme de la justice en Colombie-Britannique, Geoffrey Cowper, c.r., président. <http://bcjusticereform.ca/>
- 3 *A Criminal Justice System for the 21<sup>st</sup> Century. Final Report to the Minister of Justice and Attorney General Honourable Shirley Bond* (« Rapport Cowper »), Sommaire exécutif, « 1.1.7 Early Case Resolution », p. 6, 29 août 2012.
- 4 A.W. Alschuler, « Plea bargaining and its history », *Col. Law Review* (1979), Ministère de la Justice des États-Unis, *Statistics, Felony Sentences in State Courts, 2004*, (2007) <http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=pb&detl&iid=909>
- 5 M. P. Piccinato, *La reconnaissance préalable de culpabilité*, Ch. 3: « Les principes qui doivent guider le recours à la reconnaissance préalable de culpabilité », Ministère de la Justice du Canada <http://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/rpc-pb/rpc2-pb2.html>
- 6 Rapport Cowper [supra, fn. 3], Sommaire exécutif, « 1.1.1 Overview of the Criminal Justice System in British Columbia », p. 3.
- 7 Voir *R. c. Dorsev* (1999), 123 O.A.C. 342-345; *R. c. Young*, 2008 BCSC 1574, art. [20]-[28].
- 8 *Globe and Mail*, « Top Jurist Urges Review of 'Coercive' Plea Bargaining System », 2 mars 2011 <http://m.theglobeandmail.com/news/national/top-jurist-urges-review-of-coercive-plea-bargaining-system/article1933161/?service=mobile>
- 9 « Ontario juge, lawyer scrap », Cnews, Canoe.ca <http://cnews.canoe.ca/CNEWS/Crime/2010/05/27/14130836.html>
- 10 Flora Go, « *Mediation as Practiced in Criminal Law: The Present, the Pitfalls, and the Potential* », lauréate de la James Boskey ADR Writing Competition 2010, American Bar Association. [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/docs/2010\\_BoskeyEssay\\_Winner\\_FloraGo.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/docs/2010_BoskeyEssay_Winner_FloraGo.authcheckdam.pdf)
- 11 *R. c. Stinchcombe*, [1915] 3 S.C.R. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. c. Chaplin*, [1997] 1 S.C.R. 727
- 12 *Missouri c. Frye*, 566 U.S., 132 S.Ct. 1399 (2012); *Lafler c. Cooper*, 566 U.S., 132 S.Ct. 1376 (2012)
- 13 *R. c. Dubieri*, (1982) 67 C.C.C. (2<sup>d</sup>) 341
- 14 *R. c. Turner*, [1970] 2 C.R. 321.
- 15 [2005] 2 Cr App R 20, [2005] 3 All ER 117.
- 16 *Goodyear*, supra, fn. 11, para 47.
- 17 Guidelines on the acceptance of pleas and the prosecutor's role in the sentencing exercise (revised 2009), <http://www.attorneygeneral.gov.uk/Publications/Pages/AttorneyGeneral'sguidelinesontheacceptanceofpleas/revised2009.aspx>.
- 18 *The Criminal Law (Amendment) Act, 2005*, No. 2 de 2006, promulgué le 11 janvier 2006. *An Act further to amend the Indian Penal Code, the Code of Criminal Procedure, 1973 and the Indian Evidence Act, 1872* <http://mha.nic.in/pdfs/CriminalLawAmendmentAct.2005.pdf>
- 19 Voir fn. 13 supra.
- 20 *Etat de Uttar Pradesh c. Chandrika* AIR 1999 SC 164, 2000 CriLJ 384, JT 1999 (8) SC 481
- 21 *Etat de Gujarat c. Natwar Harchanj Thakor* 2005 CriLJ 2957, (2005) 1 GLR 709 @ para 84.
- 22 *The Nature of the Criminal Justice System*, Law Essays UK. <http://www.law-essays-uk.com/resources/sample-essays/criminal/nature-of-criminal-justice-system.php>
- 23 Philippine Mediation Centre, *Mediation in Court of Appeals*, 2013 <http://www.pmc.org.ph/mediation-in-the-court-of-appeals.htm>
- 24 Paragraphes 536.4, 625.1(1) et 625.1(2) du *Code criminel*.
- 25 Rapport d'évaluation du projet pilote de conférence préparatoire à l'audience, janvier 2012, p. 4. [http://www.courts.gov.bc.ca/supreme\\_court/a bout /the\\_supreme\\_court/Criminal%20Pilot%20Project%20Evaluation%20Report%20-January%202012.pdf](http://www.courts.gov.bc.ca/supreme_court/a bout /the_supreme_court/Criminal%20Pilot%20Project%20Evaluation%20Report%20-January%202012.pdf)
- 26 Ontario, *Rapport du Comité consultatif du procureur général sur le contrôle des accusations, la divulgation de la preuve et les discussions en vue d'un règlement*, recommandations 70 et 73 (1993).
- 27 M. P. Piccinato, *négociation de plaidoyer*, supra, fn. 3.
- 28 La Cour du Banc de la Reine de Saskatchewan exige la tenue d'une conférence préparatoire à l'audience après l'audience préliminaire à propos de la gestion du procès et du règlement du dossier s'il y a lieu, semblable au modèle de l'Ontario. Je tiens à remercier Lane Wiegers, directrice des procureurs de Saskatchewan et l'honorable juge Gregory Koturbash du tribunal provincial de Colombie-Britannique pour cette information.
- 29 Alexander, *Global Trends in Mediation*, Ch. 5, « Judicial Mediation in Quebec » (Otis et Reiter), Kluwer International Law BV, p. 108, 2006.
- 30 Instauration d'un programme-pilote en matière pénale, 1<sup>er</sup> mars 2004 [http://www.tribunaux.qc.ca/c-appel/ModeAlt/Facilitation/Instauration/Programme\\_pilote\\_penale.pdf](http://www.tribunaux.qc.ca/c-appel/ModeAlt/Facilitation/Instauration/Programme_pilote_penale.pdf)
- 31 Otis, Conférence présentée en Australie devant des tribunaux australiens, mars 2005. Également, Robert, C.J.Q., *Judges as Mediators in Criminal Matters, The Canadian Experience*, The International Society for the Reform of Criminal Law, 20<sup>e</sup> Conférence internationale, Brisbane, Queensland, Australie, 2006 <http://www.isrl.org/Papers/2006/Robert.pdf>
- 32 *New Approaches to Criminal Trials*, Rapport du Comité consultatif du juge en chef en matière de procès criminels devant la Cour supérieure de justice, 2006, [http://www.ontariocourts.ca/sci/en/reports/ctr/#\\_Toc141087521](http://www.ontariocourts.ca/sci/en/reports/ctr/#_Toc141087521)
- 33 Criminal Proceedings Rules for the Superior Court of Justice (Ontario) (SI/2012-7) <http://lois.justice.gc.ca/fra/reglements/STR-2012-7/page-25.html>
- 34 Go, supra, fn. 10, p. 22
- 35 Crafting Consistent Approach to Mediation, *Law Times*, 8 avril 2013 [http://www.lawtimesnews.com/Focus-On/Focus-Crafting-consistent-approach-to-judicial-mediation?utm\\_source=responses&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=20130408\\_CLNewswire](http://www.lawtimesnews.com/Focus-On/Focus-Crafting-consistent-approach-to-judicial-mediation?utm_source=responses&utm_medium=email&utm_campaign=20130408_CLNewswire)
- 36 Voir *Code criminel*, article 536.4

## Final Invitation to Comment: National Arbitration Rules

### National Arbitration Rules, ADR Institute of Canada

The National Rules Committee appointed by the Board of Directors of the ADR Institute of Canada will be reviewing the National Arbitration Rules of the ADR Institute of Canada.

The Committee invites comments, suggestions and concerns relating to the National Arbitration Rules from all members of the ADR Institute of Canada.

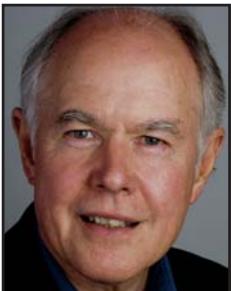
**View the National Arbitration Rules at:** <http://adrcanada.ca/rules/arbitration.cfm>

Please forward your comments by August 15, 2013 to: Mary Anne Harnick, Executive Director at: [executivedirector@adrcanada.ca](mailto:executivedirector@adrcanada.ca)



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

# Who decides what in mediation? Making space for difference



John Peter Weldon

A Quebec attorney and Chartered Mediator, teaches transformative mediation at the Quebec Bar Continuing Legal Education Service, Montreal, as well as at Hofstra University Law School, Hempstead, NY, and Aix-Médiation, Aix-en-Provence.



Joseph P. Folger

A professor at Temple University, Philadelphia PA and is co-founder of the Institute for the Study of Conflict Transformation: [www.transformativemediation.org](http://www.transformativemediation.org)



Robert A. Baruch Bush

A professor at the Maurice A. Deane School of Law at Hofstra University, Hempstead, NY, and co-founder of the Institute for the Study of Conflict Transformation.

## Introduction

Since the first decade of the modern mediation field, in the 1970s, self-determination has been the distinguishing feature of mediation.<sup>1</sup> Whereas in arbitration or adjudication the third party is the decision maker, mediators assist the parties but have no decision-making power.<sup>2</sup> In mediator codes of conduct, party self-determination has been enshrined as a guiding principle from very early on.<sup>3</sup> Although the meaning of the term seems self-evident, over the years it has been interpreted differently by mediators using different models of mediation. Each model has its own principles and methods, and each one appeals to different mediators and clienteles<sup>4</sup>. This diversity of approaches has generated healthy debate and provided potential clients with a choice of mediation models, and the extent to which self-determination has been applied differs widely from model to model.

For example, an evaluative mediator might hold that advising and guiding the parties toward outcomes that respect given norms is within the realm of self-determination, where a transformative mediator might consider such guidance as interference. Is it necessary that all mediators work the same way? Most of us would answer, "No." A more appropriate question is, "Should codes of conduct oblige mediators to clearly discuss with the parties the process to be used in mediation and obtain their agreement thereon?" We believe they should, and many codes require just that.<sup>5</sup> By clearly describing their methods beforehand with each party, mediators provide prospective parties with the opportunity to determine for themselves if this model of mediation is likely to suit their situation. This discussion would then be reviewed in the presence of all parties before the mediation contract is signed. There are several models available and the public should be

made aware of the possibility of choosing the model they consider appropriate.

Over the years mediation has continuously evolved and mediation theorists have introduced many new approaches, such as interest-based practice and accountability for substantive fairness, with power-balancing as a means of achieving it. In the 1990s transformative<sup>6</sup> or party-driven<sup>7</sup> mediation was introduced. These various approaches have not been universally accepted by mediators; while some codes of conduct authorize a wide range of practice, other codes favor one approach to the exclusion of others.

Mediator codes of conduct are currently being written or revised that will have a profound influence on how mediation is practiced in years to come. Moreover, in Quebec, the government is in the process of amending the Civil Code of Procedure to include the practice of mediation in a formal framework of detailed prescriptions potentially limiting choice of approach<sup>8</sup>. Some mediator codes of conduct restrict methods of practice by obliging mediators to practice a certain model of mediation<sup>9</sup>; others override party decision-making and terminate mediation if parties do not respect certain rules.<sup>10</sup> We maintain that these restrictions are unnecessary and counterproductive. In our opinion, mediator codes of conduct and other forms of mediation regulation should be drafted in ways that allow different models of mediation to be practiced and new methods to develop in the future.

A brief overview of these approaches follows.

## Interest-based mediation

In the early 1980s, the mediation field was strongly influenced by the publication of *Getting To Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*<sup>11</sup>, where authors Fisher

and Ury introduced the notion that by exploring and focusing on parties' underlying interests, problems could be clearly defined and solved in ways that would produce creative, mutually acceptable outcomes.

Although not universally adopted, interest-based mediation became widely used and the method became known as facilitative mediation.<sup>12</sup> This entailed mediators leading parties through a series of specific negotiation steps or stages to facilitate settlement via collaborative rather than adversarial bargaining. By applying such strategies as "*Separate the People from the Problem*," "*Focus on Interests, Not Positions*," and "*Use Objective Criteria*," mediators began taking on a more directive role, and as a result, some of the responsibility for solving problems shifted to the mediator's shoulders. Many saw this as effective mediating while others saw it as diminishing party self-determination.

