Vol. 23, No. 2

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

Fall/Winter 2014 - Automne/Hiver 2014 A publication of the ADR Institute of Canada, Inc./Publié par l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

Inside This Issue

Message from the President 3
M. Scott Siemens, C.Med

Message from the Editor 5
William G. Horton, C.Arb

Arbitral and Judicial Musings
Western Canada Commercial Arbitration Society Energy Arbitration Conference May 13, 2014 Calgary, AB 8
The Honourable Mr. Justice Chiasson

Press Release
New Canadian Arbitration Rules Released 11

The Winkler Institute for Dispute Resolution: Responding Creatively to Complex Justice Problems 16
Nicole Aylwin, Trevor C.W. Farrow

Efficient Arbitration: Lessons for Commercial Arbitration from Sports Arbitrators 22
Richard H. McLaren, H.B.A., LL.B, LL.M, C.Arb

Some Common Problems In Expert Determination (And How To Avoid Them) 39
Michael Donaldson, Paul Chiswell

Congratulations to the 2014 National and Regional Winners of the Lionel J. McGowan Awards of Excellence! ... 43

Justice Beyond Law: Why Litigators Should Embrace Mediation 53
Kelly VanBuskirk, B.A., LL.B., LL.M, PhD, C.Arb

Reasons Why Scheduled Grievance Arbitrations Do Not Go Ahead To A Hearing: Results From An Alberta Based Research Project 69
Roger Gunn

Dans ce numéro

Message du président 4
M. Scott Siemens, Méd.A

Mot du rédacteur en chef 6
William G. Horton, Arb.A

Réflexions arbitrales et judiciaires - Conférence sur l'arbitrage dans le domaine de l'énergie de la Western Canada Commercial Arbitration Society, tenue le 13 mai 2014 à Calgary (Alberta) 12
L'honorable juge Edward C. Chiasson

Le Winkler Institute for Dispute Resolution : À la recherche de solutions créatives pour les problèmes juridiques complexes 19
Nicole Aylwin, Trevor C.W. Farrow

L'arbitrage efficace : des leçons de l'arbitrage sportif pour l'arbitrage commercial 30
Richard H. McLaren, B.A.A., LL. B., LL. M., Arb.A

Communiqué de presse - Publication des nouvelles règles canadiennes d'arbitrage 32

Quelques problèmes courants du processus d'expertise (et comment les éviter) 46
Michael Donaldson, Paul Chiswell

La justice au-déla du droit : pourquoi les avocats-plaideurs devraient-ils adhérer à la médiation ? 60
Kelly VanBuskirk, B.A., LL. B., LL. M., Ph. D., Arb.A,

Félicitation aux lauréats régionaux et nationaux 2014 des prix d'excellence Lionel J. McGowan! 68

Pourquoi les auditions d'arbitrage de grief inscrites au calendrier n'ont-elles pas lieu? Les résultats d'un projet de recherche albertain 72
Roger Gunn

2014 Winners of the Lionel J. McGowan Awards of Excellence

Lionel J. McGowan Award of Excellence For National Service
James (Jim) Musgrave, Q.C., C.Med

Lionel J. McGowan Award of Excellence For Regional Service
Claude Métras, C.Arb, C.Med

For details, see page 43.

Lauréats du prix d'excellence Lionel J. McGowan 2014

Prix d'excellence Lionel J. McGowan pour le service national
James (Jim) Musgrave, c.r., Méd.A

Prix d'excellence Lionel J. McGowan pour le service régional
Claude Métras, Arb.A, Méd.A

Pour détails, voir la page 68.

Who are we?

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

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

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

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

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

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

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

Qui sommes nous?

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

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

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

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

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

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

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

ADR Institute of Canada Corporate Members

To become a Corporate Member, please call Janet McKay, Executive Director:

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

- Alberta Energy Regulator
- Alberta Environmental Appeals Board
- Borden Ladner Gervais LLP
- Burnet Duckworth & Palmer LLP
- Canadian Corporate Counsel Association
- Canadian Institute for Conflict Resolution
- Canadian Sport Institute Pacific
- Cox & Palmer
- Dentons
- Gowling Lafleur Henderson LLP
- Imperial Oil Limited
- Ismaili Conciliation and Arbitration Board of Canada
- Insurance Bureau of Canada
- JAMS ADR Services ULC
- Norton Rose Fulbright Canada LLP
- Osler, Hoskin & Harcourt LLP
- Rogers Partners LLP
- Rose LLP
- Shell Canada Limited
- Stewart McKelvey 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. 23, No. 2
Fall/Winter 2014
Automne/Hiver 2014

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

Executive Director / Directrice générale
Janet McKay

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

Accountant / Member Database Manager Comptable / Gestionnaire, base de données des membres
Morgan Horst

Program & Technology Coordinator / Coordonnateur Programme et technologie
Monit Sahota

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. © 2014, All rights reserved. Reproduction or transmittal, in whole or in part, in any form or by any means, or its storage in a retrieval system, without prior permission of the copyright owner in writing, is forbidden.

Le Journal canadien d'arbitrage et de médiation (ISSN 1192-537X) est publié deux fois par année par l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada inc. c2014. 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

Back issues / Anciennes copies :
www.adrcanada.ca

Message from the President

M. Scott Siemens, C.Med
President, ADR Institute of Canada, Inc.

I am pleased and honoured to be ADR Institute of Canada's new president and look forward to accomplishing a great deal over the next two years. I also want to acknowledge and applaud past president Jim Musgrave who has propelled the Institute forward to such a degree that it could almost run on momentum alone.

We have met many of our goals in 2014 and are planning many important ones for 2015.

Our recent conference in Montreal was a great success. Survey respondents overwhelmingly agreed that the high-profile speakers and important topics were invaluable. Many suggested having fewer sessions with more time between to allow for networking. We appreciate all your feedback.

We are working toward an improved ADRIC brand and tagline to better promote our organisation and members. Watch for a refreshed look early 2015.

ADRIC's new Arbitration Rules launched December 1st, 2014! Congratulations and many thanks to our Rules Committee chaired by Angus Gunn for their countless hours of research, painstaking attention to detail and commitment to excellence. No longer called the "National" Arbitration Rules - ADRIC's Arbitration Rules are ideal not only for the business and corporate community across Canada but internationally as well.

Our Rules provide our members with excellent work opportunities. We also administer cases for Amex Canada and have developed a number of rosters including KPMG and former employees involved in a class action dispute, the Language Rights Support Program and the Portfolio Management Association of Canada. We are revising informational, branded documents to respond to RFPs, market to targeted organizations and to develop more roster and work opportunities for members. We support our affiliates in doing the same.

We have developed the Presidents' Roundtable comprised of all ADRIC affiliate Presidents to share ideas and assist each other.

We are reaching out to build relationships with numerous ADR, HR and other organisations.

Our Chartered designations are becoming increasingly sought by consumers of ADR services. The Government of Canada particularly, most often uses these senior designations as a standard in their searches for professionals. ADRIC's intermediate designations are of interest to members who have training, are actively acquiring cases and building their experience levels.

With over 400 Chartered Mediators and Arbitrators, well over 200 Qualified Mediators and Arbitrators, and over 2000 Full Members across the country, ADRIC is the recognised professional association for ADR practitioners. Join us!

Wishing you the best for the holiday season and the New Year,

M. Scott Siemens, C.Med

ADR Connect:
ADR Institute of Canada, Inc. Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.
http://adrcanada.force.com/adrmembersearch
Find a Mediator, Arbitrator, Trainer or other ADR Specialist

Message du président

M. Scott Siemens, Méd.A, Président, Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc.

Je suis heureux et honoré d'être le nouveau président de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada (IAMC), et je me réjouis à l'idée des grandes choses que nous accomplirons ensemble au cours des deux prochaines années. Je tiens aussi à remercier et à féliciter le président sortant, Jim Musgrave, qui a fait progresser l'Institut à un tel point que celui-ci peut presque continuer seul sur sa lancée.

En 2014, nous avons beaucoup de réalisations à notre actif, et nous planifions l'atteinte d'objectifs importants pour 2015.

Notre récente conférence à Montréal a connu un succès éclatant. Les personnes ayant répondu au sondage considéraient, en très grande majorité, que les éminents conférenciers et les sujets importants traités leur avaient énormément apporté. Plusieurs ont suggéré que la prochaine conférence compte moins de séances et offre des pauses plus longues entre celles-ci pour favoriser le réseautage. Nous vous remercions de vos précieux commentaires.

Nous travaillons actuellement à améliorer l'image de marque et le slogan de l'IAMC, afin de mieux promouvoir notre organisation et ses membres. Au début de 2015, portez attention à notre image actualisée.

Les nouvelles Règles d'arbitrage de l'IAMC sont lancées le 1er décembre 2014! Félicitations et mille mercis aux membres du comité chargé de l'élaboration de ces règles, présidé par Angus Gunn, pour leurs innombrables heures de recherche, leur attention méticuleuse aux détails et leur détermination pour atteindre l'excellence. Les Règles d'arbitrage de l'IAMC – qui ne sont plus appelées Règles « nationales » d'arbitrage – sont idéales pour les milieux des affaires non seulement dans tout le Canada, mais également à l'échelle internationale.

Les règles fournissent à nos membres d'excellentes possibilités d'emploi. Nous gérons aussi des affaires pour Amex Canada et avons dressé un certain nombre de listes, y compris pour KPMG et d'anciens employés impliqués dans un recours collectif, le Programme d'appui aux droits linguistiques et l'Association des gestionnaires de portefeuille du Canada. Nous procédons à la révision de documents informatifs et de marque visant à répondre à des demandes de propositions, à nous mettre en valeur auprès d'organisations ciblées et à créer d'autres listes et offrir plus de possibilités d'emploi à nos membres. Nous encourageons nos sociétés affiliées à faire de même.

Nous avons créé la Table ronde des présidents, qui réunit les présidents de toutes les sociétés affiliées de l'IAMC pour leur permettre d'échanger des idées et de se soutenir l'un l'autre.

Nous faisons des démarches pour établir des relations avec de nombreuses organisations de prévention et règlement de différends (PRD), de ressources humaines et autres.

Nos titres d'agrément sont de plus en plus recherchés par les consommateurs des services de RED. Le gouvernement du Canada, en particulier, utilise très souvent ces titres, gages d'une grande expérience, comme norme dans ses recherches de spécialistes. Les titres intermédiaires de l'IAMC sont intéressants pour les membres en formation, qui déploient des efforts pour obtenir des affaires et acquièrent de l'expérience.

Avec plus de 400 médiateurs et arbitres agréés, bien plus de 200 médiateurs et arbitres brevetés, et au-delà de 2 000 membres à part entière dans tout le pays, l'IAMC est l'association professionnelle reconnue des spécialistes du PRD. Joignez-vous à nous!

Je vous adresse mes meilleurs vœux pour la période des Fêtes et la nouvelle année.

M. Scott Siemens, Méd.A

2014-2015 Board of Directors / Conseil d'administration

M. Scott Siemens, C.Med, FICB
President and Director / Président et Administrateur - SK

James (Jim) Musgrave, Q.C., C.Med
Past President and Corporate Director / Ancien président et Administrateur - corporatif - NS

Glen W. Bell, LL.B., C.Arb
Vice President and Director / Vice Président et Administrateur - corporatif - BC

Thierry Bériault, C.Med, LL.L., D.PRD
Vice-President and Director / Vice-président et Administrateur - QC

H. Derek Lloyd Q.C., LL.B.
Vice President and 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

R.J. (Randy) Bundus, LL.B.
Corporate Director / Administrateur - corporatif - ON

Andrew D. Butt, C.Med
Regional Director / Administrateur régional - AP

Mary Comeau, LL.B.
Corporate Director / Administratrice - corporatif - AB

Michael Erdle, B.J., LL.B., C.Med, C.Arb
Director / Administrateur - ON

William J. Hartnett, 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

Chuck Smith, CHRP, Q.Med
Director / Administrateur - AB

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

Other Officers / Autres administrateurs

Janet McKay
Secretary and Executive Director / Secrétaire et directrice générale

William G. Horton, C.Arb, Editor-in-Chief

Message from the Editor

So much to think about ! So much to read !

We are all overwhelmed by the amount of written material which comes across our desks and desk top computers – not to mention all of our other personal electronic devices. May I humbly suggest that little of it rises to the level of the articles we are proud to present in this edition of the JOURNAL.

Justice Chiasson of the British Columbia Court of Appeal is one of the early adopters and promoters of commercial arbitration in Canada. Those of us who practice in the field owe much to his efforts both as a lawyer and now as a judge. We publish here his remarks at the last annual meeting of the Western Canadian Arbitration Society. They provide a warm and insightful review of how we got to where we are in commercial and international arbitration in Canada as well as a very much needed perspective on what the Courts are doing and need to do to support this important tool for the resolution of commercial disputes.

Justice Chiasson's comments are complemented by the article by **Nicole Alwin** and **Trevor Farrow**, regarding the work of the Winkler Institute for Dispute Resolution in exploring new ways of delivering access to justice across all formats for dispute resolution. The Winkler Institute fills a long outstanding need for sustained critical thinking and original research on dispute resolution issues, in distinction to the barrage of marketing based literature with which we are all too familiar.

The article by **Professor Richard McLaren** regarding what commercial arbitration can learn from sports arbitration is an absolute "must read" for anyone who is designing custom arbitration procedures for recurring disputes. Increasingly, commercial parties that operate on a highly competitive basis but recognize the need for expedited dispute resolution processes even in high stakes business situations are designing such systems. Sports arbitration is a highly sophisticated and incredibly advanced dispute resolution model for designing such systems. Many of the techniques Professor McLaren discusses are directly applicable, for example the use of preselected arbitration rosters and mechanisms for the joint appointment of tribunals and for tribunal appointed experts.

The article by **Michael Donaldson** and **Paul Chiswell** on the use of expert determination, instead of arbitration, for the settlement of certain types of business disputes provides a further refinement on the ideas in Professor McLaren's article. Their article illuminates some highly useful, and one or two paradoxical features, of expert determination as a form of dispute resolution. For example, it can produce determinations which are more binding (less subject to judicial review) with much less due process. It is interesting to consider this form of dispute resolution in the context of the ongoing debate about the extent to which courts should pay deference to arbitral awards which are typically based on significantly more due process than expert determinations. Nevertheless, expert determination is an important tool that should not be overlooked for the resolution of many business disputes.

Kelly VanBuskirk has contributed an extremely thought provoking article on the substantive law of remedies and dispute resolution. It is a rare but important insight that the content of the law itself has a great deal to do with how easy or difficult it might be to resolve a dispute. We are all familiar with the notion that law should provide predictability. Although, in an age of the multi-part legal test mandating a "directed inquiry" by the trier of fact, predictability based on law has probably gone the way of the passenger pigeon. What VanBuskirk brings forcibly home in his article is the point that when the law provides solutions that do not match the needs of claimants, proceedings via court action can not produce truly satisfying results.

The article by **Roger Gunn** on why grievance arbitrations do not go to a hearing provides a counterpoint to VanBuskirk's article by reference to a specific type of arbitration, namely employment related arbitrations in a unionized settling. But the conclusion is of relevance to all forms of dispute resolution. The effectiveness of all forms of consensual resolution of disputes depends on the existence of an effective and efficient form of binding adjudication.

I hope you enjoy this issue of the JOURNAL.

Editorial Board
Comité de rédaction

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

Editor-in-Chief / Rédacteur en chef :
- William G. Horton, C.Arb, FCIArb, William G. Horton Professional Corporation, Toronto

Members / Membres :
- Melissa N. Burkett, B.A. Adv., LL.M., Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Calgary
- Mary Comeau, LL.B., Norton Rose Fulbright Canada LLP, Calgary
- Stephen L. Drymer, Woods LLP, Montreal
- Fiona Hickman, B.A., M.B.A., LL.M, Toronto
- Augustus (Gus) Richardson, M.A., LL.M., C.Arb, Q.C., Halifax

Mot du rédacteur en chef

Il y a tant de choses auxquelles réfléchir! Tant de choses à lire!

William G. Horton, Arb.A, Rédacteur-en-chef

Nous sommes tous submergés par la quantité de documents écrits qui se retrouvent sur nos bureaux ou sur nos ordinateurs – sans compter nos appareils électroniques personnels. Puis-je humblement suggérer que peu d'entre eux atteignent le niveau des articles que nous sommes fiers de présenter dans ce numéro de notre JOURNAL.

Le **juge Chiasson** de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est l'un des premiers à adopter et à promouvoir l'arbitrage commercial au Canada. Ceux d'entre nous qui exercent dans ce domaine doivent beaucoup à ses efforts tant lorsqu'il était avocat que maintenant qu'il est juge. Nous publions ici les réflexions qu'il a exposées à la dernière conférence annuelle de la Western Canadian Arbitration Society. Celles-ci constituent un examen enthousiaste et perspicace de l'évolution de l'arbitrage commercial et international au Canada, ainsi qu'un précieux point de vue sur ce que les tribunaux font et doivent faire pour soutenir cet important outil de résolution des différends commerciaux.

Les commentaires du juge Chiasson trouvent un complément dans l'article de **Nicole Alwin** et **Trevor Farrow**, qui concerne le travail du Winkler Institute for Dispute Resolution pour explorer de nouvelles façons d'offrir un accès à la justice sous toutes ses formes pour le règlement des différends. Le Winkler Institute comble le besoin, longtemps insatisfait, d'une pensée critique soutenue et de recherches nouvelles sur des questions de règlement de différends, nettement distinctes du flot de documents de marketing que nous connaissons trop.