## Mediator accountability for substantive fairness

A parallel development introduced in the early 1980s was the quest for substantive fairness. In the 1970s practitioners made no particular claim that mediated agreements were substantively fair by some objective standard. The mediator's duty of impartiality applied to the conduct of the process itself, but the only guarantee regarding outcome was that any agreement would be "mutually acceptable" to the parties.<sup>13</sup> In 1981 mediation theorist Lawrence Susskind argued that mediators could not ignore the potential for parties to make unwise decisions and therefore agree to unfair deals, and he suggested that the mediator was accountable to intervene in ways that reduced that risk of unfairness.<sup>14</sup>

Another mediation theorist, Joseph B. Stulberg, countered that substantive intervention to ensure a fair agreement would contradict the mediator's duty of impartiality, and even worse, compromise his or her ability to serve the central function of facilitating a mutually acceptable agreement between the parties.<sup>15</sup>

This debate has continued, but over time a majority of mediators have taken the position that substantive fairness of outcome

is indeed one of the mediator's key responsibilities. Even though there is no significant body of research that documents the substantive fairness of mediated agreements, particularly in cases involving parties of unequal power,<sup>16</sup> some competency tests now ask whether the mediator helped to develop an "agreement that is balanced, fair, realistic."<sup>17</sup> This responsibility for creating outcomes that the mediator thinks are acceptable, fair or workable is often taken seriously by mediators and directly affects their approach to intervention in disputes across the sectors of practice.

## Examining the strategy of power-balancing

To ensure fairness, some mediation theorists proposed that mediators engage in the practice of power-balancing when they intervene in disputes. Christopher Moore, author of one of the basic and widely used texts on mediation practice, advocates

"assisting the weaker party in obtaining, organizing and analyzing data, . . . educating the party in planning an effective negotiation strategy, aiding the party in developing . . . resources [to continue to negotiate, and] encouraging the party to make realistic concessions. . . .<sup>18</sup>"

John Haynes, another widely recognized authority and a founder of divorce mediation, claims that power-balancing is effective in preventing unjust outcomes. He states,

"When the power balance interferes with the couple's ability to negotiate a fair agreement, I believe the mediator has a responsibility to correct that imbalance."<sup>19</sup>

"[T]he mediator intervenes to take charge of the way the couple communicate and reorganizes it to *disempower* the overly powerful spouse and *empower* the powerless spouse.<sup>20</sup>" (emphasis added)

Other voices pointed out that the existence of differing cultural norms might constitute an obstacle to ensuring fairness. Thus, the emphasis placed on sequential turn-taking, on encouraging rational discussion of problems and solutions, and on discouraging strong and extended emotional "outbursts"—can inadvertently work to the

disadvantage of groups in society unaccustomed, unskilled, or uncomfortable with communicating in this manner.<sup>21</sup>

Another obstacle stands in the way of ensuring fairness. The very nature of mediation as an informal process means that mediators can never count on the completeness or accuracy of the information presented by parties in the session. Nor is there any way for mediators to require more information or to authenticate what is offered.<sup>22</sup> If the mediator facilitates a settlement based on partial information, the resulting outcome is likely to lack substantive fairness.

Perhaps more important to the credibility of the mediation, as Stulberg argues persuasively, the power-balancing mediator becomes an advocate for one party and loses the trust of the other party. Once that trust is lost, the mediator cannot work effectively because one of the parties no longer is confident of the mediator's impartiality or neutral motives.<sup>23</sup> Nonetheless, some codes of ethics recommend<sup>24</sup> or prescribe<sup>25</sup> that mediators accept the responsibility to balance power and alter the dynamics of parties' relationships. The commitment to balancing power often overrides a commitment to party-determined choices and party-created outcomes.

## Transformative or Party-driven Mediation

In 1994, the authors of *The Promise of Mediation, Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*<sup>26</sup> proposed a renewed emphasis on party empowerment in mediation, allowing parties to address disputes in their own way, and leaving it up to them to be the ultimate judge of what constitutes both an acceptable process and a fair outcome.

Called transformative or party-driven<sup>27</sup> mediation, this approach defines party self-determination very broadly, placing decision making control entirely in the hands of the parties and not the mediator. This applies not only to the content and outcome of discussions but to the parties' manner of interaction<sup>28</sup>. Parties determine what they need to have in place during a mediation session to be able to have the most

productive conflict interaction possible. When there is disagreement about this the parties are supported in having a conversation about this and determining whether and how the process can continue.

Transformative mediators do not use power-balancing and believe they should not be obliged by codes of conduct to do so. In describing mediation to a prospective party beforehand, the transformative mediator explains that if the discussion between the parties appears to be unbalanced, the mediator does not intervene to balance the power. What the mediator does instead is to fully support each party, both in presenting their views as fully and powerfully as they choose to, and in using whatever manner of expression they choose—rational, emotional, or both.<sup>29</sup>

Transformative practitioners believe that parties themselves hold the ultimate defense against injustice—the ability to leave when they choose to do so—and that right is fully supported by the mediator.<sup>30</sup>

Critics have claimed that by taking a non-directive position towards the parties, transformative mediators risk allowing the stronger party to dominate. Transformative mediators respond that each party holds an ultimate veto over how the conversation will take place, and if, at any point, one party believes that the other is no longer acting reasonably, he or she can call a halt, request a separate meeting, end the session, or terminate the mediation.<sup>31</sup>

Parties are viewed as the best judges of what justice is.<sup>32</sup> Thus party-driven, transformative mediation practice, based on and shaped by the fundamental principle of genuinely supporting party choice, acts as a brake against unfair outcomes in individual cases, even when the parties are of unequal power.<sup>33</sup> By systematically deferring to party decision-making over every aspect of both process and substance as the mediation unfolds, the transformative mediator helps parties regain confidence in their ability to clarify and express their views, and take perspective. In this more constructive context, it will be easier for parties to assess for themselves the fairness or unfairness of mediation pro-

cess and outcomes.

Given this brief description of transformative mediation's foundational respect for the principle of party self-determination, it is important that codes of mediator conduct not exclude this approach, or any other approach that places party-self-determination at the heart of the mediation process. Instead, it is important that codes of conduct require mediators to fully explain their role within the context of the mediation model they propose so that parties will know what to expect in the mediation session.

## Codes of Conduct and Diverse Mediation Practice

Some codes attempt to make space for a wide range of practice, including party-driven approaches while others, narrowly constructed, mandate more strictly mediator-driven modes of practice. Two Canadian examples will serve to illustrate this point.

The ADR Institute of Canada Code of Conduct for Mediators<sup>34</sup> governs mediators among the 1800 members of the Institute. It allows mediators to support party self-determination without proviso. Its stated objective is to apply “guiding principles for the conduct of mediators... [and] “protection for members of the public who use mediators...”

Without using the term “self-determination,” the code clearly states, “It is the right of parties to a Mediation to make their own voluntary and non-coerced decisions regarding the possible resolution of any issue in dispute. Every Mediator shall respect and encourage this fundamental principle of Mediation.” It also states, “The Mediator shall provide the parties at or before the first Mediation session with information about the Mediator’s role in the Mediation. The Mediator shall discuss the fact that authority for decision-making rests with the parties, not the Mediator.” Reinforcing this idea, it states, “The Mediator shall make reasonable efforts before Mediation is initiated or at the start of the Mediation to ensure that the parties understand the Mediation process.” Once the parties have been made aware of the process the mediator intends to use, they “shall

prepare and execute a Mediation agreement setting out . . . the terms under which the parties are engaging the Mediator.”

We consider this to be a helpful approach. Having made it clear that parties are in charge, the code need not arm the mediator as the final arbiter of the parties’ conduct. Instead, it gives the mediator and the parties each a potential veto by stating, “The Mediator *may* suspend or terminate the Mediation if requested, in writing, by one or more of the parties,” and “The Mediator may suspend or terminate the Mediation with a written declaration by the Mediator that further efforts at mediation would not be useful at this time.” This should be read in conjunction with the indication that, “A Mediator who considers that a Mediation in which he or she is involved may raise ethical concerns (including, without limitation, the furtherance of a crime or a deliberate deception) may take appropriate action, which may include adjourning or terminating the process.” (emphasis added). In all these respects, the ADR Canada *Code of Conduct* for Mediators can be said to be inclusive of both mediator-driven and party-driven models of mediation.

This code of conduct stands in direct contrast to the Ontario Bar Association’s (CBAO) Model Code of Conduct<sup>35</sup> which contains restrictions having the effect of overriding party self-determination. It governs Ontario mediators working under the Mandatory Mediation Program (MMP) in place in Ottawa, Toronto and Windsor.

The CBAO code begins with a section mandating mediator respect for party self-determination, but it is followed by another section mandating considerable mediator decision-making power over questions of both process and potential outcome.

It states: “Self-determination is the right of parties in a mediation to make their own voluntary and non-coerced decisions regarding the possible resolution of any issue in dispute. It is a fundamental principle of mediation which mediators shall respect and encourage.”

The above statement appears to allow par-

# Sponsorship Opportunities for ADRIC 2013 / ICC Canada 2013

ADR Institute of Canada National Conference and  
ICC Canada International Arbitration Conference

October 24-25, 2013, Toronto

Call today to become a sponsor at Canada's premier ADR event! For the first time, two extraordinary events are being held together to create one outstanding opportunity that your organization cannot afford to miss.

ADR Institute of Canada has joined forces with ICC Canada to create an event that every major firm and company with an interest in arbitration and mediation will want to be associated with. In addition to top speakers on issues of importance to users and practitioners of arbitration and mediation, ADRIC's program will be enriched with ICC Canada sessions on International Arbitration to create the largest and most important gathering of arbitration and mediation practitioners and consumers in Canada.

## Ensure that your firm or company is not left out - sponsorships are accepted on a first-come first-served basis.

Call today to choose your level of participation. Benefits include free attendance, speaking opportunities, prominent display of corporate logo, inclusion in all conference advertising materials and more.

## Valuable exposure to the "right" audience

Whether you are a practitioner or consumer of ADR services, **sponsorship** will place your name in front of hundreds of lawyers, arbitrators, mediators, HR professionals, corporate and other users of Alternative Dispute Resolution services. Don't miss this opportunity to be where the high profile professionals and most committed users of arbitration and mediation services will be on October 24-25 and demonstrate your organizational or personal expertise and commitment to ADR.

## ADRIC 2013/ICC Canada 2013 is: A Unique Opportunity to...

Position yourself and build relationships with national and international industry leaders. This event is, far and away the best venue to showcase what you and your organization have

to offer, network with prospective clients and referral sources, and develop strategic relationships that will help you now and into the future.

**And each level of sponsorship includes complimentary registrations – a valuable opportunity to provide your client (or colleague) with two days of substantive learning and to demonstrate your commitment to ADR.**

## Prospective Attendees

Our advertising and promotional campaign reaches well over 2000 ADR professionals who are members of ADR Canada, ICC Canada and other arbitration organizations in Canada and the U.S., as well as leading corporate users of ADR services, HR practitioners, lawyers, arbitrators, mediators, architects, engineers, social workers, In-House Counsel, accountants, from all industries including: International Business, Construction, Insurance, Information Technology, Intellectual Property, Family Law, Appraisal, Franchise, Transportation, Health Care and more.

Topics reflect current interests and issues across Canada and internationally. Subjects from previous conferences have included International Arbitration to Community Mediation. We have had interactive panels on Workplace ADR; Having Difficult Conversations with Employees; Managing Power Imbalances; Marketing Your ADR Practice; Cognitive Barriers to Negotiation; Neuroscience and Negotiation, Environment & ADR, Using Experts, Multi Party Dispute Resolution in the Energy Industry, How To Work Out Effective Commercial Arrangements with First Nations – Land Claims, Restorative Justice and more. This year's conference will surpass anything we have seen before and will include internationally renowned arbitrators who will share information not elsewhere available.



*Don't delay. Contact Janet McKay, Business Development Manager [janet@adrcanada.ca](mailto:janet@adrcanada.ca),  
1-877-475-4353 ext. 5 to request a sponsorship package and reserve your place today!*  
*We look forward to hearing from you.*

*Jim Musgrave, President, ADR Institute of Canada, Barry Leon, Chair, ICC Canada*

ties “to make their own voluntary and non-coerced decisions”, but in the section entitled XI. Termination or Suspension of Mediation, the code orders that mediators shall terminate a mediation if any one of the following situations is perceived to exist in the opinion of the mediator and it has not been rectified by the parties:

- (a) the process is *likely to prejudice* one or more of the parties;
- (b) one or more of the parties is using the process inappropriately;
- (c) one or more of the parties is *delaying the process to the detriment of* another party or parties;
- (d) the mediation process is *detrimental to* one or more of the parties or the mediator;
- (e) it appears that a party is *not acting in good faith*;
- (f) there are other reasons that are or appear to be counterproductive to the process.

(emphasis added)

The loosely definable terms reproduced in italics mandate mediators to 1) form an opinion about what they perceive to be happening in the room (or which might perceptibly happen in the future), 2) point out the offending situation to the party or parties, 3) require parties to rectify the situation, and 4) terminate mediation if they consider that the parties have not complied with their instructions. In these key respects, the CBAO code can be said to mandate a mediator-driven model of mediation and thereby exclude approaches to practice which prioritize party self-determina-

tion of parties at all points in the mediation.