La lecture de l'article du **professeur Richard McLaren** qui se penche sur ce que l'arbitrage commercial peut apprendre de l'arbitrage sportif est absolument indispensable à quiconque conçoit des procédures arbitrales sur mesure pour des différends récurrents. De plus en plus, les parties commerciales qui exercent leurs activités dans un contexte hautement concurrentiel, mais reconnaissent la nécessité de processus de règlement de différends expéditifs même dans les situations commerciales présentant de grands risques conçoivent de tels systèmes. L'arbitrage sportif est un modèle de règlement de différends très complexe et incroyablement avancé pour la conception de tels systèmes. Plusieurs des techniques présentées par le professeur McLaren sont directement applicables, par exemple, l'utilisation de listes d'arbitres présélectionnés et de mécanismes de nomination conjointe des tribunaux et de nomination d'experts par le tribunal.

L'article de **Michael Donaldson** et **Paul Chiswell** sur l'usage du processus d'expertise, au lieu de l'arbitrage, pour le règlement de certains types de différends commerciaux raffine encore les idées exposées dans l'article du professeur McLaren. Leur article met en lumière des caractéristiques du processus d'expertise, certaines extrêmement utiles et une ou deux plutôt paradoxales, en tant que forme de règlement des différends. Par exemple, il peut produire des décisions qui engagent davantage (moins susceptibles de révision judiciaire) avec une application régulière de la loi moins importante. Il est intéressant de considérer cette forme de règlement des différends dans le contexte du débat en cours sur la mesure dans laquelle les tribunaux devraient respecter les décisions arbitrales qui sont généralement fondées sur une application régulière de la loi plus importante que les décisions d'expert. Néanmoins, le processus d'expertise est un outil important qu'on ne devrait pas négliger dans la résolution de nombreux conflits commerciaux.

Kelly VanBuskirk a rédigé un article très inspirant sur le droit substantiel des recours et du règlement des différends. Elle avance l'idée, peu courante mais stimulante, que le contenu du droit lui-même influe grandement sur le degré de facilité ou de difficulté de la résolution du conflit. Nous sommes tous familiers avec la notion selon laquelle le droit devrait apporter la prévisibilité. Même si, à l'ère du critère juridique à aspects multiples rendant obligatoire une « enquête dirigée » par le juge des faits, la prévisibilité fondée sur le droit subit probablement le sort de la tourte voyageuse. Ce dont VanBuskirk nous force à prendre conscience dans son article, c'est que quand la loi fournit des solutions qui ne correspondent pas aux besoins des justiciables, la procédure de poursuite en justice ne peut pas produire des résultats véritablement satisfaisants.

L'article de **Roger Gunn**, qui se demande pourquoi les auditions d'arbitrage de grief n'ont pas lieu, complète celui de VanBuskirk en traitant d'un type précis d'arbitrage, à savoir l'arbitrage lié à l'emploi dans un milieu syndiqué. Mais la conclusion est pertinente pour toutes les formes de règlement de différends. L'efficacité de toute résolution consensuelle de conflits repose sur l'existence d'une forme efficace et effective de décision exécutoire.

J'espère que ce numéro du JOURNAL vous plaira.

HUMANITARIAN STUDIES

The change you want. The challenge you seek.

Change happens all the time, but effective change requires planning, understanding, and effort. Lots of effort. At Royal Roads University, you'll learn relevant skills and strategies from scholar practitioners. Create meaningful change – personally and professionally – through a:

- Bachelor of Arts in Justice Studies
- Master of Arts in Disaster and Emergency Management
- Master of Arts in Human Security and Peacebuilding
- Master of Arts in Conflict Analysis and Management

With a blended learning model, balancing online learning with short on-campus residencies, an experience at Royal Roads University is anything but ordinary.

Change begins at royalroads.ca/humanitarian

LIFE.CHANGING

Royal Roads UNIVERSITY

Arbitral and Judicial Musings

Western Canada Commercial Arbitration Society Energy Arbitration Conference
May 13, 2014
Calgary, AB

In the early 1980s, I was asked by a corporate lawyer in my firm to deal with an ICC arbitration that a Yugoslav company had brought against a Canadian company. He may have approached me because he assumed my name is French and he assumed the ICC was a French institution; wrong on both counts: although Francophone in Canada, the derivation of my name is Italian "Chia"; the ICC is the "INTERNATIONAL" Chamber of Commerce.

Off I went to find out something about ICC arbitration. I could find no one who knew anything about it until my search led me to Yves Fortier. He had done one case. That made him the Canadian expert. I soon would be the only other Canadian expert.

Gradually, exposure increased and a small group of people, who did have some knowledge of the ICC, were assembled to spread the word about international arbitration. We did a dog-and-pony show at various venues across Canada – including here in Calgary.

In June 1984, the then Attorney General of British Columbia Brian Smith, asked to meet me. He had been to a conference in Australia and had been encouraged to open an arbitration centre in Vancouver. 1986 was Expo year. Brian and the government wanted to showcase the province's international presence. He asked me what I thought. I told him it was a great idea, but it would not work because Canada was not a signatory to the *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.* Knowledgeable international practitioners would be unlikely to arbitrate here and international arbitral institutions would be unlikely to seat arbitrations in Canada. Canada was not seen as a jurisdiction supportive of arbitration.

I explained that the problem was that the Federal Government would not accede to the Convention without the concurrence of the provinces. He vowed to get that. There was a conference or meeting of people interested in arbitration scheduled to take place in Quebec City that summer. I arranged for Brian to be invited and to speak. He told the assemblage that he was going to take steps to enable Canada to sign the Convention. He did and the *United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act* was passed by Parliament in late 1985. Once each provincial legislature had enacted the necessary implementing legislation, the Convention was ratified by Canada on May 12, 1986. In June 1986, British Columbia adopted the UNCITRAL Model Law. We say that British Columbia was the first jurisdiction in the world to do so, but I have more than a nagging suspicion that one of the Maritime Provinces beat us to it. In any event, the federal government and other provinces followed suit. The rest is history!

The Honourable Mr. Justice Chiasson

The Honourable Mr. Justice Edward C. Chiasson was appointed to the Court of Appeal for British Columbia in September 2006. Before that he practiced law in the Vancouver office of Borden Ladner Gervais. Ed has appeared in all of the courts of British Columbia, Alberta, the Yukon, the Federal Court trial and appellate divisions and the Supreme Court of Canada. His extensive experience includes acting as counsel, arbitrator, mediator and teacher of ADR.

So where are we today?

Canada has many fine arbitrators, a number of whom have made a significant mark internationally. International arbitrations take place on a regular basis in Canada, but I fear that we have not achieved our potential level of recognition and acceptance. Our laws generally are user friendly; we have good practitioners; costs can be lower than other venues. Meetings like today are very important because they provide opportunities for all participants to learn. Those less familiar with the arbitral process hear more about it; those who participate in the process can listen to those who have reservation or, God forbid, have had bad experiences.

This is why I am most grateful to you for allowing me to participate with you in exploring arbitration issues. Thank you.

Let's talk about the process and its relationship to the courts.

I begin by looking at the process very broadly, that is, by looking at dispute resolution: arbitration, domestic and international, mediation and other forms of resolving disputes. The panoply is extensive: in addition to traditional forms, there are processes such as baseball arbitration; arbitration to set chicken wholesale prices (the party appointed arbitrators are not neutral); neighbourhood dispute resolution etc. Then there is the court!

I long have decried the notion that arbitration is a panacea for the perceived shortcomings of the litigation process: cost, time, procedural complexity. This defines the value of arbitration in negative terms: it will have failed if these objectives are not achieved. Arbitration may not be less costly; it may take a long time; the lack of a procedural framework is a recipe for disaster. The issue is: what is the appropriate way to deal with a dispute? It may be a process alternative to the court or it may be the court. Some cases require a capacity to change the law or to have a legal decision issued by a court with a clear right of appeal. Others cases may not.

Earlier today there was much said about appeals, mainly in the context of domestic arbitration. Some practitioners also have advanced a case for appeals of international arbitration awards. Appellate supervision of international awards is advanced because of the very great significance such awards often have. Appeals erode the finality of the process. Any discussion concerning the appeal of arbitration awards must take into account countervailing policy considerations.

In Canada, courts have important tasks as the handmaiden of arbitration, domestic and international. How well equipped are Canadian judges for the task? Judges deal every day with issues and areas of law with which they are not particularly familiar, but arbitration can be a process with which judges may not only be unfamiliar, but with which they may not be comfortable. That is changing, but historically, courts paid lip-service to deferring to the arbitral process. Today, with some occasional slips, courts, including the Supreme Court of Canada, give fairly wide latitude to the decisions of arbitrators. In *Seidel v. TELUS Communication Inc.*, 2011 SCC 15 at paragraph 54, LeBel and Deschamps JJ. wrote:

> Access to justice in Canada no longer means access just to the public court system. Historically, judges were reluctant to relinquish their grasp on dispute resolution, and they even viewed alternative dispute resolution as antithetical to the parties' interests. This era is gone.

Memorize this quotation. Have it ready to present to any judge who may appear to be skeptical of the arbitral process. The Supreme Court of Canada has spoken.

Although in dissent, their comments are consonant with those of Mr. Justice Binnie who wrote the majority decision. I commend the dissenting reasons, beginning at paragraph 89, as providing a good historical view of the development of Canadian courts' respect for the arbitral process.

It is important to understand the task of courts.

Historically, courts exercised a supervisory role over arbitrations as "inferior" tribunals, similar to administrative tribunals. The role remains the same, albeit somewhat circumscribed, but court intervention in the arbitral process today is, or should be, very limited.

In British Columbia, with leave, parties may appeal a domestic arbitral award on a question of law. For some time leave was being granted quite frequently on the basis that the award did not look right – a party simply did not like the outcome and a judge thought the court should take a look at it (I over simplify). A few years ago in *Hayes Forest Services Limited v. Weyerhaeuser Company Limited*, 2008 BCCA 31, I did my best to put an end to this approach by emphasizing the necessity of identifying a question of law and by clarifying that the search for the question of law requires eliminating the findings of fact that led to it. Those findings cannot be the subject of an appeal from an arbitral award. I believe the flood of arbitration "appeals" has subsided a little.

The task remains to dissuade parties from continually seeking leave to appeal simply because they do not like the result of an arbitration. Sometimes I wonder why parties bothered to agree to arbitrate in the first place.

Let's look a little more closely at the role of the court.

The leave to appeal regime and applications to stay court proceedings in favour of arbitration are examples of the court exercising a statutory mandate, with whatever limitations that may entail. It is essential to remember that courts are not free-standing. In the context of arbitration, they operate within statutory mandates and rules. I give two controversial examples: one my fault; the other sourced in Alberta.

In *Larc Developments Ltd. v. Levelton Engineering Ltd.*, 2010 BCCA 18, I refused to stay litigation in favour of arbitration because the potential claimant, who had been served with a third party notice by a defendant in a construction dispute, sent a demand for particulars to the defendant (respondent in the potential arbitration and applicant for a stay of the litigation). I was excoriated by some. An Ontario lawyer provided the comment to an international publication that this would not happen in Ontario. Well! As in many jurisdictions, an application for a stay must be made before the claimant takes a step in the proceedings. In 1977 in *Fofonoff v. C and C Taxi Service Limited* (1977), 3 B.C.L.R. 159, the British Columbia Supreme Court held that a demand for particulars is a step in a proceeding. *Fofonoff* had been followed in Court of Appeal chambers and generally in the Supreme Court of British Columbia. It was contended in *Larc Developments* that *Fofonoff* was decided wrongly. I concluded it was not. I merely applied the law of British Columbia to the circumstances of the case before us. That is, although the issue before the court concerned an arbitration, the resolution of the issue depended on local procedural law.

Similarly, in Alberta, the court refused to enforce a foreign arbitral award because the application to do so was out of time. There was a great outcry. I wondered whether the Alberta court merely was applying uncontroversial Alberta law to the circumstances and thought the sky was not falling as some supposed. The Supreme Court of Canada so concluded in *Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.*, 2010 SCC 19. The Supreme Court pointed out that the *New York Convention* states that enforcement of foreign arbitral awards will be "in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon … the 'rules of procedure' of the jurisdiction in which enforcement is sought will apply, insofar as they do not conflict with the express requirements of the Convention". The Supreme Court then construed the provisions of Alberta law and concluded that in Alberta limitation periods are procedural. The application to enforce the award was out of time.

Gerry Ghikas thoughtfully came to the rescue in both of these cases.

Courts need to and do show respect for the arbitral process, but they must play with the cards dealt to them.

Those cards include the information pro-

vided by parties. Courts and arbitrators, sometimes simply get it wrong, but sometimes they do so because they are not given the guidance they require. Those unfamiliar with arbitration practice, procedure and substantive law should not hesitate to consult arbitration practitioners. It is in their best interests and the best interests of the process for them to do so.

International disputes ostensibly are more suited to international arbitration than to domestic courts because the parties may be from diverse legal and cultural traditions and the governing substantive law may not be the law of either party or the law of the place of arbitration. That said, English commercial law and English courts have been for many years a not uncommon choice because of the perception that the law is fair and certain and the court has a good understanding of the world of commerce.

Where parties opt for international arbitration, in my view, they are entitled to have recognized their legitimate procedural expectations. That word "legitimate" is a big one.

Arbitration generally is not state mandated. It is consensual. Parties must realize that when they consent to have an international tribunal determine their rights, they are not in a domestic forum. There are international practices and norms. The parties likely have agreed to international rules; rules that often reflect international norms and practices. That said, an objective of any arbitrator is to ensure that parties are satisfied that they had a full and fair hearing.

In my view, while the procedure of an international arbitration should be moulded within the confines of the applicable rules, the moulding should seek to accommodate the interests of all parties while maintaining the efficiency and effectiveness of the process. I caution against calcification; the rigid adherence to so-called international practices and norms without regard to the needs of a particular proceedings.

I give two examples to illustrate the issue. As noted, my first international arbitration experience was as counsel for a Vancouver-based chemical company opposed to a Yugoslav purchaser of chemical plants. A preliminary issue was the appointment of an expert by the arbitral tribunal. The Yugoslav claimant could not image a process without a tribunal appointed expert. In those days – before the Model Law, etc. – such an appointment was extremely rare in common-law practice; it sometimes was done in Admiralty, but usually not in civil disputes. I trotted out English authority that condemned the continental practice of appointing experts. The difference, of course was the adversarial and inquisitorial systems. In the former the tribunal is passive; in the latter it is active. The legal members of the tribunal were continental. An expert was appointed, but his terms of reference were somewhat circumscribed. Each party brought its expectations to the table. It would have been wrong to ignore them.

Recently, an international arbitration institution has been in the process of revising its rules. An extremely, experienced and respected European arbitrator, commended the institution, but criticized the proposed revised rules for not permitting arbitrators to take into account trade practice when interpreting contracts. The institution is common-law based. Consideration of trade practice has an extremely limited, if any, role to play in contract interpretation in the common-law. The imposition of what may be the usual practice of civil law arbitrators on common-law parties through institutional rules, in my view, is problematic.

Finally, in this context I note the development of two initiatives: "soft law in international arbitration" (the name makes a Court of Appeal judge shudder) and specialized courts to deal with arbitration issues.

The soft law concept seeks to consolidate international procedural and practice norms into a coherent package. Although there is much to be said for coherency, the idea is not accepted universally. There usually is an advantage to creating a level playing field, a forum where all are treated the same, but I am not sure that international arbitration is a level playing field. The process exists to accommodate diversity. As in most things in life, balance is required. Specialized courts are well recognized in many jurisdictions, but certainly not in all. The advantage is the development of a coherent body of law and practice that addresses a specific and somewhat unique area. The danger is calcification. Practitioners and judges must remain receptive to new ideas and initiatives. As a practitioner, my occasional incursions into admiralty law always were interesting because we did not accept entrenched propositions as absolute. Specialized courts must be open to innovation and cautious of developing yet another layer of inflexible norms.

I certainly do not condemn or oppose soft law or specialized courts, but I do say that they should be evaluated carefully in the overall context of the effective practice of international arbitration, its goals and the interests of the parties who participate in it. Arbitrators control the process, not the result, but the effective management of the process may influence the acceptability of the result. Courts must respect this by recognizing the difference between court litigation, a state mandated compulsory process (if you are sued you do not have a choice) and arbitration which is consensual. Jurisdiction, procedures, processes and the expectation of parties are moulded by these core differences.

The advantages of arbitration, and particularly international arbitration, are significant. In my view, arbitrators must be vigilant to ensure that the process continues to serve the best interests of parties. It does not exist for arbitrators or international arbitration practitioners. Similarly, courts must be vigilant to ensure support for the process consistent with the need to adhere to the dictates of domestic law when it is applicable to the arbitral process.

We have come a very long way in Canada in the last 30 years. Of this we can be proud, but we must not lose sight of the fact that the process, and the court's relationship to it, is a work in progress. To protect and help mould the arbitral process will help facilitate its use in appropriate circumstances. That surely is a goal to be pursued.

Press Release

New Canadian Arbitration Rules Released

ADR Institute of Canada, Inc. revises leading Canadian Arbitration Rules

Toronto, December 1, 2014: The ADR Institute of Canada, Inc. (ADRIC) today released the new version of its industry-leading Arbitration Rules. Many modern commercial disputes are resolved not by courts but by private arbitration. Effective arbitrations are conducted under rules that establish clear, modern, and common-sense procedures. Since their launch in 2002, the ADRIC Arbitration Rules have become the leading choice for Canadian businesses and others to govern their arbitrations. The new ADRIC Arbitration Rules offer important improvements that will only expand their popularity even further. They are now available for review, in both official languages, on ADRIC's website: www.adrcanada.ca.

"The ADRIC Arbitration Rules are a flagship product of our organization, and we are proud that the Canadian business community has embraced them with such enthusiasm," commented Scott Siemens, the President of ADRIC. *"We listened closely to users and have worked hard to ensure that the ADRIC Arbitration Rules continue to be the obvious choice for Canadian business. The new Rules preserve the best of the old and add many new enhancements. Interim arbitrators are now available for emergency measures of protection. Document production has been simplified and streamlined. The new Rules anticipate the use of current technology. Above all, they emphasize party autonomy and the right of users to determine how their disputes should be resolved."*

The new ADRIC Arbitration Rules continue to offer the option of having ADRIC administer the parties' arbitration for them. Under this option, ADRIC supports the parties by attending to many of the logistics involved in running an arbitration. For example, in an administered proceeding the parties might ask ADRIC to nominate or appoint a qualified arbitrator from its roster of experienced professionals and monitor the arbitration from beginning to end. The fees for this service are modest and the parties continue to control their proceeding.

Siemens added that while the new ADRIC Arbitration Rules are tailor-made for the resolution of complex business disputes, they are equally suitable for other matters. *"The new Rules recognize that many disputes do not involve millions of dollars or armies of lawyers. From cover to cover, the new Rules use plain English and strive for clarity rather than legalese. For more straightforward disputes, a simplified procedure continues to be available."*

"This is the first major revision to the ADRIC Arbitration Rules in six years. If your arbitration agreements already adopt the ADRIC Arbitration Rules, the new Rules enhance your ability to pursue a just, speedy, and cost-effective determination of your disputes. If your arbitration agreements have not adopted the ADRIC Arbitration Rules, now is the time," he added.

For more information:
Janet McKay
Executive Director / Directrice générale
ADR Institute of Canada, Inc.
Tel: 416-487-4733 • 1-877-475-4353 ext / poste 105
Email: *janetmckay@adrcanada.ca*

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

Réflexions arbitrales et judiciaires

Conférence sur l'arbitrage dans le domaine de l'énergie de la Western Canada Commercial Arbitration Society, tenue le 13 mai 2014 à Calgary (Alberta)

L'honorable juge Edward C. Chiasson a été nommé juge à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en septembre 2006. Auparavant, il pratiquait le droit au sein du cabinet Borden Ladner Gervais à Vancouver. Edward a siégé dans tous les tribunaux de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et du Yukon, à la Cour fédérale, aux chambres d'appel et à la Cour suprême du Canada. Sa vaste expérience comprend les rôles de conseiller juridique, d'arbitre, de médiateur et de professeur en règlement extrajudiciaire des différends.

Au début des années 1980, un conseiller juridique d'entreprise dans mon cabinet d'avocats m'a demandé de m'occuper d'un arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) demandé par une société yougoslave contre une société canadienne. Il m'avait peut-être approché parce qu'il croyait que mon nom était français et que la CCI était une institution française. Il se trompait dans les deux cas. Bien que je sois un francophone du Canada, mon nom est dérivé de l'italien *Chia*. Et la CCI est une institution *internationale*.

Je suis donc parti à la recherche d'information sur l'arbitrage de la CCI. Je n'ai pu trouver personne qui s'y connaissait le moindrement, jusqu'à ce que mes recherches me conduisent à Yves Fortier. Il avait mené une affaire. Cela en faisait l'expert au Canada. Je deviendrais bientôt le seul autre expert au Canada.

Graduellement, j'ai été exposé à plus d'information, et un petit groupe de personnes ayant une certaine connaissance de la CCI se sont rassemblées pour faire connaître l'arbitrage international. Nous avons présenté un spectacle pour impressionner en divers lieux dans tout le Canada – notamment ici, à Calgary.

En juin 1984, le procureur général de Colombie-Britannique, qui était alors Brian Smith, a demandé à me rencontrer. Il avait participé à une conférence en Australie, où on l'avait encouragé à ouvrir un centre d'arbitrage à Vancouver. En 1986, c'était l'exposition internationale. Brian et le gouvernement voulaient mettre en valeur la présence de la province sur le plan international. Il m'a demandé ce que j'en pensais. Je lui ai dit que c'était une excellente idée, mais qu'on ne pourrait la concrétiser, puisque le Canada n'était pas signataire de la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* ou Convention de New York. Les praticiens compétents en arbitrage international seraient peu susceptibles d'arbitrer ici, et les institutions internationales d'arbitrage, peu susceptibles de situer des arbitrages au Canada. Notre pays n'était pas perçu comme un ressort favorisant l'arbitrage.

Je lui ai expliqué que le problème venait de ce que le gouvernement fédéral ne pouvait se joindre à la Convention sans l'accord des provinces. Il a fait le serment d'obtenir cet accord. Une conférence ou réunion de personnes intéressées par l'arbitrage était prévue à Québec cet été-là. J'ai fait le nécessaire pour que Brian soit invité à la conférence et y prenne la parole. Il a dit à l'assemblée qu'il allait faire les démarches nécessaires pour permettre au Canada de signer la Convention. Il l'a fait, et la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères* a été adoptée par le Parlement à la fin de 1985. Une fois que chaque assemblée législative provinciale a eu promulgué la loi de mise en œuvre nécessaire, la Convention a été ratifiée par le Canada le 12 mai 1986. En juin 1986, la Colombie-Britannique a adopté la *Loi type de la CNUDCI* [Commission des Nations Unies pour le droit commercial international] *sur l'arbitrage commercial international*. Nous affirmons que la Colombie-Britannique est le premier ressort du monde à le faire, mais j'ai le soupçon persistant que l'une des Provinces maritimes nous a battus. Quoi qu'il en soit, le gouvernement fédéral et les autres provinces ont adopté la loi à leur tour. Le reste appartient à l'histoire!

Où en sommes-nous aujourd'hui?

Le Canada compte de nombreux arbitres excellents, dont certains ont fait leur marque sur le plan international. Des arbitrages internationaux se déroulent régulièrement au Canada, mais je crains que nous n'ayons pas encore atteint notre niveau potentiel de reconnaissance et d'acceptation. Nos lois sont en général faciles à comprendre; nous avons de bons praticiens; les coûts peuvent être plus bas que dans d'autres pays. Des réunions comme celle d'aujourd'hui sont très importantes, car elles fournissent à tous les participants des occasions d'apprendre. Ceux qui sont moins familiers avec le processus d'arbitrage se renseignent sur le sujet; ceux qui participent à ce processus peuvent écouter les personnes qui expriment des réserves ou, Dieu nous en garde, qui ont eu des mauvaises expériences.

Voilà pourquoi je vous suis si reconnaissant de m'avoir permis d'explorer avec vous des questions liées à l'arbitrage. Merci.

Parlons maintenant du processus et de sa relation avec les tribunaux.

Je commence par considérer le processus très largement, c'est-à-dire comme règlement des différends : l'arbitrage, national et international, la médiation et autres formes de résolution de conflits. La panoplie est variée : en plus des formes traditionnelles, il existe des processus comme l'arbitrage au baseball, l'arbitrage pour fixer le prix de gros du poulet (les arbitres nommés par les parties ne sont pas neutres), la résolution des conflits entre voisins, etc. Puis, il y a la cour!

J'ai longtemps décrié l'idée que l'arbitrage est une panacée pour ce qu'on considère comme les défauts du processus de règlement des litiges : coût, durée, complexité procédurale. Cette idée définit la valeur de l'arbitrage en termes négatifs : si celui-ci ne corrigeait pas les défauts mentionnés, il constituerait un échec. L'arbitrage n'est pas nécessairement moins coûteux; il peut durer longtemps; l'absence de cadre

procédural est le plus court chemin vers un désastre. Quelle est la bonne manière de traiter un différend? Telle est la question! Cela peut être hors du tribunal ou devant le tribunal. Certaines causes exigent la capacité de modifier la loi ou d'obtenir une décision judiciaire de la cour ainsi qu'un droit d'appel certain. D'autres non.

Plus tôt dans la journée, on a beaucoup parlé des appels, principalement dans le contexte de l'arbitrage national. Certains praticiens ont aussi défendu les appels de décision arbitrale internationale. Ils recommandent la surveillance en appel des décisions internationales en raison de la très grande portée qu'ont souvent de telles décisions. Les appels sapent l'irrévocabilité du processus. Toute discussion sur l'appel d'une décision arbitrale doit tenir compte de considérations sur le principe de compensation.

Au Canada, les tribunaux s'acquittent de tâches importantes à titre de servants de l'arbitrage, national et international. Les juges canadiens ont-ils les compétences pour remplir ce rôle? Les juges s'occupent chaque jour de problèmes et de questions de droit avec lesquels ils ne sont pas particulièrement familiers, mais l'arbitrage peut être un processus avec lequel les juges non seulement ne sont pas familiers, mais encore ne sont pas à l'aise. Cela est en train de changer, mais traditionnellement les tribunaux manifestaient un intérêt de pure forme à l'égard du processus arbitral. Aujourd'hui, à l'exception de quelques écarts occasionnels, les tribunaux, y compris la Cour suprême du Canada, laissent une latitude assez grande aux décisions des arbitres. Dans *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, au paragraphe 54, les juges LeBel et Deschamps ont écrit :

> Au Canada, le concept d'accès à la justice ne comprend plus seulement l'accès au système judiciaire public. Dans le passé, les juges se montraient réticents à abandonner leur mainmise sur la résolution des litiges. Ils estimaient même que le règlement alternatif des différends ne respectait pas les impératifs de la protection des droits des parties. Cette ère est révolue.

Mémorisez cette citation. Soyez prêt à la présenter à tout juge qui semble sceptique sur le processus arbitral. La Cour suprême du Canada a parlé.

Même si ces juges étaient dissidents, leurs commentaires sont en accord avec ceux du juge Binnie, qui a rédigé la majeure partie du jugement. J'admire les motifs dissidents qui commencent au paragraphe 89 parce qu'ils fournissent un bon panorama historique du développement du respect des tribunaux canadiens à l'égard du processus arbitral.

Il est important de bien comprendre la mission des tribunaux.

Par le passé, les tribunaux ont exercé un rôle de surveillance des arbitrages, considérés comme des tribunaux « inférieurs », semblables aux tribunaux administratifs. Le rôle reste le même, bien qu'un peu limité, mais l'intervention des tribunaux dans le processus arbitral est aujourd'hui, ou devrait être, très restreinte.

En Colombie-Britannique, avec autorisation, les parties peuvent faire appel d'une décision arbitrale nationale sur une question de droit. Pendant un certain temps, l'autorisation était accordée assez fréquemment, pour le motif que la décision ne semblait pas juste – une partie n'aimait simplement pas l'issue de l'arbitrage, et le juge pensait que la cour devrait jeter un coup d'œil là-dessus (je simplifie trop). Il y a quelques années, dans l'affaire *Hayes Forest Services Limited c. Weyerhaeuser Company Limited* (2008 BCCA 31), j'ai fait de mon mieux pour mettre fin à cette approche en insistant sur la nécessité de préciser une question de droit et en clarifiant que la recherche sur la question de droit exige l'élimination des constatations de faits qui y ont mené. Ces constatations ne peuvent être le motif d'un appel de la décision arbitrale. Je crois que le flot d'appels des arbitrages a un peu baissé.

Il faut encore dissuader les parties de continuellement demander des autorisations d'interjeter appel simplement parce qu'elles n'aiment pas le résultat de l'arbitrage. Parfois, je me demande pourquoi les parties se sont données tout d'abord la peine d'accepter de se soumettre à l'arbitrage.

Regardons d'un peu plus près le rôle de la cour.

Le régime et les applications de l'autorisation à interjeter appel associés à la suspension de l'action en justice au profit de l'arbitrage sont des exemples de l'exécution par la cour d'un mandat statutaire, avec tous les inconvénients que cela sup-

ADRIC 2015: ANNUAL NATIONAL CONFERENCE

MARK YOUR CALENDARS and SAVE THE DATES October 29 and 30, 2015 for ADR Institute of Canada's AGM and National Conference to be held in Calgary, Alberta!

IAMC 2015 : CONFÉRENCE NATIONALE ANNUELLE

MARQUEZ VOS CALENDRIERS et RESERVEZ LES DATES 29 et 30 octobre 2015, pour l'Assemblée générale annuelle (AGA) et à la conférence nationale de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, qui aura lieu à Calgary, Alberta!

pose. Il est essentiel de se souvenir que les tribunaux ne sont pas indépendants. Dans le contexte de l'arbitrage, ils fonctionnent selon leur mandat statutaire et les règles légales. Voici deux exemples controversés : je suis responsable du premier; l'autre s'est produit en Alberta.

Dans l'affaire *Larc Developments Ltd. c. Levelton Engineering Ltd.* (2010 BCCA 18), j'ai refusé de suspendre le procès au profit de l'arbitrage parce que le réclamant éventuel, qui avait reçu un avis de mise en cause d'un défendeur dans un différend en construction, avait envoyé une demande de précisions au défendeur (intimé dans l'arbitrage potentiel et demandeur pour la suspension du procès). J'ai été critiqué par certains. Un avocat de l'Ontario a indiqué, dans une publication internationale, que cela ne se produirait pas en Ontario. Eh bien! Comme c'est le cas dans de nombreuses juridictions, une demande de suspension doit être faite avant que le réclamant n'ait pris une disposition dans la procédure. En 1977, dans l'affaire *Fofonoff c. C and C Taxi Service Limited* (1977 358 BC SC), la Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué que la demande de précisions était une étape dans une procédure. Ce jugement a été suivi par les cours d'appel et, de façon générale, par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Il a été affirmé dans l'affaire *Larc Developments* que l'affaire *Fofonoff* avait été réglée à tort. J'ai conclu que ce n'était pas le cas. J'ai simplement appliqué le droit de la Colombie-Britannique aux circonstances de la cause en question. C'est-à-dire que, même si la question portée devant la cour concernait un arbitrage, son règlement dépendait du droit judiciaire local.

De même, en Alberta, la cour a refusé d'exécuter une sentence arbitrale étrangère, parce que la demande à cet effet ne respectait pas le délai de prescription. Il y a eu un tollé général. Je me suis demandé si la cour de l'Alberta n'appliquait pas simplement aux circonstances le droit de l'Alberta, qui ne prête pas à controverse, et j'ai pensé que le ciel ne nous tombait pas sur la tête comme certains le supposaient. La Cour suprême du Canada en a jugé ainsi dans *Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.*, 2010 CSC 19. La Cour suprême a fait remarquer que la Convention de New York stipule que l'exécution des sentences arbitrales étrangères sera accordée « conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée [...] Ainsi, les "règles de procédure" du ressort où l'exécution est demandée s'appliqueront, dans la mesure où elles ne vont pas à l'encontre des exigences expresses de la Convention. » La Cour suprême a alors interprété les dispositions des textes législatifs de l'Alberta et a conclu qu'en Alberta, les délais de prescription sont des règles de procédure. La demande d'exécuter la sentence ne respectait pas le délai de prescription.

Gerry Ghikas est venu à la rescousse judicieusement dans ces deux affaires.

Les tribunaux doivent respecter le processus arbitral, et le font, mais ils doivent aussi jouer avec les cartes qui leur sont distribuées.

Ces cartes comprennent l'information fournie par les parties. Il arrive que les tribunaux et les arbitres se trompent tout simplement, mais dans certains cas c'est qu'ils n'ont pas reçu les indications dont ils avaient besoin. Ceux qui ne sont pas familiers avec la pratique, la procédure et le droit substantiel de l'arbitrage ne devraient pas hésiter à consulter des praticiens de l'arbitrage. C'est dans leur intérêt véritable et à l'avantage du processus.

Les conflits internationaux, selon toute apparence, conviennent davantage à l'arbitrage international qu'aux tribunaux nationaux, étant donné que les parties peuvent avoir des traditions juridiques et culturelles diverses, et que le droit substantiel régissant la cause peut ne pas être le droit d'une ou l'autre partie ni celui du lieu de l'arbitrage. Cela dit, le droit commercial anglais et les tribunaux d'Angleterre sont, depuis de nombreuses années, fréquemment choisis en raison de la perception que ce droit est juste et fiable, et que ces tribunaux ont une bonne compréhension du monde du commerce.

Lorsque les parties optent pour un arbitrage international, à mon sens, elles ont le droit de voir reconnues leurs attentes légitimes en matière de procédure. « Légitimes » est un bien grand mot.

L'arbitrage généralement n'est pas exigé par un État. Ce choix résulte d'un consensus. Les parties doivent comprendre que si elles consentent à ce qu'une cour internationale détermine leurs droits, elles ne se retrouveront pas devant un tribunal national. Il existe des pratiques et des normes internationales. Les parties ont probablement accepté de respecter des règles internationales – règles qui reflètent souvent ces pratiques et ces normes internationales. Cela dit, tout arbitre a comme objectif de s'assurer que les parties sont satisfaites de l'audition complète et impartiale qu'elles ont reçue.

De mon point de vue, si la procédure d'un arbitrage international doit être établie dans les limites des règles applicables, elle doit aussi chercher à s'adapter aux intérêts de toutes les parties en cause tout en préservant l'efficacité du processus. Je mets en garde contre l'inflexibilité ou adhésion rigide aux soi-disant pratiques et normes internationales sans égard aux exigences d'une procédure particulière.