How might a transformative mediator respond in situations such as these? Rather than requiring a party or parties to rectify conduct that appears to fall under these categories, a transformative mediator would continue with his or her central task of helping each party regain a sense of competency and perspective. This means systematically supporting party expression and choices, deferring to the parties’ own judgment<sup>36</sup>. The parties themselves determine whether they believe the other is using the process inappropriately, whether the process is detrimental to them, whether the other is acting in good faith or whether they believe that the mediation process is counterproductive.

## Conclusion

In the information age, approaches in all fields are constantly evolving and new approaches are continuously being made available to the public on a wide scale. Thus, facilitative mediation is no longer what it was in the 1980’s. Transformative mediation has evolved considerably beyond its initial description in 1994. Other mediation approaches have been introduced since then and this trend will continue and probably accelerate. In our opinion, mediators will be at their most effective when they are able to adopt the type of mediation that corresponds best to their view of conflict and human nature<sup>37</sup>. In order to protect the public’s right to choose the type of mediation which they consider appropriate to help them deal with

the various types of conflict they encounter, mediator codes of conduct must be capable of embracing an expanding body of diverse mediation theory and practice.

Veteran mediator Peter Miller suggests that ethical practice would require mediators to be totally transparent with prospective clients about the nature of their role and its limits. If clients agree to continue on this basis, mediators should then follow through by adhering to the description provided to the clients; ethical practice announces itself and doesn’t switch mediation models midstream<sup>38</sup>. By this logic, transformative mediators would be obliged to disclose that they do not regulate parties’ conversation or limit what can and cannot be discussed.<sup>39</sup> Facilitative mediators would have to disclose that they intervene to balance power, and describe the measures they adopt to achieve their sense of power balance. And evaluative mediators would have to disclose that party decisions will have to conform to external norms, specifying the nature of the norms to be applied.

For informed consumer choice to become a reality, space for the diversity of mediation practice must be made in codes of conduct and other forms of mediation regulation. With the maturing of the mediation field, one size no longer fits all. Inclusive codes of conduct presently exist; they emphasize the basic principles common to all mediation models: party self-determination, independence and impartiality of the mediator, and confidentiality of the proceedings.<sup>40</sup>

1 Alison Y. Taylor, Toward a Comprehensive Theory of Mediation, 19 Conciliation Courts Review 1, 4 (1981); Anne Milne & Jay Folberg, The Theory and Practice of Divorce Mediation: An Overview, in DIVORCE MEDIATION: THEORY AND PRACTICE (Jay Folberg & Anne Milne eds., 1998). JAMES J. ALFINI, SHARON B. PRESS, JEAN R. STERNLIGHT, & JOSEPH B. STULBERG, MEDIATION THEORY AND PRACTICE 2–11 (2d ed., 2006) at 718–20; Robert A. Baruch Bush, Staying in Orbit or Breaking Free: The Relationship of Mediation to the Courts Over Four Decades, 84 N.D. L. REV. 735–38 (2008). See also Nancy A. Welsh, The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization, 6 HARV. NEGOT. L. REV. 1, 15–21 (2001). Jacqueline Nolan-Haley, Judicial Review of Mediated Settlement Agreements: Improving Mediation with Consent, 5 Penn St. Y. B. Arb. & Mediation (2013) available at <http://www.ssrn.com/abstract=2249862>

2 Leonard L Riskin, “Understanding Mediators’ Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed” (1996); (3d Ed. 2005).

3 See, e.g., ABA STANDARDS OF PRACTICE FOR LAWYER MEDIATORS IN FAMILY DISPUTES, STANDARD I.C., III.C. (1984), 18 FAM. L. Q. 363, 363–65 (1984). See also Welsh, *supra* note 4, at 34–52 (analyzing the principle of self-determination in the mediator ethics rules of the Florida state mediation system, adopted in 1992).

4 The Association for Conflict Resolution’s Model Standards for Mediator Certification Programs recognizes seven distinct mediation frameworks: facilitative, transformative, narrative, evaluative, inclusive, analytical and responsive - frameworks being defined as ‘philosophies and methodologies that identify how the mediator carries out and identifies his practice’: [http://www.acnet.org/uploadedFiles/Practitioner/ModelStandardsofConductforMediatorsfinal05\(1\).pdf](http://www.acnet.org/uploadedFiles/Practitioner/ModelStandardsofConductforMediatorsfinal05(1).pdf); Alexander, N., The Mediation

Metamodel: Understanding Practice, Conflict Resolution Quarterly, vol. 26, no.1, Fall 2008 © Wiley Periodicals Inc., identifies six distinct mediation models : evaluative, settlement, facilitative, wise counsel, traditional, and transformative; Boule, L. et Kelly, K.J., Mediation Principles, Process, Practice, 1998, Toronto, Butterworths, identify four models : evaluative, settlement, facilitative and transformative. The International Mediation Institute (IMI) certifies mediators according to distinct criteria based on the three different mediation models recognized by the Institute : facilitative, evaluative and transformative : <http://imimediation.org>

5 For example, Mediate BC Society Standards of Conduct dictates, “A mediator must ensure that all participants understand the nature of the mediation process, the procedures to be followed, the role of the mediator and the relationship of the participants to the mediator.” [http://www.mediatebc.com/PDFs/1-28-Standards-of-Conduct/Standards\\_Conduct.aspx](http://www.mediatebc.com/PDFs/1-28-Standards-of-Conduct/Standards_Conduct.aspx)

6 For a recent overview of transformative mediation, see John Peter Weldon, Transformative Mediation: Putting Self-Determination into Practice, Canadian Journal of Arbitration and Mediation, (2012) Vol. 21, No. 1, page 30: [http://www.adrcanada.ca/resources/documents/ADRIC\\_JOURNAL\\_2012\\_Vol21\\_No1.pdf](http://www.adrcanada.ca/resources/documents/ADRIC_JOURNAL_2012_Vol21_No1.pdf)

7 The terms “party-driven” and “party-centered” are suggested by two sources: First, colleagues using transformative practices in ethno-political conflict settings, in searching for a clear way to refer to these practices in their context, found that “party-driven” was the term best understood by the parties. See Folger & Bush, Transformative Practice in Ethno-Political Conflict: An Emerging Initiative in TRANSFORMATIVE MEDIATION: A SOURCEBOOK—RESOURCES FOR CONFLICT INTERVENTION PRACTITIONERS AND PROGRAMS 31–50 (Joseph P. Folger et al., eds., 2010). Second, in discussions with colleagues who

- teach clinical lawyering skills, the insight emerged that transformative practices in mediation rest on similar theoretical and practical grounds as the approach called “client-centered” lawyering in the legal profession, which similarly stresses the centrality of client choice and control. See, e.g., Robert D. Dinerstein, Client-Centered Counseling: Reappraisal and Refinement, 32 ARIZ. L. REV. 501, 506 (1990) (reviewing the development and principles of client-centered lawyering and the reasons for its use). In short, the kinds of alternative practices discussed in this section can be and probably are followed by mediators who do not explicitly label themselves “transformative mediators.” Indeed, part of our intention in using the terminology is to recognize this likelihood.
- 8 Quebec Official Publisher, 2013, An Act to Establish the New Civil Code of procedure, art. 1 – 7; 605 – 615 : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-28-40-1.html>. For a critical analysis of the Draft Bill, see Réseau pour une approche transformative du conflit : Mémoire amendé présenté à la Commission des Institutions, 30 mars 2012, <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/C1/manuels/Mandat-16641/memoires-deposes.html>
- 9 THE MEDIATOR CODE OF CONDUCT AND ETHICS- ALBERTA COURTS obliges a prospective mediator to fill out a form in which he or she must agree to use interest-based mediation. <http://www.albertacourts.ab.ca/portals/ext/qb/civilmediation/CodeofConductandEthics.pdf>
- 10 Ontario Ministry of the Attorney General The CBAO Model Code of Conduct for Mediators, Section XI. Termination or Suspension of Mediation: <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/courts/manmed/codeofconduct.asp>
- 11 Roger Fisher and William Ury, Getting to Yes: Negotiating an Agreement Without Giving In, New York, Random House Business. (1981)
- 12 Carole J. Brown, Facilitative Mediation: The Classic Approach Retains its Appeal at Mediate.com: <http://www.mediate.com/pfriendly.cfm?id=1180> (last visited March 20, 2013)
- 13 Joseph B. Stulberg, The Theory and Practice of Mediation: A Reply to Professor Susskind, 6 VT. L. REV. 85, 88–91 (1981). Stulberg’s theory is cast entirely in terms of fostering an agreement, without regard to the terms of that agreement, which are entirely in the parties’ hands.
- 14 Lawrence Susskind, Environmental Mediation and the Accountability Problem, 6 VT. L. REV. 1, 13–18 (1981). Susskind argues that “the success of a mediation effort must also be judged in terms of the fairness . . . of the agreements that are reached” and that mediators must strive “to achieve just and stable agreements . . . .” Id. at 14.
- 15 Stulberg, supra note 16, at 86–87, 96–97, 110–17. Stulberg’s argument against the “accountability” view suggested by Susskind is based primarily on his analysis of how such “non-neutrality” would make it impossible for the mediator to discharge his or her primary functions of helping the parties achieve an agreement of any kind.
- 16 To the contrary, one well-known study of outcomes in mediation compared to outcomes in court, for similar cases, showed that racial minorities more often than not achieved poorer outcomes in mediation than in court, whereas the reverse was true for non-minority parties. See MICHELLE HERMANN ET AL., AN EMPIRICAL STUDY OF THE EFFECTS OF RACE AND GENDER ON SMALL CLAIMS ADJUDICATION AND MEDIATION (1993) (cited in JAMES J. ALFINI, SHARON B. PRESS, JEAN R. STERNLIGHT, & JOSEPH B. STULBERG, MEDIATION THEORY AND PRACTICE 2–11 (2d ed., 2006), at 371–75). This type of study lent credibility to claims made earlier that mediation, as an informal process, would disadvantage minorities. Similarly, some studies of divorce mediation have shown that mediation produces agreements for “joint custody” far more often than such custody is awarded in court decisions—a result that may suggest that women, who seek “primary custody” more often, fare worse in mediation than men. See, e.g., Roz Zinner, Joint Custody: Smart Solution or Problematic Plan, <http://www.adrr.com/adr4/joint.htm> (last visited Oct. 20, 2011). Even the extensive research conducted on workplace mediation in the U.S. Postal Service’s REDRESS Program, while it shows that managers and employees express roughly similar degrees of satisfaction with mediated outcomes, presents no evidence of what those outcomes were, or how they compared with outcomes of similar cases in other forums. See LISA BLOMGREN BINGHAM, MEDIATION AT WORK: TRANSFORMING WORKPLACE CONFLICT AT THE UNITED STATES POSTAL SERVICE, 19–22 (2003) (citing multiple studies of the REDRESS mediation program). In other words, like most of the research done to demonstrate mediation’s value over the years, this research measures attitudes about outcomes rather than the objective fairness of the outcomes themselves.
- 17 Robert A. Baruch Bush, One Size Does Not Fit All: A Pluralistic Approach to Mediator Performance Testing and Quality Assurance, 19 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 965, 977–78 (2004) (citing Supreme Court of Virginia Mediator Mentee Evaluation Form (available at <http://www.courts.state.va.us/courtadmin/aoc/djs/programs/drs/mediation/forms/adr1001.pdf>)
- 18 CHRISTOPHER W. MOORE, THE MEDIATION PROCESS: PRACTICAL STRATEGIES FOR RESOLVING CONFLICT 391–93 (3d ed. 2003) (quoting in part James A. Wall Jr., Mediation: An Analysis, Review, and Proposed Research, 25 J. CONFLICT RESOL. 157, 164 (1981)).
- 19 John Haynes, Power Balancing in DIVORCE MEDIATION: THEORY AND PRACTICE (Jay Folberg & Anne Milne eds., 1998) at 280–81 (quoting in part Jeffrey Z. Rubin & Bert R. Brown, The Social Psychology of Bargaining and Negotiation (1975) at 79).
- 20 Idem at 290–291.
- 21 See, e.g., Leah Wing, Whither Neutrality? Mediation in the 21st Century (unpublished paper, [www.prasi.org/uploads/12\\_PRASI\\_Wing.doc](http://www.prasi.org/uploads/12_PRASI_Wing.doc)); Trina Grillo, The Mediation Alternative: Process Dangers for Women, 100 YALE L.J. 1545, 1555–75 (1991) at 1572–87; Richard Delgado et al., Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution, 1985 WIS. L. REV. 1359, 1391 (1985); Isabelle R. Gunning, Diversity Issues in Mediation: Controlling Negative Cultural Myths, 1995 J. DISP. RESOL. 55, 60–62 (1995) (discussing this view of ADR among both minority and feminist critics and identifying specific examples of such critics)
- 22 See Robert A. Baruch Bush, Efficiency and Protection or Empowerment and Recognition: The Mediator’s Role and Ethical Standards in Mediation, 41 FLA. L. REV. (1989) 260–66 (discussing the limitations on mediator’s ability to act as protectors of parties’ rights). Unlike judges or even arbitrators, who have the authority and the tools to demand and test the authenticity of evidence, mediators have no such authority or tools. *supra*, note 27
- 23 Jay Folberg & Alison Taylor, Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation at 35, 245; (1984); Joseph B. Stulberg, Mediation Theory and Practice 2–11 (2d ed., 2006) at 86–87, 91–97. See also Joseph B. Stulberg, Mediation and Justice: What Standards Govern? 6 CARDozo J. CONFLICT RESOL. 213 (2005) (giving examples of how justice is served in mediation by measures that stop short of power-balancing, id. at 241–44, and concluding that, “mediation . . . powerfully exemplifies those features of a procedure suitably viewed as one of pure procedural justice . . . . [P]arty-acceptability of outcomes is, and should be, the defining feature of justice in mediation. Standards independent of the process are not needed.” Id. at 245)
- 24 For example, the ADR Institute of Alberta, in their Code of Ethical Conduct for Mediators, in “a commentary with examples and guidelines”, writes, “Impartiality does not prevent a mediator acting to assist the mediation process. For example, recognizing an unequal balance of power and seeking to rectify it.” <http://www.adralberta.com/PDF/CodeOfEthicsAgreement.pdf>;
- 25 For example, Ontario Ministry of the Attorney General, CBAO Model Code of Conduct, *supra*, note 13
- 26 Robert A. Baruch Bush and Joseph P. Folger, The Promise of Mediation, Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition, San Francisco, Jossey-Bass (1994); a fully revised and almost completely new edition was published as Robert A. Baruch Bush and Joseph P. Folger, The Promise of Mediation, The Transformative Approach to Conflict, New and Revised Edition, San Francisco, Jossey-Bass (2005) (though the two editions bear the same name, with the exception of the first and last chapters, they are essentially different books). See also the work of the Institute for the Study of Conflict Resolution: <http://www.transformativemediation.org/>
- 27 See *supra*, note 10.
- 28 Transformative mediation mediators view conflict as a crisis in human interaction, whereby parties are caught up in a negative conflict cycle due to experiencing a sense of reduced agency and connection. They believe that the mediator can help parties regain these strengths and reverse the conflict cycle by supporting party expression and choices.
- 29 See BUSH & FOLGER (2005) *supra* note 29, at 131–214 (presenting a case study showing how a mediator offers support of this kind to the parties).
- 30 See James R. Antes et al., Transforming Conflict Interactions in the Workplace: Documented Effects of the USPS REDRESS Program, 18 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 429, 439 (2001) (describing a case example from workplace mediation illustrating mediator supporting party decision to leave the mediation session).
- 31 The result of this consistently supportive posture is that parties on both sides become aware that they are being treated fairly. The transformative mediator does not decide *a priori* which party is weaker and therefore needs more assistance. The so-called weaker parties are given the same opportunities as the so-called stronger parties to express themselves as they choose. Both sides are helped to be effective advocates for themselves, on their own terms, and as extensively as they choose.
- 32 Joseph B. Stulberg, Mediation and Justice: What Standards Govern? 6 CARDozo J. CONFLICT RESOL. 213 (2005) at 241–45 (agreeing that party-acceptability, when practices of self-determination have been followed, is ultimately the best guarantor of the “justice” of an agreement, concluding that, “[P]arty-acceptability of outcomes is, and should be, the defining feature of justice in mediation. Standards independent of the process are not needed.”)
- 33 See BINGHAM, *supra* note 19, (research documenting perceived fairness of transformative mediation outcomes, by employees as well as managers); Dorothy J. Della Noce & Hugo C. M. Prein, The Case for Transformation: A Review of Theoretical and Empirical Support in TRANSFORMATIVE MEDIATION: A SOURCEBOOK—RESOURCES FOR CONFLICT INTERVENTION PRACTITIONERS AND PROGRAMS, Joseph P. Folger et al., eds., (2010) at 93, 94–105 (summarizing results of numerous studies documenting perceived outcome fairness in transformative mediations).
- 34 ADR Institute of Canada, Inc. Code of Conduct for Mediators: [http://www.adrcanada.ca/resources/documents/National\\_Mediation\\_Rules\\_2012August30.pdf](http://www.adrcanada.ca/resources/documents/National_Mediation_Rules_2012August30.pdf)
- 35 Ontario Ministry of the Attorney General, CBAO Model Code of Conduct, *supra*, note 13.
- 36 See Stulberg, *supra* note 35
- 37 Joseph P. Folger, HARMONY AND TRANSFORMATIVE MEDIATION PRACTICE: SUSTAINING IDEOLOGICAL DIFFERENCE IN PURPOSE AND PRACTICE, North Dakota Law Review (2008) 84:3, 823–860 at p. 855: “...the core values of an adopted approach to practice need to resonate, to some degree, with a mediators’ personal ideology – their views of human nature, conflict, and the role of social institutions in addressing conflicts. It is difficult for mediators to practice confidently and effectively within a framework if it is not consistent with their core values. Skills that mediators learn in training or that they adopt from their professional backgrounds easily get overridden by their personal value orientation in the throes of actual intervention work.”
- 38 Peter Miller, coauthor with Robert A. Baruch Bush of Transformative Mediation and Lawyers: Insights from Practice and Theory in TRANSFORMATIVE MEDIATION: A SOURCEBOOK—RESOURCES FOR CONFLICT INTERVENTION PRACTITIONERS AND PROGRAMS (2010) Joseph P. Folger et al., eds., (private communication with one of the co-authors, March 14, 2013)
- 39 For a co-author of this article who practices transformatively, this also means referring enquiring parties to a detailed 8-page portrait of transformative mediation as well as a short video, both available online, before setting up an exploratory meeting to determine whether this approach makes sense to them or whether they would prefer another approach with another mediator: <http://www.johnpeterweldon.com>
- 40 ADR Institute of Canada, Inc. Code of Conduct for Mediators, *supra*, note 37. In 2011, France amended Section 21 of its basic law on civil, penal, and administrative procedure to include a one-page chapter on mediation briefly setting out universally accepted principles: central role of the parties, mediator impartiality, competence and diligence, and confidentiality of the proceedings, leaving ample room for the practice and free choice of a wide diversity of mediation practice. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000350926>