Je donne deux exemples pour illustrer ce problème. Comme je l'ai dit, j'ai fait ma première expérience d'arbitrage international à titre de conseiller juridique pour une société de produits chimiques, dont le siège social était à Vancouver, dans un différend qui l'opposait à un acquéreur d'usines de produits chimiques yougoslave. Une question préliminaire était la nomination d'un expert par le tribunal arbitral. Le réclamant yougoslave ne pouvait pas imaginer un processus sans un expert nommé par le tribunal. À cette époque – avant la Loi type – une telle nomination était extrêmement rare dans la pratique en common law; on y avait parfois recours en amirauté, mais normalement pas dans les affaires civiles. J'ai cité des sources britanniques qui condamnent la pratique continentale de nomination d'experts. Ce désaccord reflète la différence entre les systèmes adversatif et inquisitoire. Dans le premier, le tribunal est passif; dans le second, il est actif. Les magistrats du tribunal venaient du continent européen. Un expert a été nommé, mais son mandat était quelque peu limité. Chaque partie a exprimé ses attentes. On

aurait eu tort de les ignorer.

Récemment, une institution internationale d'arbitrage avait entrepris le processus de réviser ses règles. Un arbitre européen, extrêmement expérimenté et respecté, a fait l'éloge de l'institution, mais a critiqué les règles révisées qu'elle envisageait, car ces règles ne permettaient pas aux arbitres de tenir compte des règles de l'art dans l'interprétation des contrats. L'institution a son siège social dans un pays où la common law est appliquée. La prise en considération des règles de l'art ne joue qu'un rôle extrêmement limité, s'il en est, dans l'interprétation des contrats en common law. L'imposition de ce qui peut être la pratique habituelle des arbitres en droit civil à des parties de common law au moyen de règles institutionnelles, selon moi, est discutable.

Finalement, dans ce contexte, je mentionne deux initiatives : le « droit souple en arbitrage international » (le nom fait frissonner un juge à la cour d'appel) et des tribunaux spécialisés pour régler les problèmes d'arbitrage.

Le concept de droit souple cherche à réunir les normes procédurales et les normes pratiques internationales dans un tout cohérent. Bien qu'on ne puisse pas être contre la cohérence, cette idée n'est pas acceptée par tous. Il y a habituellement un avantage à créer des règles du jeu équitables, une tribune où tous sont traités de la même façon, mais je ne suis pas certain que l'arbitrage international propose des règles du jeu équitables. Le processus existe pour s'adapter à la diversité. Comme pour à peu près tout dans la vie, un équilibre est nécessaire.

Les tribunaux spécialisés sont bien reconnus dans plusieurs ressorts, mais certainement pas dans tous. L'avantage est le développement d'un ensemble cohérent de normes de droit et de pratique qui s'appliquent à une question précise et assez peu courante. Le danger est l'inflexibilité. Les praticiens et les juges doivent rester réceptifs à de nouvelles idées et initiatives. En tant que praticien, mes incursions occasionnelles dans l'amirauté ont toujours été intéressantes, car nous n'acceptions pas les propositions établies comme un absolu. Les tribunaux spécialisés doivent être ouverts à l'innovation et prendre garde de ne pas créer un autre niveau de normes inflexibles.

Je ne condamne certainement pas le droit souple et les tribunaux spécialisés ni ne m'y oppose, mais j'affirme qu'ils doivent être évalués soigneusement dans le contexte général de l'exercice efficace et des objectifs de l'arbitrage international, ainsi que des intérêts des parties qui y participent. Les arbitres contrôlent le processus et non le résultat, mais la gestion efficace du processus peut influer sur l'acceptabilité du résultat. Les tribunaux doivent tenir compte de cela en reconnaissant la différence entre une instance devant la cour, procédure obligatoire exigée par l'État (si vous êtes poursuivi en justice, vous n'avez pas le choix), et l'arbitrage, qui est consensuel. La juridiction, les procédures, les processus et les attentes des parties sont façonnés par cette différence essentielle.

Les avantages de l'arbitrage, et en particulier de l'arbitrage international, sont considérables. À mon avis, les arbitres doivent être vigilants pour s'assurer que le processus vise toujours l'intérêt véritable des parties, et non celui des arbitres ou des praticiens de l'arbitrage international. De même, les tribunaux doivent être vigilants pour s'assurer que la mise en œuvre du processus est compatible avec la nécessité de respecter les préceptes du droit national lorsque celui-ci s'applique au processus arbitral.

Nous avons fait beaucoup de chemin au Canada dans les 30 dernières années. Nous pouvons en être fiers, mais nous ne devons pas perdre de vue le fait que le processus et le rapport du tribunal avec celui-ci sont en évolution. En protégeant le processus arbitral et en contribuant à le façonner, nous faciliterons son usage dans des circonstances appropriées. Il s'agit certainement d'un but à poursuivre.

Lancement des nouvelles Règles d'arbitrage de l'IAMC : le 1er décembre 2014

L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada a le plaisir d'annoncer le lancement de ses nouvelles *Règles d'arbitrage*

Ces nouvelles Règles sont le fruit d'un examen exhaustif effectué durant une période de deux ans par le comité des Règles de l'IAMC qui a entrepris un large processus de consultation au sujet de l'édition précédente des Règles. Le comité a ensuite sollicité des recommandations non seulement aux membres de l'Institut, mais à la communauté de l'arbitrage au Canada en général.

L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada désire remercier les membres du comité des Règles qui ont tous consacré d'innombrables heures au projet :

- Angus Gunn, B.A., LL. B., LL.M, FCIArb, c.r., président, Vancouver
- P. David McCutcheon, LL. B., Arb.A, coprésident, Toronto
- Glen W. Bell, LL. B., Arb.A, Vancouver
- Mary Comeau, LL. B., Calgary
- Barry Effler, LL. B, LL.M, Winnipeg
- Gerry Ghikas, c.r., Arb.A, Vancouver
- Louise Novinger Grant, LL. B., Calgary
- Marie-Claude Martel, LL. B., LL.M, Montréal
- Jim McCartney, B.A., LL. B., Arb.A, Méd.A, Calgary
- Noel Rea, c.r., Calgary
- Diane Sabourin, LL. B., Arbitre et médiatrice, Montréal

Les nouvelles Règles ont été élaborées pour les entreprises canadiennes et internationales. Nous offrons des services d'administration professionnels.

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

The Winkler Institute for Dispute Resolution:

Responding Creatively to Complex Justice Problems

Last year two major policy reports were released affirming that we are facing significant access to justice challenges in this country. One came from the Action Committee on Access to Justice in Civil and Family Matters[1] and the other from the Canadian Bar Association (CBA)[2]. Beyond providing an overview of the challenges facing the civil justice system, both reports offer recommendations on what is needed to improve access to justice in Canada. One theme common to both reports is the need to increase the capacity for innovation within the justice system. [3]

Nicole Aylwin is the Assistant Director of the Winkler Institute for Dispute Resolution, a justice innovation hub dedicated to improving access to justice. She is also the Executive Director of the Canadian Forum on Civil Justice, a national not-for-profit dedicated to civil justice reform.

Trevor C.W. Farrow, Professor & Associate Dean, Osgoode Hall Law School, Academic Director, Winkler Institute for Dispute Resolution

The recent opening of the Winkler Institute for Dispute Resolution at York University's Osgoode Hall Law School responds to this need. Named in honour of the recently retired Ontario Chief Justice Warren K. Winkler, the Winkler Institute is devoted to justice innovation and excellence in teaching, research and reform-based practical application. With a focus on "doing" and a broad mandate to engage in activities across academic, professional, and practical contexts (involving local, provincial, national, and global initiatives), the research and innovation projects of the Winkler Institute focus on the experimentation and implementation of fresh, creative ideas, and action-oriented pilot projects that aim to improve access to justice. Our work is guided by a desire to push research boundaries in the service of exploring and improving all forms of dispute resolution – from formal court and tribunal processes to non-traditional and alternative real and online dispute resolution practices and possibilities.

Since opening our doors in January we have embarked on a number of innovative projects. For example, we have participated in a Peer Mediation Youth Summit held by the Youth Division of the Osgoode Mediation Clinical Intensive Program where we facilitated a conflict scenario planning session that encouraged students to devise creative strategies for understanding, preventing and resolving their conflicts. We hosted a major professional education summit with the International Academy of Mediators with participants from various parts of North America. We are also in the early stages of developing a collaborative aboriginal dispute resolution initiative that aims to build capacity, provide support, increase understanding and respect, and facilitate innovation in aboriginal dispute resolution, including in relation to disputes with government and with industry.

In addition to these initiatives, we have recently launched two major projects – both of which we describe in more detail below – that put into practice our commitment to action oriented research and project design. The first is a needs assessment on innovation and access to justice that aims to identify current innovation practices and needs in dispute resolution. The second is a social innovation pilot project that draws together a group of multidisciplinary stakeholders to rapidly design and prototype a process that will improve access to justice for legal aid clients with complex needs.

Innovation, Dispute Resolution & Access to Justice: A Needs Assessment

Innovation is not completely absent in the justice system. We know that many justice stakeholders are developing innovative programs and practices that respond creatively to the needs of various justice communities. However, most of our knowledge about justice innovation in Canada is anecdotal. Notwithstanding the recently released CBA Futures report[4], which focuses its discussion primarily on innovation in the legal industry and the legal services market, there has not been a comprehensive and systematic mapping of the innovation needs and ongoing practices in the wider dispute resolution field.

To address this knowledge gap the Winkler Institute is conducting a national needs assessment to examine current innovation practices and needs of justice stakeholders – including users and "non-legal"

stakeholders (e.g. trusted intermediaries, parenting coordinators, social workers, etc.). Funded primarily by the Law Foundation of Ontario, the needs assessment is designed to focus in particular on how innovation can improve access to justice. It has the following objectives:

- Map and catalogue existing innovation programs and practices – including those practices and programs developed in collaboration with multidisciplinary "non-legal" stakeholders.
- Identify gaps and prioritize areas where innovation is most needed in dispute resolution.
- Determine the challenges that both legal and non-legal actors face when attempting to implement non-traditional dispute resolution programs and practices and determine what is needed to overcome these challenges.
- Identify what factors, if any, prevent innovative research and ideas from being implemented.

Consultations are currently underway and will be completed in December 2014. A comprehensive final report will follow in early spring 2015. We anticipate that the final report will provide an overview of current "best practices" used by justice innovators, as well as a discussion on the central barriers and challenges that justice innovators currently face.

Designing Solutions: Using social innovation to address the needs of justice users with complex needs

Can social innovation help improve access to justice for justice users with complex needs? In this unique project we will be exploring opportunities to apply a social innovation model to concrete access to justice problems. The project aims to draw together a group of multidisciplinary stakeholders to design and experiment with a collaborative, creative problem solving approach that places end justice users with

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

Members: $749.00, Non-Members: $859.00, (plus applicable taxes)

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.

Members: $95.00, Non-Members: $115.00, per copy (plus applicable taxes)

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.

Members: $95.00, Non-Members: $115.00, per copy (plus applicable taxes)

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

To order online visit your *Member Portal* and click on The Store, or call Mena: 416-487-4733 or 1-877-475-4353 *mena@adrcanada.ca*

Sponsorship Opportunities for ADRIC 2015: The ADR Institute of Canada National Conference

Calgary, Alberta, Canada
October 29-30, 2015

The ADR Institute of Canada conference has gained tremendous momentum over the years and we are delighted to have the support of numerous firms and organisations! Our dedicated annual sponsors include:

- Bennett Jones
- Blake, Cassels & Graydon LLP
- Borden Ladner Gervais LLP
- Burnet, Duckworth & Palmer LLP
- Cox & Palmer
- Dentons
- FTI Consulting
- Insurance Bureau of Canada
- International Association of Facilitators (IAF)
- JAMS ADR Services ULC
- Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes LLP
- Marsh Canada Limited Consumer Practice
- McCartneyADR Inc.
- Norton Rose Fulbright Canada LLP
- Osler, Hoskin & Harcourt LLP
- William G. Horton Professional Corporation

Whether you want to become an annual sponsor or just take advantage of our time in Calgary, now is the time to act!

In addition to demonstrating your support and commitment to ADR, you will enjoy multiple benefits of sponsorship including:

- Valuable exposure to the "right" audience: your logo and/or name displayed in flyers, brochures, promotional email blasts and all other conference materials prior to the conference
- Electronic signage (rotating in numerous rooms) at the conference
- Speaking opportunities (silver, gold, platinum and diamond levels)
- Session recording opportunities (gold, platinum and diamond levels)
- Complimentary registration for you and/or your clients or colleagues
- Access to publishable Registration List
- Exhibitor opportunities or placement of pre-approved promotional materials on Community Materials Table.

Prospective Attendees

Our advertising and promotional campaign reaches well over 10,000 professionals including members of ADR Canada, CCCA, ICC Canada, YCAP and other organizations in Canada and the U.S., HR practitioners, lawyers, arbitrators, mediators, architects, engineers, social workers, in-house counsel, accountants, from all industries including: International Business, Natural Resources, Industry, Construction, Insurance, Information Technology, Intellectual Property, Family Law, Appraisal, Franchise, Transportation, Health Care and more.

Don't delay. Download the sponsorship and speaking opportunities package at *www.adrcanada.ca* or contact Janet McKay, Executive Director at 1-877-475-4353 / 416-487-4447 ext. 5, *janetmckay@adrcanada.ca*, to reserve your place!

significant and complex legal and other needs at the center of the justice innovation design process.

Having identified Legal Aid Ontario as a potential partner, this pilot project responds to a recent shift in the Canadian access to justice policy landscape that calls for a "culture shift" [5] towards a justice system that is more "people-centered." [6]

Together these two projects epitomize our commitment to supporting innovation in the form of pilot initiatives, research projects, experiential programs and reform implementation. Whether acting on our own or in partnership with kindred organizations, the main focus of the Winkler Institute is on championing new voices, new ideas, and new approaches to dispute resolution, accessible justice, and the profession. As we further expand our research and pilot programs, we hope you will follow our progress and join us on this important journey.

To learn more about the Winkler Institute for Dispute Resolution, please visit our website at *www.winklerinstitute.ca*

1 Action Committee on Access to Justice in Civil and Family Matters, *Access to Civil & Family Justice: A Roadmap for Change* (Ottawa: Action Committee on Access to Justice in Civil and Family Matters, October 2013), online: CFCJ <*http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2013/AC_Report_English_Final.pdf*> [*Roadmap*].
2 Canadian Bar Association, *Reaching Equal Justice: An Invitation to Envision and Act* (Ottawa: Canadian Bar Association, November 2013), online: CBA <*www.cba.org*> [*Reaching Equal Justice*].
3 The significant need for innovation in the justice sector was reaffirmed in the recently released Canadian Bar Association report, *Futures: Transforming the Delivery of Legal Services in Canada* (Ottawa: Canadian Bar Association, August 2014), online: *http://www.cbafutures.org/CBA/media/mediafiles/PDF/Reports/Futures-Final-eng.pdf?ext=.pdf* [*Futures*]
4 *Ibid.*
5 *Roadmap*, *supra* note 1 at 6.
6 *Reaching Equal Justice*, *supra* note 2 at 60.

Le Winkler Institute for Dispute Resolution : À la recherche de solutions créatives pour les problèmes juridiques complexes

Nicole Aylwin est la directrice adjointe du Winkler Institute for Dispute Resolution, un centre d'innovation en matière de justice qui se consacre à l'amélioration de l'accès à la justice. Elle est aussi la directrice générale du Forum canadien sur la justice civile, un organisme national sans but lucratif, voué à la réforme de la justice civile.

Trevor C. W. Farrow, professeur et doyen associé à l'Osgoode Hall Law School, et directeur universitaire au Winkler Institute for Dispute Resolution.

L'année dernière, deux rapports importants sur les politiques ont été publiés, qui affirment que nous sommes aux prises à de graves problèmes d'accès à la justice dans ce pays. L'un de ces rapports provenait du Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale[1] et l'autre, de l'Association du Barreau canadien (ABC)[2]. En plus de fournir un aperçu des défis que doit relever le système de la justice civile, les deux rapports présentent des recommandations pour améliorer l'accès à la justice au Canada. Ces rapports s'accordent sur le besoin d'augmenter la capacité d'innovation du système juridique[3].

L'ouverture récente du Winkler Institute for Dispute Resolution (institut Winkler pour le règlement des différends) à l'Osgoode Hall Law School de l'Université York répond à ce besoin. Nommé en l'honneur du juge en chef de l'Ontario qui a pris sa retraite dernièrement, Warren K. Winkler, le Winkler Institute est consacré à l'innovation et à l'excellence de l'enseignement, de la recherche et des applications pratiques de réforme, dans le domaine de la justice. Le Winkler Institute, qui accorde la priorité à l'action, a comme mandat général de mener des activités dans des milieux universitaires et professionnels, ainsi que sur le terrain, ce qui suppose des initiatives locales, provinciales, nationales et mondiales. Les projets de recherche et d'innovation du Winkler Institute se concentrent sur l'expérimentation et la réalisation d'idées nouvelles et créatives, et sur des projets-pilotes axés sur l'action visant à améliorer l'accès à la justice. Notre travail est orienté par le désir de repousser les frontières de la recherche au service de l'exploration et de l'amélioration de toutes les formes de règlement des différends – des processus formels devant une cour ou un tribunal aux pratiques et possibilités non traditionnelles de règlement des différends en personne ou en ligne.

Depuis l'ouverture de nos portes en janvier, nous avons entrepris un bon nombre de projets novateurs. Par exemple, nous avons participé au Peer Mediation Youth Summit (sommet des jeunes sur la médiation par les pairs) de la division des jeunes du programme pratique intensif sur la médiation Osgoode, où nous avons animé une séance de planification de résolution de conflits à partir de scénarios, qui encourageait les étudiants à concevoir des stratégies créatives pour comprendre, prévenir et résoudre leurs conflits. Nous avons accueilli un important congrès de perfectionnement professionnel organisé en collaboration avec l'International Academy of Mediators (académie internationale des médiateurs) rassemblant des participants de diverses régions de l'Amérique du Nord. Nous en sommes aux premières étapes dans une initiative de collaboration pour le règlement de différends touchant

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:
Affichez votre publicité dans le JOURNAL canadien d'arbitrage et de médiation
Informez-vous sur les tarifs :
JOURNAL@adrcanada.ca
416-487-4733 • 877-475-4353

les Autochtones. Cette initiative vise à développer les capacités, à fournir du soutien, à accroître la compréhension et le respect, et à faciliter l'innovation, dans le règlement des différends impliquant des Autochtones, notamment des conflits avec le gouvernement et l'industrie.

En plus de ces initiatives, nous avons récemment lancé deux projets importants – nous les décrivons en détail plus bas – qui concrétisent notre engagement à l'égard de la conception de projets et de recherches orientés vers l'action. Le premier projet est une évaluation des besoins en matière d'innovation et d'accès à la justice, qui cherche à déterminer les pratiques et les besoins actuels en matière d'innovation dans le règlement des différends. Le second est un projet-pilote d'innovation sociale où un groupe multidisciplinaire d'intervenants concevront et appliqueront le plus rapidement possible un processus qui améliore l'accès à la justice pour les clients de l'aide juridique présentant des besoins complexes.

Innovation, règlement de différends et accès à la justice : Évaluation des besoins

L'innovation n'est pas complètement absente du système juridique. Nous savons que de nombreux intervenants dans le domaine juridique mettent au point des pratiques et des programmes novateurs qui répondent de façon créative aux besoins de diverses collectivités juridiques. Cependant, l'essentiel de notre connaissance de l'innovation en matière de justice au Canada est empirique. Malgré la publication récente du rapport de l'ABC *Avenirs en droit*[4], qui traite principalement de l'innovation dans le secteur juridique et le marché des services juridiques, il n'existe pas d'étude détaillée et systématique des pratiques et des besoins actuels en matière d'innovation dans le champ plus large du règlement des différends.

Afin de combler cette lacune, le Winkler Institute procède à une évaluation des besoins à l'échelle nationale, pour examiner les pratiques et les besoins actuels en matière d'innovation des intervenants dans le domaine de la justice – y compris les utilisateurs et les intervenants « non juridiques » (p. ex., des intermédiaires de confiance, des coordonnateurs parentaux, des travailleurs sociaux, etc.). Financée en majeure partie par la Fondation du droit de l'Ontario, cette évaluation des besoins est conçue pour chercher particulièrement les moyens par lesquels l'innovation peut améliorer l'accès à la justice. Voici ses objectifs :

- Étudier et cataloguer les pratiques et programmes innovateurs actuels – notamment ceux créés en collaboration par des intervenants non juridiques de différentes disciplines.
- Déterminer les secteurs où l'innovation est la plus nécessaire dans le règlement des différends et les classer par ordre de priorité.
- Décrire les obstacles auxquels se heurtent les intervenants juridiques et non juridiques qui tentent de mettre en œuvre des pratiques et programmes non traditionnels de règlement des différends, et trouver des moyens de surmonter ces obstacles.
- Cerner les facteurs, s'il en est, qui empêchent la réalisation de recherches et d'idées novatrices.

Des consultations sont actuellement en cours, qui seront terminées en décembre 2014. Un rapport final détaillé suivra au début du printemps 2015. Nous prévoyons qu'il fournira une vue d'ensemble des pratiques exemplaires actuelles des innovateurs dans le domaine de la justice, ainsi qu'une description des principaux obstacles et défis auxquels ces innovateurs font face.

Concevoir des solutions : Tirer parti de l'innovation sociale pour satisfaire les utilisateurs de la justice présentant des besoins complexes

L'innovation sociale peut-elle améliorer l'accès à la justice des utilisateurs ayant des besoins complexes? Ce projet unique explorera la possibilité d'appliquer un modèle d'innovation sociale à des problèmes concrets d'accès à la justice. Il vise à réunir un groupe multidisciplinaire d'intervenants qui concevront et expérimenteront en collaboration une approche créative de résolution de problèmes. Cette approche place les utilisateurs finaux de la justice dont les grands besoins juridiques et autres sont complexes au centre du processus de conception menant à l'innovation dans le domaine de la justice.

Ce projet-pilote, qui envisage Aide juridique Ontario comme partenaire éventuel, répond à une nouvelle orientation dans les politiques canadiennes sur l'accès à la justice, réclamant un « changement de culture »[5] qui nous conduit vers un système juridique plus axé sur les gens[6].

Ensemble, ces deux projets illustrent parfaitement notre engagement de soutenir l'innovation sous forme d'initiatives-pilotes, de projets de recherche, de programmes expérientiels et d'applications de réforme. Le but essentiel du Winkler Institute, qu'il agisse seul ou en partenariat avec des organisations semblables, est de défendre de nouvelles perspectives, idées et approches relatives à la résolution des conflits, à une justice accessible et aux professions de règlement des différends. Nous espérons que vous suivrez nos progrès tandis que nous étendrons nos recherches et nos programmes-pilotes, pour nous accompagner dans ce voyage important.

Pour en apprendre davantage sur le Winkler Institute for Dispute Resolution, vous pouvez visiter notre site Web au *www.winklerinstitute.ca*.

1 Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, *L'accès à la justice en matière civile et familiale : Une feuille de route pour le changement*, Ottawa, Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, octobre 2013. En ligne : Forum canadien sur la justice civile <*http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2013/AC_Report_French_Final.pdf*> [*Feuille de route*].

2 Association du Barreau canadien, *Atteindre l'égalité devant la justice : Une invitation à l'imagination et à l'action*, Ottawa, Association du Barreau canadien, novembre 2013. En ligne : ABC <*http://www.cba.org/abc/justicepourtout/main/*> [*Atteindre l'égalité devant la justice*].

3 Le grand besoin d'innovation dans le secteur de la justice a été réaffirmé dans le rapport de l'Association du Barreau canadien publié récemment *Avenirs en droit : Transformer la prestation des services juridiques au Canada*, Ottawa, Association du Barreau canadien, août 2014. En ligne : *http://www.cbafutures.org/CBA/media/mediafiles/PDF/Reports/Futures-Final-fra.pdf?ext=.pdf* [*Avenirs en droit*].

4 *Ibid.*

5 *Feuille de route*, *supra* notes 1 à 6.

6 *Atteindre l'égalité devant la justice*, *supra* notes 2 à 60.

ADR Ontario invites you to take the Online Course that ADRIO Mediator members are praising! Available to all affiliate members of ADR Canada, and non-members.

Practical Ethics for Working Mediators

This online course developed by the ADR Institute of Ontario, is 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 is estimated to take approximately 6-8 hours in total to complete (but can be done in small time increments) and is available online 24/7.

Accredited by Law Societies across Canada:

- Law Society of Upper Canada: CPD for 2.0 Professionalism hours and 6.0 Substantive hours.
- Law Society of Saskatchewan: 8.0 Total hours of which 2.0 qualifies for ethics.
- Law Society of New Brunswick: maximum of 8 hours (claim actual time spent).
- Law Society of PEI: members apply based on the number of hours they spent (honour system).
- The following Law Societies do not accredit programs as there is no mandatory requirement: Nova Scotia Barrister's Society, Law Society of Newfoundland, Law Society of Manitoba.

Added Benefits of Course Completion:

- 10% discount on insurance premiums through Marsh Canada on the July renewal, for members who complete the Course by May 31st (or the subsequent year if completed after May 31st).
- Earn 16 CEE points toward your Q.Med and C.Med designation maintenance.
- ADRIO members: a discount of $25 on renewing ADR Ontario membership fees the year after you take the course.

Fees and Registration Instructions:

- For more information, fees and registration instructions, visit: *http://adrontario.ca/resources/event_details.cfm?announcementId=333*

Over 600 ADRIO members have already completed the Course, with exceptionally positive reviews!

Register today!

Efficient Arbitration:

Lessons for Commercial Arbitration from Sports Arbitrators

*Richard H. McLaren, H.B.A., LL.B, LL.M, C.Arb**

Through arbitration, mediation, consultation and investigative services, Innovative Dispute Resolution Ltd. delivers effective, timely and creative solutions to resolve its international and domestic clients' commercial, sports-related and labour disputes.

The worldwide sport industry is an important contributor to international commerce.[1] The sport industry shares remarkable organizational and structural similarities with international commerce, including national and international influence that involves numerous parties and vast amounts of capital. Sports arbitrators have developed unique dispute resolution procedures worthy of attention from commercial arbitrators. This paper discusses six practices pioneered by sports arbitration bodies and explores the potential efficacy of those practices for international commercial arbitration. Although these procedures have developed in response to the specialized needs of the sporting world, their wide implementation demonstrates that improvised solutions can become standardized practice.

The first four sections focus on techniques involving the parties to arbitration. They examine the development of arbitral appointment practices, panel appointment of experts, panel use expert evidence, and *amicus curiae* briefs. Sports arbitration agreements have developed unique processes for disputing parties to select the arbitral panel hearing the issues. These preselection techniques and other panel composition procedures have reduced apprehensions of bias among arbitrators and garnered the respect of disputing parties. Sports arbitration bodies also consider complex scientific debates, particularly in doping cases. In these cases, the input from panel appointed experts have fostered neutral evaluation of evidence and helped produce informed rulings. The use of third-party submissions have also benefited sports arbitrators in athlete selection cases: *amicus curiae* briefs submitted by neutral third parties ensure the panel considers issues and consequences that may otherwise go unexamined.

The final two sections consider structural and procedural methods for conducting hearings under extenuating circumstances. Quickly resolving disputes at mega-events such as the World Cup or Olympic games requires on-site decision-making bodies with the procedural ability to render swift, binding decisions without jeopardizing the organization of the event. The final section examines the emerging use of public hearings in arbitration and describes the media management strategies that sports arbitrators have used to preserve the integrity of the hearing. In these cases sports arbitrators focused on maintaining the objectivity and integrity of the dispute resolution process while meeting the needs of a public arbitration.

The developments in arbitrator appointment procedures, panel appointed experts, expert witness conferencing, *amicus curiae* briefs, expedited decision-making, and public hearings should be of note to commercial arbitrators because they demonstrate flexible responses to the challenges of arbitrating in the sporting world. Commercial arbitrators may find these tools generative in developing their own localized practices.

1. Appointing Arbitrators

International sport relies on dedicated dispute resolution bodies that function similarly to international commercial arbitration institutions. Examples include the Court for Arbitration of Sport (CAS) and the Basketball Arbitration Tribunal (BAT). These bodies are similar to commercial bodies such as the London Court of International Arbitration (LCIA), the International Chamber of Commerce (ICC), and the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). The CAS and other organizations such as the PGA Tour have developed unique appointment processes that address systemic arbitration problems such as disputes over panel composition. International commercial arbitration institutions customarily have each party select an arbitrator, and then the party appointed arbitrators or an international service provider selects the President of the Panel.[2]

The CAS encourages greater party control of the appointment procedure by having the parties appoint all three arbitrators prior to a dispute.[3] The CAS Rules allow parties to select appointment procedures at the formation of their agreement, and also provide procedures if the agreement is silent on arbitrator selection.[4] Early panel selection has several benefits. It facilitates neutral adjudication of the issues by permitting open and frank discussions between panel members without the concern that their views favour the party that appointed them. Lastly, having the panel select the presidents among themselves mitigates the hierarchical relationship that results from externally appointed presidents.

The 2011 *USOC v IOC*[5] decision demonstrates that proper planning prevents inefficiencies in the panel selection process and facilitates quick dispute resolution. In that case the Arbitration Agreement between the parties named the panel prior to the dispute. The three arbitrators, jointly selected, held no bias towards either party. The panel selected the President among themselves, and CAS subsequently approved the panel's composition. The procedural efficacy and panel neutrality was formally recognized that same year when two different parties opted for the same panel composition in a different dispute.[6]

In both cases the parties avoided preliminary issues concerning panel composition and were confident that the panelists provided an objective assessment of the facts.

The PGA Tour Anti-Doping Policy uses a selection process similar to international commercial arbitration. The process maintains party involvement but is also responsive to the particular needs of disputes. Section I(3) of the Tour's Anti-Doping Program Manual[7] ("the Manual") requires both parties jointly appoint arbitrators when a dispute arises. The PGA Tour selects an arbitrator from a pre-determined list ("the List") of candidates.[8] The selected arbitrator's name is forwarded with the List to the other party to select the second panel member. The two appointees then select a third member in consideration of the nature of the dispute and any panel requirements. Where specialized expertise is necessary, as in appeals concerning an Adverse Analytical Finding, the Manual requires the third panelist be a director of a WADA accredited laboratory in North America.[9] Although this resembles commercial arbitration, the important distinction is that the PGA Tour uses a closed list for efficiency while still accounting for the circumstances requiring professional expertise.[10]

The CAS and PGA Tour arbitration selection procedures are adaptable to unique challenges and simultaneously foster efficiency within the arbitration process. Preselection practices have proven effective at ensuring neutrality, reducing conflicts at the selection stage, and allowing matters to be heard promptly. Where the arbitration panel is appointed after a dispute has arisen, the use of closed lists allows the parties to exercise control over their choice of arbitrator while minimizing concerns of impartiality.

2. Panel Appointed Experts

Doping cases are a unique aspect of sport arbitration. They require authoritative scientific evidence from sanctioned laboratories that can have profound impacts on the outcome of cases. In *Meca-Medina and Majcen v Commission*,[11] swimmers David Meca and Igor Majcen contested a positive doping test that revealed the banned substance nandrolone in their systems. Nandrolone can be found in the body naturally and for this reason both the International Olympic Committee ("the IOC") and Federation Internationale de Natation Amateur ("FINA") rules permit a maximum sample count of 2 nanogrammes of nandrolone per millilitre of urine. In the 1999 swimming World Cup, Meca and Majcen tested positive with numbers beyond the permissible threshold.[12] The athletes tabled evidence disputing the validity of the permissible threshold but were unsuccessful before the FINA tribunal and at the CAS on appeal. FINA sanctioned both athletes with a four-year ban that was affirmed by the CAS.[13] In 2000 the athletes submitted new scientific evidence supporting the proposition that ingesting certain foods could produce numbers in excess of the 2 ng/ml threshold. In consideration of the new scientific support, FINA and the athletes appealed again to the CAS and the CAS reduced the athletes' sentences to two years.[14] In this case the scientific evidence had an enormous im-

Call for a quote and your chance to win.
1-866-247-7700

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

The Economical brand includes the following property and casualty insurance companies: Economical Mutual Insurance Company, Perth Insurance Company, Waterloo Insurance Company, The Missisquoi Insurance Company, Federation Insurance Company of Canada. Economical Select® is underwritten by Waterloo Insurance Company. Due to government insurance plans, Economical Select does not offer auto insurance in British Columbia, Saskatchewan or Manitoba. The agreement between Economical Select and your group sponsor may be terminated in accordance with its terms. Upon such termination, Economical Select will continue to provide the program to existing policyholders until their respective renewal dates. No purchase required. Contest begins on April 1, 2014 at 12:01 a.m. ET. Contest closes on March 27, 2015 at 11:59 p.m. ET (see full contest rules for closing dates for individual prizes). Odds of winning depend on number of eligible entries received before Contest closing dates. Limit one (1) entry per person. Limit one (1) grand prize per person. Entrants' information may be used for marketing and entrants may receive marketing materials. For full rules visit: selectsweepstakes.com/rules. ©2014 Economical Insurance. All rights reserved. All intellectual property, including but not limited to Economical® and related trademarks, names and logos are the property of Economical Mutual Insurance Company and/or its subsidiaries and/or affiliates and are registered and/or used in Canada.

pact on the panel's decision. Arbitration panels are encouraged to appoint independent experts to provide evidence that improves the panel's decision.

The panel presiding over the Floyd Landis doping scandal benefitted immensely from the panel appointed expert. That expert assisted the panel in interpreting complex test results and provided logistical support including sample management, data storage and retrieval, and acted as an intermediary between the parties' experts. The panel sought independent expert evidence because having both parties conduct separate tests was impractical. The appointment streamlined the investigation by ensuring a neutral expert reconciled the discussions between the parties' expert submissions and provided the panel with an independent assessment of the evidence. A third-party is not always necessary; arbitration panels have also reconciled conflicting scientific evidence through the use of expert witness conferencing.

3. Integrating Expert Witness Conferencing into Arbitration Hearings

Expert testimony is an integral tool in sport arbitration, particularly with regard to the scientific complexity of doping cases. Expert evidence must be carefully managed because of its potential to confuse panelists through poorly presented or conflicting evidence, and even deliberately misleading evidence. Sports arbitrators have used expert witness conferencing to mitigate these risks: each party's expert reviews the other side's evidence, and they establish an agreed statement of facts and present reconciled evidence to the panel while highlighting areas of disagreement.

This procedure was particularly effective during the 2009 International Tennis Federation ("ITF") investigation of tennis star Richard Gasquet.[15] Gasquet faced a two-year ban after an analytical positive for cocaine from Gasquet's urine sample provided at the 2009 Miami Sony Ericsson Event. The ITF established an independent tribunal in accordance with its rules, and at first instance the parties submitted clashing expert evidence. Gasquet alleged the cocaine was transferred through physical contact with a third-party.[16] The ITF denied the plausibility of Gasquet's story and the tribunal was initially skeptical of the possibility. The tribunal requested an expert witness conference and, to the surprise of all concerned, both parties' experts advised the tribunal that the scientific evidence corroborated material facts in Gasquet's defence.[17] The presentation of reconciled reports allowed the panel to make an informed decision because of efficient and pragmatic procedures. Similar to *Meca-Medina*, the scientific evidence was crucial in determining the appropriate sanctions.