# Qui exerce le pouvoir décisionnel en médiation? Reflet de la diversité des pratiques

Par John Peter Weldon<sup>1</sup>, Joseph P. Folger<sup>2</sup> et Robert A. Baruch Bush<sup>3</sup>

(Dans le présent texte la forme masculine désigne à la fois les hommes et les femmes.)

## Introduction

Au cours des années 1970, le principe de l'autodétermination des parties est devenu la pierre angulaire de la médiation moderne<sup>4</sup>. À l'inverse d'un processus d'arbitrage ou judiciaire où les décisions qui lient les parties sont prises par la tierce partie, dans un processus de médiation, les décisions sont prises par les parties aidées du médiateur qui ne possède pas de pouvoir décisionnel<sup>5</sup>. Très tôt, l'autodétermination des parties a été érigée en principe directeur par les codes d'éthique des médiateurs<sup>6</sup>. Si le sens du terme semble aller de soi, ce principe a été interprété de façon différente au fil du temps selon l'approche de médiation pratiquée, chaque modèle obéissant à ses propres principes et méthodes, et chaque modèle obtenant la faveur de différents médiateurs et de différentes clientèles<sup>7</sup>. La diversification des approches de médiation a donné lieu à un débat fécond et fourni aux clients potentiels un choix de modèles, l'étendue du principe d'autodétermination variant significativement d'un modèle à l'autre.

À titre d'exemple, un médiateur évaluatif peut soutenir que conseiller et guider les parties vers une solution conforme à des normes établies respecte le principe d'autodétermination, tandis qu'un médiateur transformatif considérera une telle approche comme allant à l'encontre de ce principe. Est-il nécessaire que les médiateurs travaillent tous de la même façon? La plupart des médiateurs répondraient par la négative. Une autre question nous paraît plus pertinente : les codes d'éthique devraient-ils exiger que les médiateurs discutent avec les parties du processus qu'ils entendent utiliser et obtiennent leur accord quant à ce processus avant d'amorcer la médiation? Nous sommes de cet avis, et d'ailleurs plusieurs codes l'exigent<sup>8</sup>. En fournissant au préalable à chacune des parties une description claire de la méthode qu'il compte utiliser et en reprenant cette description en présence de toutes les parties avant la signature de la convention de

médiation, le médiateur donne à celles-ci la possibilité de déterminer si le modèle de médiation qu'il propose leur convient. Le public a désormais accès à plusieurs modèles de médiation et il importe que les utilisateurs sachent qu'il leur est possible de choisir le modèle qui leur convient, eût égard à leur situation.

La médiation n'a cessé d'évoluer au fil des ans et bon nombre d'approches nouvelles ont été proposées par les théoriciens de la médiation, préconisant, par exemple, que le médiateur axe sa pratique sur les intérêts des parties et veille au caractère équitable de la médiation en équilibrant le rapport de force entre elles. Quant à elle, la médiation transformative<sup>9</sup> dans laquelle les parties sont maîtres du processus (*party-driven mediation*<sup>10</sup>) a vu le jour dans les années 1990. Ces différentes approches n'ont pas fait l'unanimité chez les médiateurs et alors que certains codes d'éthique autorisent un large éventail d'approches, d'autres codes favorisent une seule approche à l'exclusion des autres.

Des codes d'éthique destinés à régir la pratique des médiateurs sont en cours de rédaction ou de révision. En outre, le gouvernement du Québec est en voie d'amender le Code de procédure civile pour y reconnaître la pratique de la médiation en l'encadrant de directives susceptibles de limiter le choix des approches<sup>11</sup>. Ces codes sont susceptibles d'exercer une influence importante sur la manière dont la médiation se pratiquera dans les années à venir. Certains codes restreignent les choix des médiateurs quant aux méthodes à utiliser, les obligeant à pratiquer un modèle précis de médiation<sup>12</sup>, d'autres privent les parties de leur pouvoir décisionnel en requérant que le médiateur mette fin à la médiation si elles ne respectent pas certaines règles spécifiques<sup>13</sup>. Nous soutenons que ces restrictions ne sont ni nécessaires ni souhaitables. Les codes d'éthique et autres formes de réglementation de la mé-

diation devraient, selon nous, être rédigés de façon à permettre la pratique de différents modèles de médiation et ne pas entraver l'émergence de nouvelles approches à l'avenir.

Le présent article offre un aperçu de certaines approches et des dispositions contenues dans certains codes d'éthique.

## La médiation axée sur les intérêts des parties

Au début des années 1980, le monde de la médiation a été fortement influencé par la publication de *Getting to Yes : Negotiating Agreement Without Giving In* (titre de la traduction française : Comment réussir une négociation)<sup>14</sup>. Les auteurs, Fisher et Ury, introduisaient la notion selon laquelle l'exploration des intérêts sous-jacents aux positions des parties permettrait de mieux définir les problèmes et de les résoudre afin de parvenir à des solutions mutuellement acceptables aux parties.

Sans être universellement adoptée, la médiation axée sur les intérêts des parties s'est tout de même largement répandue, sous le nom de « médiation facilitante »<sup>15</sup>. Cette approche postule que les médiateurs doivent guider les parties à travers une série d'étapes ou de phases précises de négociation dans le but de faciliter un règlement, dans un esprit de collaboration plutôt que de confrontation. Par l'application de certaines stratégies, par exemple « *dis-socier les personnes de leur problème* », « *se concentrer sur les intérêts en jeu et non sur les positions des parties* », « *avoir recours à des critères objectifs* », les médiateurs ont commencé à jouer un rôle plus directif, assumant en conséquence une plus large part de responsabilité dans la résolution de problèmes. Si plusieurs ont vu dans cette approche une façon efficace de mener une médiation, d'autres y ont vu une atteinte à l'autodétermination des parties.

## Assurer le caractère équitable de la médiation

Parallèlement, au cours des années 1980, se développait un mouvement préconisant la recherche par le médiateur du caractère équitable de la médiation. Dans les années 1970, les médiateurs ne faisaient aucune représentation particulière quant au caractère équitable, selon quelque norme objective, des ententes conclues en médiation. Le devoir d'impartialité du médiateur s'appliquait au processus en tant que tel, mais la seule garantie offerte quant à l'issue de la médiation était que l'entente serait « mutuellement acceptable » aux parties<sup>16</sup>. En 1981, un théoricien de la médiation nommé Lawrence Susskind fit valoir que les médiateurs ne pouvaient ignorer le risque que des parties prennent de mauvaises décisions et acceptent des ententes de règlement inéquitables, préconisant l'obligation pour le médiateur d'intervenir de manière à minimiser ce risque<sup>17</sup>.

Un autre théoricien de la médiation, Joseph B. Stulberg, s'est objecté à ce point de vue en alléguant que les interventions du médiateur visant à assurer le caractère équitable de l'entente envisagée par les parties entraient en contradiction avec son devoir d'impartialité et pire encore, compromettaient sa capacité d'assumer sa fonction principale : faciliter l'atteinte d'une entente mutuellement acceptable<sup>18</sup>.