On appeal the CAS observed that, "[t]he members of the Panel are not reluctant to admit that they would not have believed, without having seen the statements of these experts, that such a means of contamination is possible."[18] The CAS found the expert evidence established that Gasquet's story was not only probable but, importantly, that its perceived unlikelihood actually contributed to Gasquet's defence.[19] The Gasquet case is a dramatic example of how the gap between expert's written reports can be narrowed and, in some aspects, may actually reach complete agreement. The powerful effect of expert witness conferencing makes it easier for decision makers to isolate the differences of opinion and determine the wisest course of action. The use of such a technique in commercial arbitration ought to be considered given the success sports arbitrators have experienced.

4. Amicus Curiae Briefs

Amicus curiae briefs ("*amicus* briefs") have been used in sports disputes where the issues affect interested parties who are not privy to the dispute. *Amicus* briefs allow third-party interveners to present testimony to the panel. The 2011 *USOC v IOC*[20] CAS decision exemplifies the value of *amicus* briefs. At the time of the decision the CAS did not have rules governing the submission of *amicus* briefs. As such, CAS's acceptance of WADA's independent brief in this case was a novel method for ensuring that arbitrators understood all the implications of their decision. The case considered the validity of the IOC rule known as the "Osaka Rule,"[21] which barred athletes who served doping sanctions from competing at the next Olympic Games after their period of ineligibility had expired.

The case arose out of an American Arbitration Association (AAA) decision in which the arbitration panel ruled that the Osaka Rule not be applied to 400 metre sprinter LeShawn Merritt. Thus, the USOC

Canada's largest Searchable Database of ADR Professionals

The ADR Institute of Canada has cloud-based Association Management and Member Portal software. This membership database allows for membership renewals (ADRIO, ADRSK and ADRIM), 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.

was on the horns of a dilemma. If Merritt qualified for the Olympic Games during the US trials the USOC rules required Merritt be nominated to the US Olympic team. However, the IOC's Osaka Rule would deny Merritt's eligibility at the Olympic Games. On the other hand, the USOC would violate the AAA decision if it refused to nominate Merritt because of the Osaka Rule. There was global interest in the outcome of this case because the Osaka Rule affected athletes and National Olympic Committees around the world.

Both the USOC and the IOC recognized that the AAA arbitration decision created uncertainty in the application of the Osaka Rule. Both parties agreed to enter into an arbitration agreement detailing their positions and recognizing the CAS as arbitrator. The parties provided a detailed agreement[22] as to the scope of matters to be arbitrated by the CAS. The agreement permitted *amicus* briefs filed in addition to the parties' other submissions. It also required the parties submit witness statements rather than have the panel hear testimony.[23] The parties were given two submission opportunities: the USOC submitted a statement of claim, the IOC responded, the USOC was permitted to reply to the response, and the IOC was permitted to file a second response.

Ten briefs were submitted to the CAS from athletes, international federations, National Olympic Committees, and anti-doping labs.[24] WADA submitted an *amicus* brief independently. WADA did not advocate for either party. WADA's submission simply highlighted the implications of the decision to the WADA Code and its eligibility rules. Overall the *amicus* briefs were extremely helpful in highlighting the issues. The briefs illustrated different third-party stakeholder perspectives and assisted the panel in understanding the impact of its decision across the sporting world.

International commercial arbitration services do not always provide procedures for the submission of *amicus* briefs. The ICC Arbitration Rules do not have provisions addressing the submission of *amicus* briefs.[25] The ICSID requires both parties be consulted before third-party submissions are permissible.[26] The United Nations Committee on International Trade Law ("UNCITRAL") does not provide a clear procedure for the use of *amicus* briefs but Article 29[27] notes that *amicus* briefs may be unsolicited. The sporting community's adoption of *amicus* briefs into standardized arbitration procedures has demonstrated how such documents can assist arbitrators in determining the issues before them.

5. Expedited Decision-Making Procedures Across Sport Arbitration Bodies

Sport arbitrators have also found success with systemic solutions for regulating their institutions. Mega-sport events such as the Olympic or Commonwealth Games provide unique challenges for sports dispute resolution because they require arbitrators to make fair decisions promptly and efficiently.[28] Providing insightful and just decisions in consideration of time constraints and scheduling implications requires specialized knowledge of the events and principled arbitration practices. Such mega-events are rolling extravagances containing hourly and daily changes that require prompt decisions to prevent the early ripple effects of a dispute from becoming a tsunami. Thus, expedited and precise decision-making is a hallmark of recent sport dispute resolution.

The IOC responded to the need for authoritative international dispute resolution in 1983 with the formation of the CAS.[29] The CAS provides efficient arbitration services for binding resolution across sporting bodies. The establishment of the CAS AHD during the Centennial Olympic Games in Atlanta in 1996[30] responded to the need for events of this nature to have disputes resolved promptly. The CAS mandates 24-hour turnaround on decisions.[31] In a time-pressured environment like the Olympic Games, the ability to reach fair results in an efficient manner while avoiding disrupting the Games makes the AHD an effective tool for such situations.

The AHD has limited jurisdiction ensuring specialized skill sets and avoidance of conflict with other institutions. This also prevents the AHD from being overwhelmed by a deluge of applications that would slow the body's decision-making abilities. Article 1 of *The Court of Arbitration for Sport Arbitration Rules for the Olympic Games* ("the *Rules*") states that the AHD may only exercise jurisdiction after an athlete's other legal avenues have been exhausted. The AHD only has jurisdiction over disputes arising ten days prior to the opening ceremonies or occurring within the games themselves.[32] The AHD has dismissed cases where the complainant was not an aggrieved party as defined by the *Rules*[33] and where the decision was not rendered within the required timeframe.[34] Article 1 also prevents zealous litigants from appealing to the AHD concerning prolonged litigation.[35] The presence of an AHD would likely have resolved the technical judging error that deprived Canadian synchronized swimmer Sylvie Fréchette of the Gold Medal at the 1992 Barcelona Olympic Games.[36] If the AHD had been in place at the time it would have resolved the dispute in 24 hours and Fréchette would have been recognized for her achievement.

The AHD does not hear cases concerning calls made on the field,[37] but can reverse the improper exercise of power by other arbitral bodies regarding on-field calls. At the 2004 Olympic Games the British, French, and United States' National Olympic Committees ("NOC") filed an appeal with the AHD. The NOCs appealed after the German Equestrian team was awarded the gold medal as a result of a decision by the Appeal Committee of the International Federation for Equestrian Sports (FEI).[38] The AHD held the FEI rules contained no provisions for an appeal process to the FEI and restored the on-field ruling.[39] After the matter was settled, Germany had been denied the gold medal on the field, then awarded the medal at first instance by the FEI, and then stripped of it at the CAS appeal.

The AHD is not without its flaws. Applicants have consistently attempted to use the AHD for strategic advantage. In the 1998 Olympic Games the Czech Republic hockey team sought to disqualify the

Swedish team's prior victories when it was discovered that a player holding dual citizenship was ineligible to play for the Swedish team.[40] The disqualification of these games would have been advantageous to the Czech team. The AHD ruled that the games would not be disqualified, and recognized that the Czech team had no standing to bring the claim. The tribunal found that the Czech team "in effect wishes to be treated as though it had achieved a better result than it did in the first-round games."[41] The AHD rendered a fair and thoughtful decision in an extremely small window of time and prevented delays that would have impacted athletes, organizers, and the event.

The Sports Dispute Resolution Centre for Canada ("the SDRCC")[42] does not have a specialized division for accelerated dispute resolution. However, the SDRCC allows expedited procedures where matters require quick and efficient resolution. In *Burke v Cycling Canada* the claimant, Jack Burke, faced a two-year ban after an adverse analytical finding of hydrochlorothiazide ("HCTZ") in his urine samples.[43] The parties agreed to an expedited hearing and an interim award because the claimant was scheduled to compete in Italy the day after the interim decision was to be rendered. The final award was not made until two weeks after the claimant's competition. The Union Cycliste Internationale appealed the decision to CAS but the SDRCC decision was upheld.[44] The SDRCC's flexibility towards expedited decision-making processes facilitated dispute resolution by minimizing prejudice to the parties.

The Basketball Arbitration Tribunal ("BAT") uses a different approach to ensure speedy resolution of sports disputes. The BAT is an international arbitration forum similar to the CAS. It provides arbitration of monetary disputes involving professional basketball players, coaches, agents, and clubs governed by the International Basketball Federation (FIBA). FIBA's club-based structure left players and agents unpaid prior to the establishment of the BAT. The value of the disputed wages did not justify the cost of litigation associated with pursuing the matters in the courts. The BAT was formed to provide arbitration services for relief of unpaid wages and ensured efficient, cost conscious results by issuing decisions solely on the written submissions of the parties. Decisions concerning less than €30,000 are not issued with reasons unless requested and in-person hearings are extremely rare. These measures ensure disputes are resolved quickly and that costs are minimized. Commercial arbitration bodies seeking improvements to case processing procedures may consider the BAT's approach to only provide reasons for disputes above a monetary threshold.

Since its inception, the BAT has been heralded for providing a forum that ensures athletes playing for FIBA clubs are paid according to their contract. The BAT has two unique features that facilitate resolution of disputes and enforcement of awards. The BAT's jurisdiction relies on the negotiated inclusion of BAT clauses in player contracts.[45] FIBA's power to enforce BAT decisions is derived from its ability to regulate its member clubs as well as the *New York Convention*.[46] FIBA can assign penalties, including fines, for failure to comply with BAT awards and may suspend a club's license, which is required for participation in FIBA related events.

The CAS AHD, the SDRCC, and the BAT have each fostered expedited decision making processes that address specific problems. In turn these practices have become a cornerstone of sports dispute resolution procedures and are testaments to the pioneering initiatives of sports arbitrators. Each organization has responded to particular needs within its jurisdiction and developed efficient, cost-effective procedures that provide streamlined access to justice for athletes that otherwise facing costly and lengthy litigation.

6. Public Hearings with Television Broadcasting

Confidentiality is the hallmark of commercial arbitration. It is frequently the primary reason parties select arbitration over litigating in the courts. The same principle has been applied in the sporting world for many years. However, the US Anti-Doping Agency ("USADA") arbitration rules provide athletes with the liberty to request a public hearing.[47] Floyd Landis was the first US athlete to exercise the right to have his arbitration hearing in public.[48] The AAA tribunal approved Landis' request despite USADA disagreement. The emergence of public arbitration is noteworthy and the Landis case offers strategies commercial arbitrators may apply, should the need arise in their industry.

Cycling officials and media personalities chastised Landis even before the initial hearing.[49] Media personality David Letterman aired a segment on his late-night show entitled "Top Ten Floyd Landis Excuses". The request for a public hearing was a low-risk, high-reward opportunity considering Landis' public image was al-

RANDY A. PEPPER, LL.M., FCIArb
1954 - 2014

Randy was a passionate advocate for Alternative Dispute Resolution. He was a member of the ADR Institute for over 15 years and has served on the Boards of ADR Institute of Ontario and ADR Institute of Canada. During his 15 year span as a litigation partner with Osler, Hoskin & Harcourt LLP, he chaired Osler's International Commercial Arbitration /ADR Group and co-authored The Osler Guide to Commercial Arbitration in Canada (Kluwer). An arbitrator and mediator with ADR Chambers for the past six years, Randy specialized in mediating and arbitrating difficult corporate-commercial disputes. He had also been the Chair of the Marketing and Communications Committee of the Toronto Commercial Arbitration Society, and a member of the Arbitration Committee of the Canadian Chamber of Commerce that appoints Canadian arbitrators for ICC arbitrations.

Randy was highly respected for his perspective and his many contributions to ADR. Most recently, ADR Institute of Canada was pleased to have him share his wisdom at the National Conference in Montreal, October 23, 2014.

Randy Pepper passed away peacefully on November 28th with his family by his side, after a courageous battle with cancer.

ready facing virulent criticism. Landis claimed he sought a public hearing to achieve a fair hearing and decision. However, observers noted that professional arbitrators are not likely to be swayed by public opinion because the panelists have a duty to provide neutral assessment of the matters. Others have suggested that publicizing the hearings permitted interested parties to follow along and allowed Landis to crowd source for defence opinions.

The presence of media can add a new, unfamiliar element to arbitration proceedings. This element must be managed without prejudicing the arbitration process. In Landis' case, the panel developed strategies that ensured the media coverage did not compromise the administration, fundamental fairness, or integrity of the proceedings. The panel was successful because it hired a media manager and implemented media management strategies based on California Court of Appeal practices. The media manager reported to the panel and was responsible for implementing and enforcing the panel's media protocol.[50] The protocols ensured the media did not overwhelm the hearing such that the panel, parties, and witnesses were affected by their presence.[51] The panel maintained the right to revoke broadcast privileges if necessary.[52]

The panel preserved the hearing's objectivity by forbidding the parties from engaging with the media for public comments until the decision was rendered. The parties were restricted from making briefs, transcripts, or procedural orders available to the public prior to the arbitration commencing. Further, all documentation and submissions remained confidential until they were filed. The panel reserved the right to maintain confidentiality after filing, and both parties were permitted to mark exhibits as confidential. These strategies were effective in ensuring that the media coverage did not compromise the hearing.

While some governing bodies like CAS have opted for transparency through public decisions, private commercial proceedings have remained confidential. While pros and cons exist for both methods, commercial arbitration[53] can learn a lot from the public approach to arbitration seen throughout the world of sport. Public arbitration allows individuals who may be interested in the matter to attend the hearings or read reports published in the media. In Canada, where a party to the proceeding is a governmental entity or is exercising governmental activity, section 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*[54] may apply to find that the arbitration should be open to the public. The Supreme Court of Canada set out the two instances where the Charter may be held to apply to a private entity.[55]

Alternatively, contractual arbitrations conducted pursuant to the *Arbitration Act*[56] are presumptively private, particularly in the typical commercial arbitration case unless parties have agreed otherwise. This position is supported by case law[57] and is consistent with the policy underlying the use of arbitration as a private alternative to court proceedings. However the presumption is a rebuttable one. Arbitrators are given discretion to open the hearing to the public after considering a number of factors, namely: (i) the nature of the dispute; (ii) the implications of an order excluding witnesses; (iii) the impact on the proceedings if observers and press are present; (iv) whether there is any legitimate public interest in the issues; and (v) the extent to which the matter is already a matter of public knowledge.[58] In a recent dispute the arbitrator applied these five criteria even where the *Charter* was not engaged but the crux of the case concerned funding for a government program and its implications for taxpayers.[59]

The recent Supreme Court of Canada decision *Combined Air Mechanical Services Inc. v Flesch*[60] conducted an analysis on the cultural shift towards arbitration to settle disputes. Regarding the privacy of contractual arbitration, the Court stated:

> In some circles, private arbitration is increasingly seen as an alternative to a slow judicial process. But private arbitration is not the solution since, without an accessible public forum for the adjudication of

New ADRIC Arbitration Rules launch: December 1, 2014

ADR Institute of Canada is pleased to announce the launch of its new *Arbitration Rules*.

These new Rules are the result of a comprehensive, two-year review by the ADRIC Rules Committee which engaged in a broad consultation process on its previous Rules, and solicited reform recommendations not only from members of the Institute but also from the Canadian arbitration community generally.

The ADR Institute thanks the members of the Rules Committee, all of whom have given countless hours to this project:

Angus Gunn, B.A., LL.B, LL.M, FCIArb, Q.C., Chair, Vancouver
P. David McCutcheon, LL.B, C.Arb, Co-Chair, Toronto
Glen W. Bell, LL.B, C.Arb, Vancouver
Mary Comeau, LL.B, Calgary
Barry Effler,LL.B, LL.M, Winnipeg
Gerry Ghikas, Q.C., C.Arb, Vancouver
Louise Novinger Grant, LL.B, Calgary
Marie-Claude Martel, LL.B, LL.M, Montreal
Jim McCartney, B.A., LL.B, C.Arb, C.Med, Calgary
Noel Rea, Q.C., Calgary
Diane Sabourin, LL.L., Arb. and Med., Montreal

The new Rules were developed for both Canadian and International business and corporate communities. Professional administration is available.

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

disputes, the rule of law is threatened and the development of the common law undermined.[61]

This balance between transparency and the evolution of the common law must be carefully assessed against the practical benefits of arbitration. However, commercial arbitrators should be aware of the recent jurisprudence that indicates public hearings may become more frequent. The techniques developed in the Landis hearing were effective and efficient in maintaining the integrity of the process. They offer commercial arbitrators a starting point for developing procedures that suit their needs.

7. Conclusion

Arbitrators specializing in sport have developed unique solutions to multifaceted problems arising within sport dispute resolution. This paper examined six of those developments, and considered their application to commercial arbitration. Sport arbitrators have found that party appointment procedures reduced perceptions of bias and have also decreased the likelihood of preliminary issues concerning panel composition. Alternatively, the use of closed lists allows both parties to participate in panel selection while still permitting flexible responses to the needs of particular disputes.

Third-party submissions assist arbitration panels in both complex scientific cases and in understanding the implications of their decisions. Panel appointed experts have reduced logistical problems and facilitated the presentation of the expert evidence to the panel. Also, divergent expert opinions may be reconciled without the use of a panel appointed expert through the process of expert witness conferencing. The use of *amicus* briefs provides arbitrators with information they may not otherwise receive from the disputing parties. The use of panel appointed expert witnesses, expert witness conferencing, and *amicus* briefs are not standard practices across commercial dispute resolution bodies. These techniques offer the opportunity for improving for improving both the practices and decisions in commercial arbitration.