Le débat s'est poursuivi, mais au fil du temps, une majorité de médiateurs se sont ralliés au point de vue voulant que l'une de leurs principales responsabilités soit d'assurer un règlement équitable entre les parties. Bien qu'il n'existe pas de recherche substantielle sur le caractère équitable des ententes conclues en médiation, particulièrement lorsque des parties de forces inégales sont en cause<sup>19</sup>, certains tests de compétence menant à l'accréditation des médiateurs évaluent maintenant si le médiateur a contribué à l'établissement d'une « entente équilibrée, juste et réaliste »<sup>20</sup>. Des médiateurs de divers secteurs de pratique en sont venus à endosser la responsabilité d'obtenir des résultats qu'ils jugent acceptables, justes ou réalisables, ce qui influence nécessairement leur façon d'intervenir dans le cadre de la médiation.

## Équilibrer les forces en présence

Certains théoriciens de la médiation ont proposé que les médiateurs interviennent pour équilibrer le rapport de force entre les parties afin d'assurer le caractère équitable de la médiation. Christopher Moore, auteur d'un texte de base largement utilisé sur la pratique de la médiation, préconise « *d'aider la partie la plus faible à obtenir, organiser et analyser des données... d'éduquer la partie à planifier une stratégie de négociation efficace, d'aider la partie à développer des... ressources [afin de continuer à négocier, et] d'encourager la partie à faire des concessions réalistes...* »<sup>21</sup>.

John Haynes, un autre expert largement reconnu, cofondateur de la médiation familiale, affirme que le fait d'équilibrer les forces entre les parties permet de prévenir le risque de règlements inéquitables. Il déclare :

« Quand le rapport de force entrave la capacité du couple à négocier une entente équitable, j'estime que le médiateur a la responsabilité de corriger ce déséquilibre.<sup>22</sup> »

« [Le] médiateur intervient en contrôlant la manière dont le couple communiqué et réorganise la communication de façon à diminuer le pouvoir du conjoint trop puissant pour augmenter le pouvoir du conjoint qui ne l'est pas assez.<sup>23</sup> » (soulignés ajoutés)

D'autres voix ont souligné que la présence de normes culturelles différentes pouvait constituer un obstacle à l'atteinte d'une solution équitable. Ainsi, le fait pour le médiateur d'insister pour que les échanges entre les parties s'effectuent à tour de rôle, de privilégier un débat rationnel portant uniquement sur les problèmes et les solutions, et de décourager les « débordements » émotionnels intenses peut, par inadvertance, désavantager des parties appartenant à des groupes socioculturels peu habitués, malhabiles ou mal à l'aise à communiquer de cette manière<sup>24</sup>.

La volonté du médiateur d'assurer le caractère équitable de la médiation fait face à une autre difficulté. La médiation étant, par sa nature même, un processus infor-

mel, cela signifie que le médiateur ne peut jamais savoir si les informations fournies par les parties sont exhaustives ou exactes, tout comme il ne peut exiger plus d'informations ou encore une garantie que l'information offerte est fiable ou authentique<sup>25</sup>. Or si le médiateur facilite un règlement basé sur des informations incomplètes ou inexactes, le résultat qui en découlera risque de ne pas être équitable.

Comme le souligne Stulberg de façon persuasive, en cherchant à équilibrer les forces entre les parties, le médiateur devient le défenseur d'une partie et risque de perdre la confiance de l'autre. Une fois cette confiance perdue, le médiateur peut difficilement travailler de façon efficace, cette autre partie ayant le sentiment de ne plus pouvoir se fier à son impartialité ou à sa neutralité, élément essentiel pour la crédibilité du processus de médiation<sup>26</sup>. Néanmoins, certains codes de déontologie recommandent<sup>27</sup> ou prescrivent<sup>28</sup> que le médiateur prenne la responsabilité d'équilibrer les forces et de modifier la dynamique relationnelle entre les parties. L'engagement du médiateur à équilibrer les forces entre les parties empiète malheureusement souvent sur son engagement à respecter le libre choix des parties et la vision qu'elles ont des solutions qui pourraient leur convenir.

## La médiation transformative (ou party-driven mediation)

En 1994, les auteurs de *The Promise of Mediation, Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*<sup>29</sup> ont proposé de revenir à l'autonomie et au pouvoir décisionnel des parties à la médiation en leur permettant de régler leurs différends à leur manière, et d'être les seuls juges de l'acceptabilité du processus et du caractère équitable de l'issue de la médiation.

Cette approche, appelée médiation transformative, dans laquelle les parties sont maîtres du processus avec le soutien du médiateur<sup>30</sup>, définit le principe d'autodétermination de façon large, préconisant que la prise de décisions revienne entièrement aux parties, non seulement en ce qui a trait au contenu et au résultat des discussions, mais également à la manière dont se déroule leur interaction<sup>31</sup>. Ce sont les parties qui déterminent la manière dont

elles souhaitent traiter de leur différend pour que leur interaction soit la plus fructueuse possible. S'il survient un désaccord à cet égard, le médiateur invite les parties à en discuter et à déterminer si le processus peut se poursuivre et si c'est le cas, de quelle manière.

Les médiateurs transformatifs ne cherchent pas à équilibrer le rapport de force entre les parties et estiment que les codes d'éthique ne devraient pas les y obliger. En décrivant préalablement le processus de médiation à une partie potentielle, le médiateur transformatif explique que si un déséquilibre survient au cours de la discussion, il n'interviendra pas pour équilibrer les forces en présence, mais qu'en revanche, il soutiendra chacune des parties pour lui permettre de présenter son point de vue aussi pleinement et intensément qu'elle le souhaitera, en respectant son mode d'expression, qu'il soit rationnel, émotionnel ou les deux<sup>32</sup>.

Les praticiens de la médiation transformative considèrent que chaque partie dispose du moyen ultime de se défendre en cas d'injustice, soit le droit de mettre fin à la médiation si et lorsqu'elle le juge approprié, et ce droit est pleinement soutenu par le médiateur<sup>33</sup>.

Certains critiques prétendent qu'en adoptant une position non directive à l'égard des parties, les médiateurs transformatifs risquent de permettre à la partie la plus forte de dominer. Les tenants de l'approche transformative répondent à cela que chaque partie dispose du droit ultime d'opposer son veto sur la manière dont la conversation se déroule. Si, à quelque moment que ce soit, une partie considère que l'autre n'agit plus de manière raisonnable, elle peut demander de faire une pause, solliciter une rencontre en aparté, mettre fin à la séance ou mettre fin à la médiation<sup>34</sup>.

Selon ce modèle de médiation, les parties sont mieux placées que quiconque pour définir ce qui est juste pour elles<sup>35</sup>. Sur cette base et parce qu'il accorde un soutien constant aux choix des parties – principe fondamental de la médiation transformative — le médiateur minimise le risque d'un règlement inéquitable, et ce, même lors-

que les parties sont de force inégale<sup>36</sup>. Le souci du médiateur transformatif de remettre systématiquement le pouvoir décisionnel aux parties sur tous les aspects du processus et du contenu de la médiation a pour effet d'aider chacune d'elles à reprendre confiance en sa capacité à clarifier et à exprimer son point de vue, et à s'ouvrir au point de vue de l'autre. Dans le contexte plus constructif qui en découlera, il sera plus facile aux parties d'évaluer elles-mêmes le caractère équitable ou non du processus et du résultat de leur médiation.

Compte tenu du rôle central que joue le principe d'autodétermination en médiation transformative, il nous paraît important que les codes d'éthique n'excluent pas cette approche ou toute autre approche qui place l'autodétermination des parties au cœur du processus de médiation. En revanche, nous sommes d'avis qu'il est important que les codes d'éthique demandent au médiateur d'expliquer clairement son rôle aux parties, avec le modèle de médiation qu'il propose, afin que celles-ci puissent faire un choix éclairé et savoir à quoi s'en tenir lors de la médiation.

### Les codes d'éthique et les diverses pratiques de médiation

Certains codes d'éthique laissent place à un large éventail de pratiques, incluant celles qui visent à redonner le pouvoir aux parties quant au processus, tandis que d'autres codes, plus contraignants, prescrivent des pratiques où le processus est essentiellement dirigé par le médiateur. Nous nous référons à deux exemples canadiens pour illustrer ce point.

Le code d'éthique des médiateurs de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada (IAMC)<sup>37</sup>s'applique aux médiateurs comptant parmi les quelque 1800 membres de l'Institut. Ce code leur permet de soutenir sans réserve l'autodétermination des parties. Ses objectifs déclarés sont « *d'établir des principes directeurs d'éthique pour les médiateurs [et] d'assurer la protection du public qui utilise les médiateurs [...]* ».

Ce code d'éthique précise en outre : « *L'autodétermination est le droit des parties à la médiation de prendre volontaire-*

*ment et sans pression leurs propres décisions en vue de résoudre l'une ou l'autre des questions soulevées dans le différend. Chaque médiateur doit encourager et respecter ce principe fondamental de la médiation.* » Le code stipule également : « *Avant le début de la médiation, le médiateur informe les parties de son rôle dans le déroulement de la médiation et précise notamment que c'est aux parties et non au médiateur que revient la responsabilité de la décision.* » Renforçant cette idée, le code ajoute : « *Avant d'entreprendre la médiation, le médiateur doit faire des efforts raisonnables pour s'assurer que les parties comprennent le déroulement de la médiation.* » Une fois les parties informées du processus que le médiateur utilisera lors de la médiation, le code indique que « *Le médiateur rédige et exécute avec les parties une convention de médiation stipulant : (a) les modalités aux termes desquelles les parties engagent le médiateur [...].* »

L'approche de ce code d'éthique nous paraît exemplaire. En effet, il énonce clairement que les décisions des parties sont souveraines et n'érigent pas le médiateur en arbitre ultime du comportement des parties. Il accorde plutôt à chaque partie, comme au médiateur, un veto potentiel en stipulant : « *Le médiateur peut suspendre ou mettre fin à la médiation à la demande écrite de l'une ou de plusieurs des parties* » et « *Le médiateur peut suspendre ou mettre fin à la médiation par une déclaration écrite du médiateur précisant que tout effort supplémentaire de médiation est inutile.* ». Il convient de lire ces énoncés conjointement avec la disposition suivante : « *Un médiateur considérant que la médiation dans laquelle il est impliqué soulève d'éventuelles préoccupations éthiques (y compris, sans restriction, la perpétration d'un crime ou d'une tromperie délibérée) peut prendre les mesures appropriées en pareil cas, y compris suspendre ou mettre fin au processus.* » (soulignés ajoutés) (N. D. T. : cette dernière citation est une traduction libre de l'article 7.5 qui n'apparaît pas dans la version française de l'ADR Institute of Canada *Code of Conduct for Mediators*). À ces différents égards, on peut dire que le code d'éthique des médiateurs de l'IAMC autorise à la fois les modèles de médiation où le médiateur dirige

le processus et les modèles de médiation où le médiateur remet le pouvoir aux parties quant au processus.

Le code d'éthique des médiateurs de l'IAMC tranche nettement avec le code de déontologie de l'Association du Barreau canadien de l'Ontario (ABCO)<sup>38</sup> dont les restrictions imposées ont pour effet de miner l'autodétermination des parties. Ce code de déontologie s'applique aux médiateurs œuvrant dans le cadre du programme de médiation obligatoire (PMO) en vigueur dans les villes d'Ottawa, de Toronto et de Windsor.

Le code de déontologie de l'ABCO débute par une section qui requiert le respect de l'autodétermination des parties par le médiateur, suivie toutefois par une section qui confie au médiateur un pouvoir décisionnel considérable quant au processus et au résultat de la médiation. En voici les extraits :

Le code stipule : « *L'autodétermination est le droit des parties à une médiation de prendre leurs propres décisions, de plein gré et sans contraintes, concernant le règlement éventuel de toute question dans le différend. Il s'agit d'un principe de médiation fondamental que les médiateurs doivent respecter et encourager* ». Cet énoncé laisse croire que les parties peuvent « *prendre leurs propres décisions, de plein gré et sans contraintes* ». Cependant, la section XI. « Cessation ou suspension de la médiation » exige des médiateurs qu'ils mettent fin à une médiation si, selon eux, l'une des conditions suivantes est présente et n'est pas rectifiée par les parties :

- (a) *le processus est susceptible de porter préjudice à l'une des parties ou plus;*
- (b) *l'une des parties ou plus utilise le processus de manière abusive;*
- (c) *l'une des parties ou plus retarde le processus au détriment de l'autre partie ou des autres parties;*
- (d) *le processus de médiation est préjudiciable à l'une des parties ou plus ou au médiateur;*
- (e) *il semble que l'une des parties n'agit pas de bonne foi; ou*
- (f) *il existe d'autres motifs qui sont ou qui semblent être à l'encontre du processus.*

(soulignés ajoutés)

À partir de circonstances dont la description laisse une large place à l'interprétation (soulignées ci-dessus), cette disposition oblige le médiateur à : 1) porter un jugement sur ce qui se passe dans la salle de médiation (ou sur ce qui, selon lui, pourrait se passer à l'avenir), 2) signaler aux parties le comportement jugé inadéquat, 3) exiger que les parties rectifient le comportement reproché et 4) mettre fin à la médiation s'il juge que les parties n'ont pas respecté ses directives en ce sens. Sur ces points essentiels, on peut dire que le code de déontologie de l'ABCO prescrit un modèle de médiation où le processus est dirigé par le médiateur et qu'il exclut les modèles de médiation respectant le droit des parties à l'autodétermination quant au processus.