The CAS AHD has proven its worth as an emergency arbitral system that renders fast judgments and prevents disruptions to the events it supports. The AHD and similar bodies have developed regulations and procedures for streamlining the dispute resolution process. These bodies prevent floods of applications with careful jurisdictional limitations that ensure quick turnover in decisions. The CAS has adopted the practice of publishing decisions in favour of transparency and accountability. The Floyd Landis case demonstrates that media presence can be controlled in order to maintain the integrity of the arbitration process. As recent Canadian jurisprudence suggests, commercial arbitrators may soon face similar circumstances.

The procedures and policies discussed in this paper have been developed in a dynamic market that requires unique solutions to complex problems. Commercial arbitrators should consider the recent developments in sport when reviewing their own dispute resolution capabilities in order to provide quick, efficient services to their clients.

* Professor Richard H. McLaren, Western Law, London, Canada. This paper was initially inspired by a talk given by me at the IBA Arbitration Committee at its regional conference in Toronto on 30 May 2014 *"First Principles, Current Practice, Latest Trends"*. I would like to acknowledge the assistance with my thanks of Western Law researchers: Rahul Gandotra, Stefanie Sebanc, (Western Law Class of 2015) and Raymond MacKinnon (Western Law Class of 2016).

1 A 2011 PricewaterhouseCooper study projected 2015 global sports revenues of $145 billion. A 2011 ATKearney report valued the international sport market at $480-$620 billion, including "infrastructure construction, sporting goods, licensed products, and live sport events. See "Changing the Game: Outlook for the global sports market to 2015", (December 2011), PricewaterhouseCooper, online: <www.pwc.com/sportsoutlook> and Hervé Collignon, "The Sports Market", (May 2011), ATKearney, online: <http://www.atkearney.com/paper/-/asset_publisher/dVxv4Hz2h8bS/content/the-sports-market/10192>.

2 Institutions that perform such work include the Canadian Commercial Arbitration Centre (CCAC), Alternative Dispute Resolution Institute of Canada (ADR Canada), and the American Arbitration Association (AAA).

3 CAS 2011/O/2422 *United States Olympic Committee v International Olympic Committee* [*USOC v IOC*]; CAS 2011/A/2658 *British Olympic Association (BOA) v World Anti-Doping Agency (WADA)* [*BOA v WADA*].

4 *Statutes of the Bodies Working for Settlement of Sports-Related Disputes*, at R. 40.2 (entered into force 1 March 2013), online: <www.tas-cas.org> [*CAS* Code] indicates the procedures for the appointment of arbitrators in the absence of an agreement.

5 *USOC v IOC*, *supra* note 3.

6 In *BOA v WADA*, *supra* note 3, the BOA appealed a ruling of WADA to the CAS.

7 PGA Tour, "Anti-Doping Program Manual". Online: <http://www.drugfreesport.com/

Benefits of Membership with the Institute

Avantages aux membres de l'Institut

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

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

- Identification as a leader in ADR
- Learning and networking opportunities
- Competency and ethical standards
- Chartered designations (C.Med. and C.Arb.)
- Journal, handbooks, rules for 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 (Méd.A et Arb.A)
- Journal, manuels, règles d'administration de la PRD
- Conférences et événements régionaux et nationaux

rec/files/clientforms/2013Anti-DopingManual_1.pdf>.

8 The List is comprised of arbitrators eligible to hear the disputed matters. Eligibility is restricted to North American arbitrators whom are qualified under both the AAA as well as the CAS. The arbitrator selected by the Tour is the Chairman of the Panel by default. If the parties agree, a single arbitrator may also hear the matter.

9 To minimize any conflicts of interest or bias, the director of the laboratory from where the adverse finding was reported is excluded from selection to the arbitral panel. In all other cases, where an Adverse Analytical Finding is not at issue, any arbitrator noted in the List can be selected to complete the panel.

10 Closed list appointment processes are often criticized because panelists may still favour their appointee. The PGA Tour addresses this concern with disclosure requirements mandating arbitrators to note any current or past professional, social, or financial relations with the parties, counsel, or witnesses involved. Disclosure requirements are ongoing, and require updates should new matters arise during the dispute resolution process. This protocol provides confidence in the impartiality of the arbitrators selected, and in turn the decision itself.

11 C-519/04P, [2006] ECR at I-7006 [*Meca-Medina*]; *Meca-Medina and Majcen v Commission*, T-313/02. [2004] ECR at II-3294. See also Michael J Beloff, "The Canniness of the Long Distance Swimmers", Blackstone Chambers (newsletter), online: <*www.blackstonechambers.com/news/newsletters*>.

12 David Meca's sample indicated nandrolone concentrations of 9.7 ng/ml and Igor Majcen's sample contained a concentration of 3.9 ng/ml.

13 *Meca-Medina*, *supra* note 11.

14 *Meca-Medina*, *supra* note 11.

15 CAS 2009/A/1926 *International Tennis Federation v Richard Gasquet* and CAS 2009/A/1930 *World Anti-Doping Agency v International Tennis Federation & Richard Gasquet* [*Gasquet*].

16 Gasquet unofficially withdrew from the tournament on the Friday evening. Gasquet planned to withdraw officially on the Saturday morning. He attended a restaurant and nightclub on Friday night. Gasquet alleged he met a woman at the restaurant and subsequently kissed her at the nightclub. He alleged that she must have used cocaine, and that the trace amounts detected were transmitted through her saliva.

17 The parties' experts accepted that the lack of cocaine in Gasquet's hair established that he had not ingested cocaine in amounts over 10 mg during the four-month period before the test. See *Gasquet*, *supra* note 15 at 22. The experts also agreed that the A sample contained pure cocaine in addition to cocaine metabolites, and that the body excretes pure cocaine within 12 hours of ingestion. This fact, considered together with the agreement that the amount of cocaine ingested was of a trace amount, was crucial. The scientific facts corroborated Gasquet's testimony that he ingested cocaine through the saliva of a female companion. These findings meant that there was a doping infraction but there was no deliberate use and no intention to enhance performance. The first instance tribunal sanctioned the athlete with a time served (which was two and one half months) period of ineligibility.

18 *Gasquet*, *supra* note 15 at 26. See also *International Tennis Federation v Gasquet* (2009), unreported at para 95 and 97 (International Tennis Federation: Anti-Doping Tribunal).

19 See *Gasquet*, *supra* note 15 at 26. The CAS considered whether Gasquet could claim the defence of No Fault or Negligence, or No Significant Fault or Negligence. Although the ITF tribunal ruled Gasquet only met the lower threshold of No Significant Fault or Negligence, the CAS noted that the near improbability of such a method of transmission met the threshold for No Fault or Negligence. Despite this, the ITF ruling was upheld because Gasquet did not request a review of the ITF decision.

20 *USOC v IOC*, *supra* note 3.

21 The "Osaka Rule" was added to the *Olympic Charter* by the IOC at its meetings in Osaka, Japan on 7 July 2007. See *USOC v IOC*, *supra* note 3 at 2. See International Olympic Committee, *Olympic Charter*, online: <*http://www.olympic.org/Documents/olympic_charter_en.pdf*> [*Olympic Charter*].

22 *USOC v IOC*, *supra* note 3 at 6.

23 *Ibid* at 6.

24 *Ibid*. The USOC filed briefs from National Anti-Doping Organizations, Swiss Anti-Doping, Agence francaise du lutte contre le dopage (AFLD), Netherlands Olympic Committee, Valparaiso University Sports Law Clinic, Hungarian Olympic Committee, Spanish Professional Cyclist Association, and the Russian Biathlon Union. The IOC did not submit *amicus curiae* briefs, but did reference the CAS advisory opinion regarding the Osaka Rule. See TAS 2009/C/1824 IOC.

25 Article 7(1) provides for third-party joinder applications, but this provision envisages third-party applications where the third-party has interests in the outcome rather than participating as an independent advisor. See International Chamber of Commerce, *ICC Rules of Arbitration*, article 7(1), online: ICC <http://iccwbo.org>.

26 International Centre for Settlement of Investment Disputes, *ICSID Convention, Regulations and Rules*, Rule 37, online: ICSID <icsid.worldbank.org/IC. Rule 37 outlines the procedures to be followed regarding the submissions of non-disputing parties.

27 United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Arbitration Rules*, online: <*www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf*>.

28 For the most recent World Cup in Brazil, FIFA had International Counsel of Arbitration of Sport (ICAS) appoint 25 arbitrators, who had the same characteristics and qualification as Olympic arbitrators. Unlike the CAS AHD at the Olympic Games, the World Cup arbitrators were not on site, but rather available on an on-call basis.

29 Richard H McLaren, "Introducing the Court for Arbitration of Sport: The Ad Hoc Division at the Olympic Games" (2001) 12 *Marq Sports L Rev* 515.

30 Richard H McLaren, "The Court of Arbitration for Sport: An Independent Arena for the World's Sports Disputes" (2001) 35 *Val U L Rev* 379.

31 Richard H McLaren, *Innovative Dispute Resolution: The Alternative*, loose-leaf (consulted on 28 July 2014), 2nd ed (Toronto: Carswell, 2003), ch 5 at 115.

32 Article 1 of *The Court of Arbitration for Sport Arbitration Rules for the Olympic Games* states, "The resolution by arbitration of any disputes covered by Rule 61 of the *Olympic Charter*, insofar as they arise during the Olympic Games or during a period of 10 days preceding the Opening Ceremony of the Olympic Games." Article 1 also requires athletes have "exhausted all internal remedies available to him/her pursuant to the statutes or regulations of the sports body concerned, unless the time needed to exhaust the internal remedies would make the appeal to the CAS Ad Hoc Division ineffective. See *Sport Arbitration Rules for the Olympic Games*, Art 1, online: <*www.tas-cas.org*> [*the Rules*].

33 CAS arbitration N° CAS OG 12/05 *Jan Sterba v WADA*. The AHD's jurisdiction was challenged at the commencement of the 2012 London Olympics when Czech athlete Jan Sterba applied to the CAS for a confirmation of an appeal decision rendered by the International Canoe Federation Court of Arbitration. The CAS ruled that the applicant was not an aggrieved party and therefore had no legal standing before the CAS. As nothing barred the applicant's participation in the Olympic Games, the appeal was dismissed.

34 CAS arbitration N° CAS OG 12/02 *Joseph Ward v IOC*. That same year Irish boxer Joseph Ward applied to the AHD for relief against the selection decision of the International Boxing Association. Mr. Ward alleged the selection process was flawed and that corrupt officiating violated his personality rights. The AHD found Mr. Ward's appeal was not within the AHD's jurisdiction because the decision was not rendered 10 days prior to the commencement of the Olympic Games. Moreover, the applicant could not apply through the CAS Code under Article 1 because more than 21 days had passed since the receipt of the decision appealed against.

35 CAS 2009/A/1912 *Claudia Pechstein v International Skating Union*. In 2009 the International Skating Union ("the ISU") issued a 2-year competition ban to German speed skater Claudia Pechstein after the ISU discovered evidence of blood doping during the World Championships in Norway. This ban prevented Pechstein from participating in the 2010 Vancouver Olympic Games. Pechstein appealed the ISU decision to the CAS in 2009 but the court affirmed the ISU decision. Pechstein appealed to the Swiss Federal Supreme Court in 2010. The Swiss Supreme Court upheld CAS's independence from the IOC and dismissed the appeal, relying on Article 190(2) *Private International Law Act* ["*PILA*"], and Article 99(1) of the *Swiss Federal Tribunal Act*, which permitted hearings only where new evidence was submitted. Undeterred, Pechstein applied to the CAS AHD at the 2010 Olympic Games on the grounds that the German national federation and ISU's decision not to appoint Pechstein to the team was reviewable. The AHD rejected this argument under Article 1 of the *Rules* on the grounds that Pechstein's claim did not arise within the necessary time period to be under the jurisdiction of the AHD.

36 CBC Digital Archives, "Barcelona Olympics 1992: Montreal's golden girl" (August 6, 1992), online: CBC <*www.cbc.ca/arhcives/categories/sports/olypmics/50-years-of-olympic-broadcasting/barcelona-1992-montreal-golden-girl.html*>. Fréchette had no recourse to resolve a dispute that arose on the pool deck concerning a judge's inadvertent scoring error. It took her sixteen months using the courts to have the matter resolved in her favour.

37 The field-of-play rule doctrine is a principle adopted by the CAS and the AHD under which neither body will hear appeals related to determinations of officials made on the field. While the doctrine was developed to support the autonomy of on-field officials, it also has the effect of limiting the scope of matters heard by the CAS and the AHD. See Richard H McLaren, "CAS at the London Olympic Games" (2012), online: <*http://www.crdsc-sdrcc.ca/eng/documents/CASattheLondonOlympicGames-October2012.pdf*>. See also CAS 2010/A/2090 *Finnish Ski Association & Saarinen v FIS* at 11-12, 16 and CAS 2012/A/2731 *Brazilian Olympic Committee & Brazilian Taekwondo Confederation & Márcio Wenceslau Ferreira v World Taekwondo Federation & Comité Olímpico Mexicano & Federación Mexicana de Taekwondo & Damian Alejandro Villa Valdez*.

38 In the team event, German competitor Bettina Hoy crossed the start line twice, which caused the stadium clock to reset. The ground jury adhered to the computerized timing device and gave her a fourteen point time penalty. The German federation appealed the decision to the FEI Appeal Committee. The Committee found that the restarted clock constituted an injustice to the player and removed the penalties, which placed Germany in the lead position. The other NOCs, on behalf of their equestrian teams, appealed this decision to the AHD.

39 The appeal to the FEI was not a matter of rule interpretation, as the German NOC characterized it, but rather a matter of fact without basis for appeal. See Richard H McLaren, "The CAS Ad Hoc Division at the Olympic Games" (2004) 15 *Marq Sports L Rev* 175-179.

40 CAS arbitration N° CAS OG 98/004-005 *Czech Olympic Committee, Swedish Olympic Committee and S. / International Ice Hockey Federation*.

41 *Ibid* at para 29.

42 The national dispute resolution body for elite athletes in Canada.

43 Burke alleged the detected HCTZ was a result of drinking tap water at the site of the race. HCTZ is a banned substance because it can be used to manage weight or mask other prohibited substances. Medical evidence demonstrated that the amounts of HCTZ present would have been insufficient to mask other prohibitive substances and, as cycling has no weight class, would serve no function as a weight reducing agent.

44 CAS 2013/A/3370 *Union Cycliste International v Mr. Jack Burke & Canadian Cycling Association*.

45 *BAT Arbitration Rules* at Article 0.3, online: <*www.fiba.com*>, provides the recommended 'BAT clause' to be used as part of the standard player contracts so that BAT has jurisdiction over any contractual disputes. The clause states "*Any dispute arising from or related to the present contract shall be submitted to the Basketball Arbitral Tribunal (BAT) in Geneva, Switzerland and shall be resolved in accordance with the BAT Arbitration Rules by a single arbitrator appointed by the BAT President. The seat of the arbitration shall be Geneva, Switzerland. The arbitration shall be governed by Chapter 12 of the Swiss Act on Private International Law, irrespective of the parties' domicile. The language of the arbitration shall be English. The arbitrator shall decide the dispute ex*

aequo et bono".

46 United Nations Commission on International Trade Law, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the New York Convention*), online: UNCITRAL <http://www.uncitral.org>. Many European states do not permit arbitration of employment contracts. Placing the seat of BAT in Geneva, Switzerland circumvents this problem. Given the various national and domestic laws that may be involved, conflicts of laws are avoided because disputes are resolved on the basis of the "*ex aequo bono" principle*.

47 U.S. Anti-Doping Agency, *USADA Protocol for Olympic and Paralympic Movement Testing Protocol*, s. 15, online: U.S. Anti-Doping Agency <http://www.usada.org>. Under s. 15(3) of the USADA Protocol, where an accused athlete requests, upon approval by the arbitral panel, a first-instance hearing may be allowed to be conducted in a public setting.

48 Bonnie De Simone, "Is Landis' public self-defense really paying off?" *ESPN* (9 March, 2007), online: ESPN <http://www.sports.espn.go.com>.

49 Shaun Assael, "Landis wants the public in on his hearing" *ESPN* (16 August, 2006), online: ESPN <http://www.sports.espn.go.com>.

50 The manager was also responsible for resolving disputes concerning the media, and the panel would hear appeals only if necessary.

51 Media coverage was restricted to two television cameras and a still photographer. Footage was to be shared among broadcasters in order to limit the number of media personnel on site. Importantly, the media was restricted from questioning the parties or panelists.

52 Additional conditions noted by the panel included: a requirement that the entire hearing be recorded; a DVD covering daily proceedings be provided to the parties and the panel; each party and the panel be given an unrestricted license to use the footage; that the footage not be used for commercial purposes (ie. pay-per-view broadcasts); and that no compensation or payments be given to either party.

53 *Combined Air Mechanical Services Inc. v Flesch*, 2014 SCC 7 [*Combined Air*].

54 Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11.

55 In *Eldridge v British Columbia (Attorney General), [1997] 3 SCR 624 (SCC),* Justice Laforest held the two instances for public disclosure are (i) where the entity itself is "government" for the purposes of section 32 in which case all activities of the entity will be subject to the Charter, regardless of whether the activity in which it is engaged could, if performed by a non-governmental actor, correctly be described as "private", and (ii) where the particular activity done by the entity can be ascribed to government and if the act is truly "governmental" in nature the entity performing it will be subject to review under the Charter only in respect of that act, and not its other, private activities.