Comment un médiateur transformatif interviendrait-il dans les circonstances énumérées à cette disposition? Plutôt que d'exiger qu'une ou plusieurs parties rectifient un comportement semblant relever de ces catégories, il poursuivrait sa tâche principale, soit d'aider chacune des parties à regagner confiance en sa propre capacité d'exprimer son point de vue et de mettre les choses en perspective, le médiateur s'en remettant au jugement des parties<sup>39</sup> et les soutenant systématiquement dans ce processus. Dans le modèle transformatif, chaque partie détermine ainsi elle-même si l'autre partie utilise le processus de manière abusive, si le processus lui paraît préjudiciable, si l'autre partie agit de bonne foi ou si le processus de médiation est contre-productif.

## Conclusion

À l'ère de l'information, les approches, dans quelque domaine que ce soit, évoluent en permanence et de nouvelles approches sont continuellement mises à la disposition du public. Ainsi, la médiation facilitante n'est plus ce qu'elle était dans les années 1980 et la médiation transformative a considérablement évolué depuis sa formulation initiale en 1994. D'autres approches de médiation ont été introduites depuis, et cette tendance va se poursuivre et probablement s'accélérer. Nous sommes d'avis que les médiateurs seront d'autant plus efficaces qu'ils pour-

ront adopter l'approche de médiation qui correspond le plus à leur vision du conflit et de la nature humaine<sup>40</sup>. Afin de protéger le droit des utilisateurs de choisir l'approche de médiation qu'ils jugent appropriée pour composer avec les conflits auxquels ils font face, les codes réglementant la pratique des médiateurs doivent s'ouvrir à l'évolution constante de la théorie et de la pratique de la médiation.

Selon Peter Miller, médiateur d'expérience, une pratique éthique de la médiation exigerait qu'un médiateur soit transparent quant à la nature de son rôle et quant aux limites de ce rôle avec ses clients potentiels. Si les clients acceptent d'entamer la médiation sur la base qui leur est proposée, le médiateur devra alors procéder en adhérant à la description fournie à ses clients. Une pratique de médiation se voulant éthique devrait donc être explicite et le modèle de médiation ne devrait pas changer en cours de route<sup>41</sup>. En suivant cette logique, les médiateurs transformatifs devraient préciser qu'ils ne pondéreront pas les débats entre les parties, pas plus qu'ils n'orienteront ou ne limiteront ce qui peut ou ne peut pas être discuté dans le cadre du processus<sup>42</sup>. Les médiateurs de l'approche facilitante devraient quant à eux préciser qu'ils interviendront pour équilibrer les forces entre les parties, en décrivant les mesures qu'ils comptent adopter pour réaliser ce qu'ils entendent par cet équilibre. Les médiateurs évaluatifs auraient pour leur part à préciser aux parties que leurs décisions devront se conformer à des normes établies, en explicitant la nature de ces normes.

Afin que les utilisateurs de la médiation puissent exercer un choix éclairé, les codes d'éthique ou autres formes de réglementation de la médiation doivent assurer une place à la diversité des modèles de médiation, car eu égard à l'évolution des pratiques dans le domaine, le régime du modèle unique ne convient plus. Des codes d'éthique tenant compte de cette diversité existent déjà : ils mettent l'accent sur les principes de base communs à tous les modèles de médiation, soit l'autodétermination des parties, l'indépendance et l'impartialité du médiateur, ainsi que la confidentialité du processus<sup>43</sup>.

- 1 John Peter Weldon, avocat et médiateur accrédité du Québec, enseigne la médiation transformante au Service de la formation continue du Barreau du Québec à Montréal, ainsi qu'à la faculté de Droit de l'université Hofstra, Hempstead, NY et à Aix-Médiation, Aix-en-Provence.
- 2 Joseph P. Folger est professeur à l'université Temple, Philadelphie, PA. Il est cofondateur de l'Institute for the Study of Conflict Transformation : [www.transformativemediation.org](http://www.transformativemediation.org)
- 3 Robert A. Baruch Bush est professeur à la Maurice A. Deane School of Law de l'université Hofstra, Hempstead, NY. Il est cofondateur de l'Institute for the Study of Conflict Transformation.
- 4 Alison Y. Taylor, Toward a Comprehensive Theory of Mediation, 19 Conciliation Courts Review 1, 4 (1981); Anne Milne & Jay Folberg, The Theory and Practice of Divorce Mediation: An Overview, in DIVORCE MEDIATION: THEORY AND PRACTICE (Jay Folberg & Anne Milne eds., 1998). JAMES J. ALFINI, SHARON B. PRESS, JEAN R. STERNLIGHT, & JOSEPH B. STULBERG, MEDIATION THEORY AND PRACTICE 2-11 (2d éd., 2006) pages 718-20; Robert A. Baruch Bush, Staying in Orbit or Breaking Free: The Relationship of Mediation to the Courts Over Four Decades, 84 N.D. L. REV. 735-38 (2008). Voir également Nancy A. Welsh, The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization, 6 HARV. NEGOT. L. REV. 1, 15-21 (2001), Jacqueline Nolan-Haley, Judicial Review of Mediated Settlement Agreements: Improving Mediation with Consent, 5 Penn St. Y. B. Arb & Mediation (2013) disponible à <http://www.ssrn.com/abstract=2249862>
- 5 Leonard L Riskin, "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed" (1996); (3d Éd. 2005).
- 6 Voir par exemple, ABA STANDARDS OF PRACTICE FOR LAWYER MEDIATORS IN FAMILY DISPUTES, STANDARD I.C., III.C. (1984), 18 FAM. L. Q. 363, 363-65 (1984). Voir également Welsh, supra, note 4, pages 34-52 (analyse du principe d'autodétermination dans les règles d'éthique des médiateurs du programme de médiation de l'État de Floride adoptées en 1992).
- 7 L'Association for Conflict Resolution reconnaît sept approches distinctes de médiation comme normes de pratique dans le cadre des programmes de certification des médiateurs. Il s'agit des approches suivantes : *facilitative, transformative, narrative, evaluative, inclusive, analytical et responsive*. Ces approches sont définies comme des « philosophies et des méthodologies qui caractérisent la pratique du médiateur et déterminent la nature de ses interventions » : [http://www.acrnet.org/uploadedFiles/Practitioner/ModelStandardsofConductforMediatorsfinal05\(1\).pdf](http://www.acrnet.org/uploadedFiles/Practitioner/ModelStandardsofConductforMediatorsfinal05(1).pdf); Alexander, N., The Mediation Metamodel : Understanding Practice, Conflict Resolution Quarterly, vol. 26, no.1, Fall 2008 © Wiley Periodicals Inc., distingue six modèles de médiation distincts : *evaluative, settlement, facilitative, wise counsel, traditional et transformative*; Boule, L. et Kelly, K.J., Mediation Principles, Process, Practice, 1998, Toronto, Butterworths, distinguent quatre modèles : *evaluative, settlement, facilitative et transformative*. L'International Mediation Institute (IMI) accorde une certification aux médiateurs selon des critères distincts fondés sur trois modèles de médiation reconnus par l'Institut : les modèles facilitant, évaluatif et transformatif : <http://imimediation.org>
- 8 Par exemple, la Mediate BC Society Standards of Conduct prescrivent : « Un médiateur doit s'assurer que tous les participants comprennent la nature du processus de médiation, le déroulement de ce processus, le rôle du médiateur et la relation entre les parties et les parties. » [http://www.mediatebc.com/PDFs/1-28-Standards-of-Conduct/Standards\\_Conduct.aspx](http://www.mediatebc.com/PDFs/1-28-Standards-of-Conduct/Standards_Conduct.aspx)
- 9 Pour un aperçu de la médiation transformante, voir *La médiation transformative au soutien de l'autodétermination des parties*, John Peter Weldon, Journal d'arbitrage et de médiation du Canada, 2011, Vol. 21, n° 1, page 37 : [http://www.adrcanada.ca/resources/documents/ADRIC\\_JOURNAL\\_2012\\_Vol21\\_No1.pdf](http://www.adrcanada.ca/resources/documents/ADRIC_JOURNAL_2012_Vol21_No1.pdf)
- 10 Les termes *party-driven mediation* (médiation où les parties sont maîtres du processus) et *party-centered mediation* proviennent de deux sources. En premier lieu, des praticiens de l'approche transformante dans le contexte des conflits ethno-politiques qui, cherchant à décrire cette approche de façon claire et concise, ont constaté que *party-driven* était le terme le mieux compris par les parties. Voir Folger & Bush, Transformative Practice in Ethno-Political Conflict: An Emerging Initiative in TRANSFORMATIVE MEDIATION: A SOURCEBOOK—RESOURCES FOR CONFLICT INTERVENTION PRACTITIONERS AND PROGRAMS 31–50 (Joseph P. Folger et al., eds., 2010). En deuxième lieu, il est ressorti des discussions avec des collègues qui enseignent l'initiation à la pratique d'avocat dans les facultés de Droit que l'approche transformante faisait appel aux mêmes notions théoriques et pratiques que celles de l'approche dite « centrée sur le client » dans la profession juridique, approche qui souligne le rôle central de l'autonomie décisionnelle du client. Voir par exemple, Robert D. Dinerstein, Client-Centered Counseling : Reappraisal and Refinement, 32 ARIZ. L. REV. 501, 506 (1990) (Examen des fondements et principes de l'approche centrée sur le client). Nous reconnaissons que l'approche de médiation présentée dans cette partie de notre article peut bien être pratiquée par des médiateurs ne se réclamant pas explicitement de l'approche « transformante », d'où notre emploi du terme plus large de *party-driven mediation*.
- 11 Éditeur officiel du Québec, 2013, Projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile, ss. 1 à 7 et 610 à 620 : <http://www.assnat.qc.ca/en/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-28-40-1.html>. Pour un commentaire critique de l'Avant-projet de loi, voir Réseau pour une approche transformante du conflit : Mémoire amendé présenté à la Commission des Institutions du Gouvernement du Québec, 30 mars 2012 : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/C1/mandats/Mandat-16641/memoires-deposes.html>
- 12 Le MEDIATOR CODE OF CONDUCT AND ETHICS- ALBERTA COURTS oblige le futur médiateur à remplir un formulaire dans lequel il doit consentir à utiliser le modèle de médiation axé sur les intérêts des parties. <http://www.albertacourts.ab.ca/portals/ext/gb/civilmediation/CodeofConductandEthics.pdf>
- 13 Ministère du procureur général de l'Ontario, Code de déontologie de l'ABCO, Section XI. « Cessation ou suspension de la médiation » <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/courts/manmed/codeofconduct.asp>
- 14 Roger Fisher et William Ury, Getting to Yes: Negotiating an Agreement Without Giving In, New York, Random House Business. (1981) (titre de la traduction française : Comment réussir une négociation)
- 15 Carole J. Brown, Facilitative Mediation : The Classic Approach Retains its Appeal : <http://www.mediate.com/pfriendly.cfm?id=1180> (dernière consultation du site 20 mars 2013)
- 16 Joseph B. Stulberg, The Theory and Practice of Mediation: A Reply to Professor Susskind, 6 VT. L. REV. 85, 88-91 (1981). La théorie de Stulberg s'appuie entièrement sur la notion de facilitation d'une entente, sans égard au contenu de cette entente, dont la détermination revient uniquement aux parties.
- 17 Lawrence Susskind, Environmental Mediation and the Accountability Problem, 6 VT. L. REV. 1, 13-18 (1981). Susskind fait valoir que « la réussite d'un effort de médiation doit également être évaluée en fonction de l'équité . . . des accords conclus » et que les médiateurs doivent s'efforcer de « parvenir à des règlements justes et durables . . . ». Id. à 14.
- 18 Stulberg, supra, note 16, pages 86-87, 96-97, 110-17. L'argument de Stulberg à l'encontre de la notion de la « responsabilité » du médiateur suggérée par Susskind se fonde essentiellement sur son analyse faisant ressortir qu'une telle « non-neutralité » empêcherait le médiateur de s'acquitter de sa fonction principale, celle d'aider les parties à parvenir à une entente quelle qu'elle soit.
- 19 À l'inverse, une étude bien connue comparant les résultats obtenus en médiation et les résultats obtenus devant un tribunal pour des cas similaires a démontré que les minorités ethniques obtenaient plus fréquemment de moins bons résultats en médiation qu'à la cour, alors que le contraire s'avérait pour les parties n'appartenant pas à des groupes minoritaires. Voir MICHELLE HERMANN ET AL., AN EMPIRICAL STUDY OF THE EFFECTS OF RACE AND GENDER ON SMALL CLAIMS ADJUDICATION AND MEDIATION (1993) (cite dans JAMES J. ALFINI, SHARON B. PRESS, JEAN R. STERNLIGHT, & JOSEPH B. STULBERG, MEDIATION THEORY AND PRACTICE 2-11 (2d ed., 2006), at 371-75). Ce type d'étude a ajouté de la crédibilité aux allégations formulées antérieurement que la médiation, en tant que processus informel, désavantagerait les minorités. Dans le même ordre d'idées, certaines études portant sur la médiation familiale ont montré que les ententes de « garde conjointe » survenaient beaucoup plus fréquemment en médiation qu'à la suite de décisions judiciaires, constat qui suggère que les femmes, qui cherchent plus souvent que les hommes à obtenir la « garde principale », sortent plus souvent perdantes en médiation que les hommes. Voir, par exemple, Roz Zinner, Joint Custody : Smart Solution or Problematic Plan, <http://www.adr.com/adr4/joint.htm> (dernière consultation du site 20 octobre 2011). Même si la recherche approfondie menée sur la médiation en milieu de travail dans le cadre du programme REDRESS de l'US Postal Service fait état du même degré de satisfaction à peu près chez les gestionnaires et les employés vis-à-vis des résultats obtenus en médiation, cette recherche ne présente pas de preuve quant à la nature de ces résultats, ni comment ils se sont comparés avec les résultats de cas semblables obtenus devant d'autres instances. Voir Lisa BLOMGREN BINGHAM, MEDIATION AT WORK: TRANSFORMING WORKPLACE CONFLICT AT THE UNITED STATES POSTAL SERVICE, 19-22 (2003) (compte rendu de plusieurs études du programme de médiation REDRESS). En d'autres termes, à l'instar de la plupart des recherches qui visent à démontrer la valeur de la médiation au fil des ans, cette recherche reflète davantage les attitudes des parties vis-à-vis des résultats que l'équité objective de ces résultats.
- 20 Robert A. Baruch Bush, One Size Does Not Fit All: A Pluralistic Approach to Mediator Performance Testing and Quality Assurance, 19 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 965, 977-78 (2004) (citation du Supreme Court of Virginia Mediator Menteer Evaluation Form : disponible à : <http://www.courts.state.va.us/courtadmin/aoc/djs/programs/drs/mediation/forms/adr1001.pdf>)
- 21 CHRISTOPHER W. MOORE, THE MEDIATION PROCESS : PRACTICAL STRATEGIES FOR RESOLVING CONFLICT 391-93 (3d ed. 2003) (citation partielle de James A. Wall Jr., Mediation: An Analysis, Review, and Proposed Research, 25 J. CONFLICT RESOL. 157, 164 (1981)).
- 22 John Haynes, Power Balancing, dans DIVORCE MEDIATION: THEORY AND PRACTICE (Jay Folberg & Anne Milne eds., 1998) 280-81 (citation partielle de Jeffrey Z. Rubin & Bert R. Brown, The Social Psychology of Bargaining and Negotiation (1975) à la page 79).
- 23 Idem, pages 290-291.
- 24 Voir, par exemple, Leah Wing, Whither Neutrality? Mediation in the 21st Century (unpublished paper, [www.prasl.org/uploads/12\\_PRASL\\_Wing.doc](http://www.prasl.org/uploads/12_PRASL_Wing.doc)); Trina Grillo, The Mediation Alternative: Process Dangers for Women, 100 YALE L.J. 1545, 1555-75 (1991) at 1572-87; Richard Delgado et al., Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution, 1985 WIS. L. REV. 1359, 1391 (1985); RESOL. 55, 60-62 (1995) (points de vue critiques provenant de l'expérience de groupes minoritaires et de groupes féministes des modes alternatifs de règlement des différends, appuyés d'exemples spécifiques).
- 25 See Robert A. Baruch Bush, Efficiency and Protection or Empowerment and Recognition: The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation, 41 FLA. L. REV. (1989) 260-66 (discussion portant sur les limites de la capacité du médiateur à agir en tant que protecteur des droits des parties). Contrairement aux juges ou même aux arbitres qui ont l'autorité et les outils nécessaires pour exiger et vérifier l'authenticité des preuves, les médiateurs ne disposent pas d'une telle autorité ou de tels outils.
- 26 Jay Folberg & Alison Taylor, Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation at 35, 245; (1984); Joseph B. Stulberg, Mediation Theory and Practice 2-11 (2d éd., 2006) pages 86-87, 91-97. Voir aussi Joseph B. Stulberg, Mediation and Justice: What Standards Govern? 6 Cardozo J. Conflict Resol. 213 (2005) (exemples de mesures permettant d'établir la justice en



- médiation sans avoir recours à l'équilibrage du rapport de force, id. 241-44, concluant que « la médiation ... fournit un exemple puissant d'une justice considérée sous l'angle purement procédural... L'acceptabilité des résultats par les parties à la médiation constitue et devrait constituer la caractéristique déterminante de la notion de justice. Le recours à des normes externes au processus n'est pas nécessaire.». Id. page 245)
- 27 Par exemple, le Code of Ethical Conduct for Mediators de l'ADR Institute of Alberta stipule dans un Commentaire avec des exemples et des lignes directrices que « le devoir d'impartialité ne doit pas empêcher un médiateur d'agir pour aider le processus de médiation, s'il constate par exemple un déséquilibre des forces et qu'il cherche à le rectifier ». (traduction libre) <http://www.adralberta.com/PDF/CodeOfEthicsAgreement.pdf>
- 28 Par exemple, le code de déontologie de l'ABCO; ministère du procureur général de l'Ontario, supra, note 13.
- 29 Robert A. Baruch Bush and Joseph P. Folger, *The Promise of Mediation, Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, San Francisco, Jossey-Bass (1994); une nouvelle édition entièrement révisée et mise à jour été publiée sous le titre : Robert A. Baruch Bush and Joseph P. Folger, *The Promise of Mediation, The Transformative Approach to Conflict, New and Revised Edition*, San Francisco, Jossey-Bass (2005) (bien que les deux éditions portent le même nom, à part le premier et le dernier chapitre, il s'agit de deux livres différents). Voir aussi les travaux de l'Institute for the Study of Conflict Resolution : <http://www.transformativemediation.org/>
- 30 Voir supra, note 10.
- 31 Les médiateurs transformatifs considèrent le conflit comme une crise de l'interaction humaine qui entraîne les parties dans une spirale négative et destructrice en raison du sentiment des parties de ne plus pouvoir agir sur la situation et d'être fermées l'une à l'autre. Ils estiment pouvoir aider les parties à regagner confiance en leurs capacités et à briser le cycle du conflit par le soutien systématique de leur libre expression et de leur pouvoir de choisir.
- 32 Voir BUSH & FOLGER (2005), supra, note 29, pages 131-214 (présentation d'une étude de cas dans laquelle un médiateur offre ce genre de soutien aux parties).
- 33 Voir James R. Antes et al., *Transforming Conflict Interactions in the Workplace: Documented Effects of the USPS REDRESS Program*, 18 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 429, 439 (2001) (description d'un cas de médiation en milieu de travail illustrant un médiateur soutenant la décision prise par une partie de mettre fin à la séance de médiation).
- 34 Le souci du médiateur d'apporter un soutien constant aux deux parties fait en sorte que celles-ci deviennent conscientes qu'elles sont traitées équitablement. Le médiateur transformatif ne décide pas *a priori* quelle partie est la plus faible et a donc le plus besoin de son aide. Les parties ont des chances égales de s'exprimer comme elles le souhaitent, qu'elles soient soi-disant plus faibles ou plus fortes. Le médiateur aide chaque partie à défendre efficacement son propre point de vue, dans ses propres termes, et aussi largement qu'elle le souhaite.
- 35 Joseph B. Stulberg, *Mediation and Justice: What Standards Govern?* 6 CARDODO J. CONFLICT RESOL. 213 (2005) pages 241-45 (l'auteur convient que, lorsque le principe d'autodétermination a été respecté, l'acceptabilité des résultats par les parties est ultimement la meilleure garantie de « justice » d'une entente et il conclut que « l'acceptabilité des résultats par les parties à la médiation constitue et devrait constituer la caractéristique déterminante de la notion de justice. Le recours à des normes externes au processus n'est pas nécessaire ».
- 36 Voir BINGHAM, supra, note 19, (travaux de recherche documentant la perception du caractère équitable des résultats de la médiation transformative de la part des employés et des gestionnaires); Dorothy J. Della Noce & Hugo C. M. Prein, *The Case for Transformation: A Review of Theoretical and Empirical Support in TRANSFORMATIVE MEDIATION: A SOURCEBOOK—RESOURCES FOR CONFLICT INTERVENTION PRACTITIONERS AND PROGRAMS*, Joseph P. Folger et al., eds., 2010) at 93, 94-105 (résumé des résultats de nombreuses études documentant la perception du caractère équitable des résultats dans le cadre de médiations transformatives).
- 37 Code d'éthique des médiateurs de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada (IAMC) [http://www.adrcanada.ca/resources/documents/Regulationsdemediation2011avril15\\_000.pdf](http://www.adrcanada.ca/resources/documents/Regulationsdemediation2011avril15_000.pdf)
- 38 Code de déontologie de l'ABCO; ministère du procureur général de l'Ontario, supra, note 13
- 39 Voir Stulberg, supra, note 35
- 40 Joseph P. Folger, *HARMONY AND TRANSFORMATIVE MEDIATION PRACTICE: SUSTAINING IDEOLOGICAL DIFFERENCE IN PURPOSE AND PRACTICE*, North Dakota Law Review (2008) 84:3, 823-860, à la p. 855: «... les valeurs fondamentales de l'approche qu'adopte un médiateur dans sa pratique doivent résonner jusqu'à un certain point avec ses valeurs personnelles : ses points de vue sur la nature humaine, les conflits et le rôle des institutions sociales dans la résolution de conflits. Il est difficile pour les médiateurs de pratiquer avec efficacité et en toute confiance dans un cadre non conforme à leurs valeurs fondamentales. Lorsqu'il s'agit d'intervenir dans le feu de l'action, les valeurs personnelles des médiateurs l'emportent sur les compétences apprises lors de leur formation ou adoptées à partir de leur seule expérience professionnelle. »
- 41 Peter Miller, co-auteur avec Robert A. Baruch Bush de *Transformative Mediation and Lawyers: Insights from Practice and Theory in TRANSFORMATIVE MEDIATION: A SOURCEBOOK—RESOURCES FOR CONFLICT INTERVENTION PRACTITIONERS AND PROGRAMS* (2010) Joseph P. Folger et al., eds., (entretien privé avec l'un des coauteurs, 14 mars 2013).
- 42 Pour un coauteur de cet article praticien de l'approche transformative, cela signifie également d'inviter les parties potentielles à consulter, en ligne (<http://www.johnpeterweldon.ca>), un portrait détaillé de 8 pages sur la médiation transformative ainsi qu'une vidéo, afin que les parties puissent déterminer si cette approche leur convient ou si elles préféreraient plutôt une autre approche, avec un autre médiateur, et cela, avant de fixer une rencontre exploratoire.
- 43 Code d'éthique des médiateurs de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada (IAMC), supra, note 37. Pour ce qui est de la France, pays civiliste d'où provient notre droit civil québécois, le législateur a fait preuve en 2011 d'une brièveté exemplaire en édictant des dispositions d'une seule page sur la médiation dans sa Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (article 21 de la Loi n° 95-125 du 8 février 1995). La France s'est limitée à faire un rappel des principes universels : rôle central des parties, impartialité, compétence et diligence du médiateur, econfidentialité du processus qui doivent présider à toute médiation, choisissant de ne privilier aucun modèle de médiation en particulier et laissant une large place à la diversité et au libre choix des médiations et des médiateurs. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000350926>

## Règles nationales d'arbitrage - demande de commentaires

### Règles nationales d'arbitrage de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc. – demande de commentaires

Le comité des Règles nationales, nommé par le Conseil d'administration de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc., procédera à l'examen des Règles nationales d'arbitrage de ce dernier. Le comité invite tous les membres de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc. à faire part de leurs commentaires, suggestions et préoccupations au sujet des Règles nationales d'arbitrage.

**Voir les Règles nationales d'arbitrage à :** <http://adrcanada.ca/francais/rules/arbitration.cfm>

Veuillez transmettre vos commentaires d'ici le 15 août 2013 à Mary Anne Harnick, Directrice générale, à : [executivedirector@adrcanada.ca](mailto:executivedirector@adrcanada.ca)



# Prix d'Excellence à la Mémoire de L.J. McGowan - Demande des nominations pour 2013

L'Institut d'Arbitrage et de Médiation cherche des nominations pour le Prix d'Excellence en Résolution Extrajudiciaire de Disputes.



Comité des Nominations McGowan  
Institut d'Arbitrage et  
de Médiation du Canada, Inc.  
234, rue Eglinton est, bureau 405  
Toronto (Ontario) M4P 1K5  
Téléc. : 416-487-4429  
[admin@adrcanada.ca](mailto:admin@adrcanada.ca)

Le prix est accordé en honneur et en reconnaissance de Lionel J. McGowan, le premier Directeur exécutif de l'Institut d'Arbitrage du Canada, une des organisations fondatrices de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada. La présentation se fera lors de la Réunion Générale Annuelle de l'Institut à *Toronto, Ontario, le 24 octobre 2013*. Deux prix sont décernés lors de la présentation : l'un en raison des contributions à l'Institut et au domaine au niveau national, et l'autre, en raison des contributions au niveau régional.

## Prix d'Excellence Régional

Ce prix est décerné à celui ou celle-ci qui a contribué au développement et au succès d'un Institut régional d'une façon incomparable, soit par son effort remarquable à court terme, ou par sa contribution constante sur une longue période et qui a contribué de façon significative à la promotion et/ou au développement de la PRD au sein de la région. Il faut noter que, payer ses frais pour plusieurs années, siéger sur un comité ou un Conseil d'administration pour plusieurs années, et avoir sa propre pratique de PRD avec rémunération, ne comptent pas envers un prix.

## Prix d'Excellence National

Ce prix est semblable au prix régional, mais est décerné en raison des contributions à l'Institut National. Les contributions du candidat à l'appui, le développement, et/ou le progrès de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc. et ses politiques et programmes, et de promouvoir la PRD au niveau national, sont pertinent. Enseigner la PRD professionnellement, écouter aux cas de PRD, et d'autres activités de la pratique de la PRD, ne comptent pas. En plus, étant sur le Conseil d'administration de l'Institut national ne compterait pas, à moins que ça incluse des contributions majeures à l'Institut à travers le développement de la structure de l'Institut, des relations régionales-nationales, des programmes ou matériaux nationaux, du financement, ou d'autres initiatives significatives de l'Institut.

## Date de soumission

***La date limite pour recevoir les nominations est vendredi le 13 septembre 2013.*** Nous vous encourageons de soumettre vos nominations dès que possible, au Comité des Nominations McGowan, au bureau de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, par télécopieur ou courriel électronique.

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

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

**New C.Meds / Nouveaux Méd.A :**

Christopher Baines, C.Med (ON)  
Harry (Hy) Cohen, C.Med (ON)  
Pete W. Desrochers, C.Med (AB)  
Angela Gill, C.Med (ON)  
Dana Holmes, C.Med (ON)  
Moosa Jiwaji, C.Med (AB)  
Edith Kloberdanz, C.Med (AB)  
Linda Matwie, C.Med (AB)  
Bernard Morrow, C.Med (ON)  
Kevin D. Moye, C.Med (BC)  
Alain Paulin, C.Med (ADRAI)  
Brenda Jo Robinson, C.Med (AB)  
J. Jay Rudolph, C.Med (ON)  
Gary Wayne Selby, C.Med (AB)  
Scott Siemens, C.Med (SK)  
Thor A. Skafte, C.Med (AB)  
Michele Simpson, C.Med (AB)  
Carlene B. Stabile, C.Med (AB)  
Karen Stewart, C.Med (AB)  
Catherine Wills, C.Med (ON)

**New C.Arbs / Nouveaux Arb.A :**

Fazal Bhimji, C.Arb (BC)  
Arlene Blake, C.Arb (AB)  
Lawrence Kahn, C.Arb (BC)  
Thomas G. Keast, C.Arb (BC)  
Patricia Lane, C.Arb (BC)  
Thomas Manson, C.Arb (BC)  
Karen Nordlinger, C.Arb (BC)  
J. Jay Rudolph, C.Arb (ON)

**New Q.Meds / Nouveaux Méd.Q :**

E. Patrick Alleyne, Q.Med (ON)  
Karen Anthony, Q.Med (AB)  
Kim L. Beemer, Q.Med (ON)  
Kenneth Bellous, Q.Med (AB)  
Marc Bhalla, Q.Med (ON)  
Donald Bisson, Q.Med (ON)  
Tammy Borowiecki, Q.Med (AB)  
Alexander Brohman, Q.Med (ON)  
Dena Bryan, Q.Med (ADRAI)  
Rose Campbell, Q.Med (ON)  
Lianne Chang, Q.Med (ADRAI)  
Kim Ann Chute, Q.Med (ON)  
Tammy Couchie, Q.Med (AB)  
Fred (Feraydon) Dehbonehie, Q.Med (ON)  
Frank E. DeMont, Q.Med (ADRAI)  
Gilles Deveau, Q.Med (ADRAI)  
David J. D'Intino, Q.Med (ON)  
Cindy H. Dionne, Q.Med (ON)  
Dymphny Dronyk, Q.Med (AB)  
Benjamin Drory, Q.Med (ON)  
Johanna P. Flipsen, Q.Med (AB)  
Richard Goodbrand, Q.Med (ON)  
Maureen Gregory, Q.Med (ADRAI)  
Michael Hanlon, Q.Med (AB)  
Bruce Hilchey, Q.Med (ADRAI)  
Dan Hodgert, Q.Med (AB)  
Pamela Hudak, Q.Med (ON)  
Ken J. Hopkins, Q.Med (ADRAI)  
Mary Joseph, Q.Med (ON)  
Yolaine I. Kirlew, Q.Med (ON)

Anna Kirovska, Q.Med (ON)

Audrey Lea, Q.Med (ON)

Andrew J. Lewis, Q.Med (ON)

Tricia-Jo Lewis, Q.Med (ON)

Janet Lunn, Q.Med (ON)

Corie Lynn Martell, Q.Med (AB)

Gail Matheson, Q.Med (AB)

Karen Mosewich, Q.Med (AB)

Lorraine Nordstrom, Q.Med (AB)

Ajay H. Pandhi, Q.Med (AB)

Matt Petrie, Q.Med (AB)

Teresa C. Placha, Q.Med (ON)

Laurie Ponsford-Hill, Q.Med (ON)

Mitchell Rose, Q.Med (ON)

Terry G. Scott, Q.Med (SK)

Tammy Sheppard, Q.Med (ADRAI)

Adi Sugarman-Maidany, Q.Med (ON)

Anita Veldhuisen-Slomp, Q.Med (AB)

Kenneth Wace, Q.Med (ON)

Robert D. Waldon, Q.Med (ON)

Marion F. Zerr, Q.Med (AB)

**New Q.Arbs / Nouveaux Arb.B :**

Brian L. Gibbard, Q.Arb (BC)

Maureen Gregory, Q.Arb (ADRAI)

Demetri Kachafanas, Q.Arb (ADRAI)

William P.J. McCarthy, Q.Arb (BC)

Colin Millar, Q.Arb (BC)

Tricia Millman, Q.Arb (BC)

Barbara Murray, Q.Arb (BC)

Elton de Castro Simoes, Q.Arb (BC)

Michael F. Welsh, Q.Arb (BC)

## Mot de remerciements / Thank you

L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada souhaite remercier Me Nathalie Croteau, médiatrice accréditée, et Me Solange Pronovost, médiatrice accréditée, membres de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec, pour la révision des articles en français de ce numéro du JOURNAL.

The ADR Institute of Canada wishes to thank M<sup>e</sup> Nathalie Croteau, certified mediator, and M<sup>e</sup> Solange Pronovost, certified mediator, members of l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec, for reviewing translations of the French articles for this issue of the JOURNAL.

# Benefits of Membership

In addition to the many practical benefits of membership relating to education, networking, advertising and accreditation opportunities, members are part of an organization that will take them into the future. Some of the benefits of membership are outlined below:

## Designations:

A member in good standing can apply for accreditation as a Chartered Mediator, Chartered Arbitrator, Qualified Mediator or Qualified Arbitrator. These designations are recognized nationally and internationally and signify to the public, and to those referring clients, that an ADR practitioner has achieved a particular level of skill and experience. Individuals who hold these designations therefore enjoy a competitive advantage. Professionals who have earned these designations stand above the crowd.

The letters behind a professional's name mean something. That's why we work towards them and that's why members of the public gravitate to them. A professional designation is your way of differentiating yourself and conveying your level of achievement to prospective users of your services.

Users of ADR services, or lawyers and other professionals referring clients, feel confident selecting ADR professionals with designations granted by ADR Canada. In making their selections, users are choosing individuals whose performance has been reviewed and assessed by a committee of senior and respected practitioners who have verified that the professional is working at a particular level.

Highly experienced members can apply for the Chartered Mediator, (C.Med.) or Chartered Arbitrator, (C. Arb.) designations. These high level, senior designations are known and respected across Canada and internationally. This is the most senior designation offered by the Institute.

Members with extensive training and some practice experience can apply for "Qualified Mediator" or "Qualified Arbitrator", designations that indicate they have been judged to be practicing at an intermediate level.

*For more information on these designations  
[www.adrcanada.ca/resources/designation.cfm](http://www.adrcanada.ca/resources/designation.cfm)*

## Practice standards and a regulatory framework:

Users of ADR services are warned to steer clear of unaffiliated professionals so membership in the ADR Institute, the largest and most respected organization of ADR professionals in Canada, is a competitive advantage that sets you apart from ADR practitioners who are not associated with a strong organization.

In addition, Institute members are held accountable to practice standards that include a Mediator's Code of Conduct and a National Code of Ethics. Practitioners not associated with any organization are accountable to

no one, making them a more risky choice for ADR users.

Complaints about members who breach the standards set out in these documents can be brought to the attention of the Board of Directors of the affiliate or national for investigation and potential discipline as per the procedure set out in Regulations issued under the By-laws of the ADR Institute of Canada, or by disciplinary processes set by the province. There is, therefore, an avenue of redress for users of ADR services who feel the service they have received breaches ADRIC's practice standards.

In effect, the Institute provides an infrastructure that allows ADR practitioners to be self-regulating professionals.

## Canada's largest association of ADR professionals:

Listing on our national database, ADR Connect, is now free with the cost of membership - and there is no better way of getting your name in front of thousands of potential users - nationally and internationally. You can list your areas of expertise, your designations, biographical details or add your resume and calendar to your listing. Users can search by name, geographic area, practice area and language. This web site provides our members with invaluable national and international advertising opportunities.

## Preferred liability insurance coverage:

ADR Institute of Canada has negotiated a competitive professional liability insurance rate for our members with Encon Group Inc. through Marsh Canada. *For rates, applications and further information [www.adrcanada.ca/resources/insurance.cfm](http://www.adrcanada.ca/resources/insurance.cfm)*

## Canadian Arbitration and Mediation JOURNAL:

With a cross-Canada editorial Board of some of the foremost mediators and arbitrators in Canada, the Canadian Arbitration and Mediation JOURNAL provides insights and information on issues of central concern to ADR professionals from all provinces. To write for the JOURNAL contact Mary Anne Harnick, Executive Director.

## The annual national conference:

Each year, ADR Canada brings together leading professionals from across the country to discuss the ADR issues of immediate and long-term relevance to members and friends of the Institute. The conference is an invaluable networking and learning opportunity that is available to members at a reduced rate.

# ADR Institute of Canada 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**  
2009-2012 **R.J. (Randy) Bundus**

## 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. Vigras**  
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. Conder**  
**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**, Q.C.  
**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](mailto:admin@adrcanada.ca)  
Internet: [www.adrcanada.ca](http://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](mailto:info@bcami.com)  
Internet: [www.bcami.com](http://www.bcami.com)

#### ALBERTA

ADR Institute of Alberta  
Room CE 223A -  
Ralph King Athletic Centre  
Concordia University Campus  
7128 Ada Boulevard  
Edmonton AB, T5B 4E4  
Toll-free: 1-800-232-7214  
Tel: 780-433-4881  
Fax: 780-433-9024  
Email: [info@adralberta.com](mailto:info@adralberta.com)  
Internet: [www.adralberta.com](http://www.adralberta.com)

#### 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@ardsaskatchewan.ca](mailto:info@ardsaskatchewan.ca)  
Internet: [www.ardsaskatchewan.ca](http://www.ardsaskatchewan.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](mailto:admin@adrontario.ca)  
Internet: [www.adrontario.ca](http://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@imag.org](mailto:info@imag.org)  
Internet: [www.imag.org](http://www.imag.org)

#### ATLANTIC PROVINCES

ADR Atlantic Institute  
Box 123  
Halifax CRO, NS B3J 2M4  
Email: [admin@adratlantic.ca](mailto:admin@adratlantic.ca)  
Internet: [www.adratlantic.ca](http://www.adratlantic.ca)