56 SO 1991, c 17.

57 *Adams v Canada*, 2011 ONSC 325 and *Rea International Inc. v Muntwlyer*, 2004 CanLII 31795 (Ont Div Ct).

58 *North Simcoe Hospital Alliance v Ontario Nurses' Assn* (2007), 165 LAC (4th) 60 at para 11.

59 *Association of Municipalities of Ontario* and *The City of Toronto* v *Stewardship Ontario* (2014), (Arbitrator: The Honourable Robert P. Armstrong, Q.C.). online: <www.blakesfiles.com/Bulletins/Blue-Box-Arbitration-Updated-Public-Private-Decision-March-2014.pdf>.

60 *Combined Air*, *supra* note 54.

61 *Ibid* at para 26.

L'arbitrage efficace :

des leçons de l'arbitrage sportif pour l'arbitrage commercial

*Richard H. McLaren, B.A.A., LL. B., LL. M., Arb.A**

Au moyen de services d'arbitrage, de médiation, de consultation et d'enquête, Innovative Dispute Resolution Ltd. offre des solutions efficaces, rapides et créatives pour régler les conflits de travail et les différends commerciaux et liés aux sports de ses clients au pays et à l'étranger.

Le sport international est un joueur important du commerce international.[1] Le sport international entretient des similitudes organisationnelles et structurelles remarquables avec le commerce international, notamment l'influence nationale et internationale dans laquelle interviennent de nombreuses parties et un grand volume de capitaux. Les arbitres en matière de sports ont élaboré des procédures de règlement des litiges uniques et dignes de l'attention des arbitres en matière commerciale. Le présent article traite de six pratiques mises au point par les instances d'arbitrage sportif et explore leur efficacité potentielle pour l'arbitrage commercial international. Bien que ces procédures aient été créées en réponse à des besoins précis du monde du sport, leur mise en œuvre à grande échelle illustre à quel point des solutions improvisées peuvent se transformer en pratique normalisée.

Les quatre premières sections du présent article mettent l'accent sur les techniques faisant appel aux parties à l'arbitrage. Elles étudient l'élaboration des pratiques de désignation des arbitres, la désignation en comité des experts, l'utilisation en comité de la preuve d'expert, ainsi que les des mémoires d'*amicus curiæ*. Les conventions d'arbitrage sportif ont mis au point des procédés uniques pour la sélection, par les parties en litige, du comité arbitral qui devra décider des enjeux. Ces techniques de présélection et d'autres procédés de composition du comité réduisent les craintes de partialité à l'égard des arbitres et suscitent le respect de parties en litige. Les entités d'arbitrage sportif doivent également résoudre des débats scientifiques complexes, particulièrement dans les affaires de dopage. Dans de tels cas, les informations d'experts désignés par le comité permettent une évaluation neutre des éléments de preuve et contribuent à rendre des décisions éclairées. Les arbitres en matière de sports profitent également d'observations de tierces parties dans les affaires de sélection des athlètes : les mémoires d'*amicus curiæ* présentés par de tierces parties neutres garantissent que le comité étudiera des enjeux et des répercussions qu'il aurait pu ignorer autrement.

Les deux dernières sections examinent les méthodes structurelles et procédurales de la tenue d'auditions dans des circonstances atténuantes. Le règlement rapide des litiges lors de grands évènements, comme la Coupe du Monde ou les Jeux olympiques, exige la présence sur les lieux d'entités décisionnelles dotées de la capacité procédurale de rendre des décisions rapides et exécutoires, sans compromettre l'organisation de l'évènement. La dernière section examine l'utilisation croissante des auditions publiques en matière d'arbitrage et décrit les stratégies de gestion des médias utilisées par les arbitres en matière de sports pour préserver l'intégrité des auditions. Dans ces cas, les arbitres en matière de sports ont mis l'accent sur le maintien de l'objectivité et de l'intégrité du mode de règlement des litiges, tout en répondant aux besoins d'un arbitrage public.

Les arbitres en matière commerciale devraient prendre note de l'évolution des procédures de désignation des arbitres, des experts désignés par le comité, les exposés de la preuve d'expert, les mémoires d'*amicus curiæ*, la prise de décision accélérée et les auditions publiques, car ces manières de faire constituent des réponses adaptables aux défis de l'arbitrage dans le monde du sport. Les arbitres en matière commerciale pourraient s'appuyer sur ces outils pour élaborer leurs propres pratiques.

1. Désignation des arbitres

Le sport international fait appel à des entités de règlement des litiges exclusifs, qui fonctionnent comme un peu comme les

instances d'arbitrage commercial international. Parmi quelques exemples, notons le Tribunal Arbitral du Sport (TAS) et le Basketball Arbitration Tribunal (BAT). Ces entités sont similaires aux instances commerciales que sont la Cour d'arbitrage international de Londres (CAIL), la Chambre de commerce internationale (CCI) et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Le TAS et d'autres entités, comme la PGA TOUR, ont élaboré des processus de désignation uniques qui répondent aux problèmes systémiques de l'arbitrage, notamment les litiges sur la composition des comités. Les instances d'arbitrage commercial international demandent généralement à chaque partie de choisir un arbitre, pour ensuite laisser les arbitres désignés par les parties ou un fournisseur de service international choisir le président du comité.[2]

Le TAS donne aux parties un plus grand contrôle sur la procédure de désignation, en leur faisant désigner les trois arbitres avant la survenance d'un litige.[3] Les règles du TAS permettent aux parties de choisir les procédures de désignation dès la création de la convention. Les règles prévoient en outre des procédures applicables au cas où la convention était silencieuse à propos de la sélection des arbitres.[4] La sélection préalable des membres du comité offre plusieurs avantages. Elle favorise l'arbitrage neutre des enjeux, en permettant qu'aient lieu des discussions ouvertes et franches entre les membres du comité, sans crainte d'exprimer un point de vue qui avantage la partie qui les a désignés. Enfin, comme le comité choisit son président parmi ses membres, la relation hiérarchique résultant de la désignation externe d'un président se trouve atténuée.

La décision *USOC v IOC*[5] de 2011 illustre bien comment une bonne planification élimine l'inefficacité du processus de sélection des membres du comité et favorise la résolution rapide des litiges. Dans cette affaire, la convention d'arbitrage entre les parties désignait les membres du comité avant la survenance d'un litige. Les trois arbitres, choisis conjointement, n'avaient aucune partialité envers une partie ou l'autre. Le comité avait choisi son président parmi ses membres. Le TAS a plus tard approuvé la composition du comité. L'efficacité procédurale et la neutralité du comité ont été formellement reconnues cette même année, lorsque deux parties différentes, dans un autre litige, ont choisi la même composition de comité.[6] Dans les deux cas, les parties ont évité les questions préliminaires concernant la composition du comité. Elles avaient confiance dans l'objectivité de l'évaluation des faits par les membres du comité.

La [traduction] Politique antidopage de la PGA TOUR prévoit un processus de sélection similaire à celui de l'arbitrage commercial international. Le processus maintient la participation des parties, tout en étant sensible aux besoins particuliers de chaque litige. Le paragraphe I(3) du [traduction] Manuel du programme antidopage de la PGA TOUR[7] (« le Manuel »), exige que les deux parties désignent conjointement les arbitres en cas de litige. La PGA TOUR choisit un arbitre parmi les candidats inscrits sur une liste prédéterminée (« la Liste »).[8] Le nom de l'arbitre choisi est transmis avec la Liste à l'autre partie, qui choisit le deuxième membre du comité. Les deux arbitres désignés en choisissent ensuite un troisième, en tenant compte de la nature du litige et des exigences du comité. Lorsqu'une expertise particulière est nécessaire, comme dans les recours concernant des résultats d'analyse anormaux, le Manuel exige que le troisième membre du comité soit le directeur d'un laboratoire agréé par l'AMA en Amérique du Nord.[9] Bien que ce processus ressemble à celui en cours pour l'arbitrage commercial, une distinction importante demeure : à des fins d'efficacité, la PGA TOUR utilise une liste fermée, tout en tenant compte des circonstances exigeant une expertise professionnelle.[10]

Les procédures de sélection des arbitres du TAS et de la PGA TOUR s'adaptent à la particularité des enjeux, tout en favorisant l'efficacité du processus d'arbitrage. Les pratiques de présélection ont fait leurs preuves. Elles garantissent la neutralité des arbitres, diminuent le nombre de conflits à l'étape de la sélection, et permettent une audition rapide des enjeux. Lorsque les membres du comité arbitral sont désignés après que soit survenu un litige, l'utilisation d'une liste fermée permet aux parties d'exercer un contrôle sur le choix des arbitres, tout en atténuant les préoccupations relatives à l'impartialité.

2. Experts désignés par le comité

Les cas de dopage sont uniques à l'arbitrage sportif. Ces cas exigent des preuves scientifiques fiables, issues de laboratoires agréés, dont les répercussions sur les litiges peuvent être profondes. Dans l'arrêt *David Meca-Medina et Igor Majcen contre Commission des Communautés européennes*[11], les nageurs David Meca et Igor Majcen contestaient un test de dopage positif ayant révélé dans leur organisme la présence de nandrolone, une substance interdite. La nandrolone est une substance qui peut se retrouver naturellement dans l'organisme. Pour cette raison, les règles du Comité International Olympique (CIO) et de la Fédération Internationale de Natation Amateur (FINA) permettent un seul de tolérance de deux nanogrammes de nandrolone par millilitre d'urine. À la Coupe du monde de natation de 1999, Meca et Majcen ont été testés positifs, avec des taux supérieurs au seuil autorisé.[12] Les athlètes ont déposé des éléments de preuve contestant la validité du seuil autorisé. Ils ont toutefois perdu devant le tribunal de la FINA, ainsi que devant le TAS, en appel. La FINA a imposé aux deux athlètes une suspension de quatre ans, confirmée par le TAS.[13] En 2000, les athlètes ont présenté de nouveaux éléments de preuve scientifique, à l'appui d'une théorie selon laquelle l'ingestion de certains aliments pouvait produire une concentration de nandrolone supérieure au seuil de 2 ng/ml. Après avoir évalué la nouvelle preuve scientifique, la FINA et les athlètes ont de nouveau fait appel au TAS, qui a réduit la suspension des athlètes à deux ans.[14] Dans ce cas, les éléments de preuve scientifique ont eu des répercussions considérables sur la décision du comité. Les comités arbitraux sont encouragés à désigner des experts indépendants pour fournir des preuves pouvant éclairer la décision du comité.

Le comité arbitral qui présidait au scandale de dopage de Floyd Landis a large-

Communiqué de presse

Publication des nouvelles règles canadiennes d'arbitrage

L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc. révise les principales règles canadiennes d'arbitrage.

Toronto, le 1er décembre 2014 : L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada (IAMC) a publié aujourd'hui la nouvelle version des principales règles d'arbitrage de l'industrie. De nos jours, de nombreux différends commerciaux ne se résolvent pas au tribunal, mais par l'entremise d'un arbitrage privé. Des arbitrages efficaces sont menés en vertu de règles qui établissent des procédures claires, modernes et fondées sur le bon sens. Les entreprises canadiennes ou autres se fient principalement aux règles d'arbitrage de l'IAMC en matière d'arbitrage, et ce, depuis leur publication, en 2002. Les nouvelles règles d'arbitrage de l'IAMC apportent d'importantes améliorations qui ne feront qu'accroître davantage leur popularité. Elles peuvent désormais être consultées dans les deux langues officielles sur le site Web de l'IAMC : *www.adrcanada.ca*.

« *Les règles d'arbitrage de l'IAMC sont le porte-étendard de notre organisation, et nous sommes fiers que les entreprises canadiennes les adoptent avec un tel enthousiasme* », a commenté Scott Siemens, le président de l'IAMC. « *Nous avons écouté attentivement les utilisateurs et avons travaillé sans relâche pour veiller à ce que les règles d'arbitrage de l'IAMC demeurent le choix évident pour les entreprises canadiennes. Ces nouvelles règles conservent le meilleur de l'ancienne version et y apportent plusieurs nouvelles améliorations. Des arbitres provisoires sont désormais disponibles dans le cadre de mesures de protection d'urgence. La production de document a été simplifiée et rationalisée. Les nouvelles règles prévoient l'utilisation de la technologie actuelle. Mais surtout, elles mettent l'accent sur l'autonomie des parties et le droit, pour les utilisateurs, de choisir la méthode de résolution de leur différend.* »

Avec ces nouvelles règles d'arbitrage, les parties ont toujours la possibilité de laisser l'IAMC administrer leur arbitrage pour elles. Dans un tel cas, l'IAMC soutient les parties en contribuant largement aux aspects logistiques que comporte un arbitrage. Par exemple, dans le cadre d'une instance administrée, les parties pourraient demander à l'IAMC de désigner ou de nommer un arbitre qualifié inscrit à son répertoire de professionnels expérimentés, et de surveiller l'arbitrage de bout en bout. Le coût de ce service est modique, et les parties conservent le contrôle de la procédure.

Monsieur Siemens a ajouté que, bien que les nouvelles règles d'arbitrage de l'IAMC soient spécialement conçues pour résoudre des différends commerciaux complexes, elles conviennent également à d'autres situations. « *Les nouvelles règles reconnaissent que de nombreux différends ne portent pas sur des millions de dollars ni ne font appel à des armées d'avocats. Les nouvelles règles sont entièrement rédigées dans un anglais simple, et privilégient la clarté plutôt que le jardon juridique. Pour une résolution rapide des différends, une procédure simplifiée est toujours offerte.* »

« *Il s'agit de la première révision majeure des règles de l'IAMC en six ans. Si vous avez déjà adopté les règles d'arbitrage de l'IAMC pour régler vos différends, leur nouvelle version vous aidera à les résoudre de façon encore plus équitable, rapide et rentable. Si vous ne les avez pas encore adoptées, il est désormais temps de le faire* », a-t-il ajouté.

Pour de plus amples renseignements :
Janet McKay
Directrice générale
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc.
Tél. : 416 487-4733 • 1 877 475-4353, poste 105
Courriel : *janetmckay@adrcanada.ca*

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

ment bénéficié de l'apport de l'expert qu'il avait désigné. Cet expert l'a aidé à interpréter des résultats d'analyse complexes, leur a fourni du soutien logistique, notamment sur la gestion des échantillons, le stockage et la récupération des données, en plus d'agir à titre d'intermédiaire entre les experts des parties. Le comité a eu recours à une preuve d'expert indépendant, puisque demander aux deux parties de procéder à des analyses séparées aurait été impraticable. La désignation a simplifié l'enquête, en faisant en sorte qu'un expert neutre réunisse les discussions relatives aux observations des experts des parties, et en fournissant au comité une évaluation indépendante des éléments de preuve. Il n'est pas toujours nécessaire de faire appel à un tiers; des comités arbitraux ont déjà réconcilié des éléments de preuve scientifique contradictoires en faisant appel à l'exposé de la preuve d'expert.

3. Intégration des exposés de la preuve d'expert aux auditions d'arbitrage

Le témoignage d'expert est un outil essentiel de l'arbitrage sportif, plus particulièrement dans les cas de dopage scientifiquement complexes. Le témoignage d'expert doit être géré avec prudence, étant donné son potentiel de créer de la confusion chez les membres du comité, lorsque les éléments de preuve sont mal présentés ou contradictoires, ou encore lors d'une présentation délibérément trompeuse d'éléments de preuve. Les arbitres en matière de sports recourent aux exposés de la preuve d'expert pour atténuer ces risques : l'expert de chaque partie passe en revue les éléments de preuve de l'autre partie, pour ensuite faire un exposé conjoint des faits et des éléments de preuve réunis pour le comité, tout en soulignant les points de désaccord.

Cette procédure a été particulièrement efficace dans l'enquête de la Fédération internationale de tennis (FIT) de 2009 sur la vedette du tennis Richard Gasquet.[15] Gasquet faisait face à une suspension de deux ans après qu'on eut détecté de la cocaïne dans un échantillon d'urine fourni au Miami Sony Ericsson Event de 2009. La FIT a établi un tribunal indépendant conformément à ses règles, et les parties ont déposé des preuves d'expert complètement contradictoires. Gasquet prétendait que la cocaïne lui avait été transférée lors d'un contact physique avec un tiers.[16] La FIT a rejeté la plausibilité de l'histoire de Gasquet et le tribunal s'est d'abord montré sceptique. Le tribunal a demandé un exposé de la preuve d'expert et, à la surprise de tous, les experts des deux parties ont informé le tribunal que les preuves scientifiques corroboraient les faits présentés en défense par Gasquet.[17] La présentation des rapports réunis a permis au comité de prendre une décision éclairée, grâce à des procédures efficaces et pragmatiques. Tout comme dans l'arrêt *Meca-Medina*, les preuves scientifiques ont été cruciales pour déterminer les sanctions appropriées.

En appel, le TAS a noté que [traduction] « [l]es membres du comité ne sont pas réticents à admettre qu'ils n'auraient pas cru à la possibilité d'un tel moyen de contamination, n'eût été les déclarations de ces experts. »[18] Le TAS a conclu que la preuve d'expert établissait que l'histoire de Gasquet était non seulement probable mais, surtout, que l'improbabilité perçue avait en fait contribué à la défense de Gasquet.[19] L'affaire Gasquet est un exemple saisissant de la façon dont l'écart entre des rapports écrits d'experts peut être réduit et, dans certains aspects, peut réellement donner lieu à un accord sur toute la ligne. Les exposés de la preuve d'expert aident grandement les décideurs à isoler les divergences d'opinions et à établir la démarche la plus sage. L'utilisation d'une telle technique dans l'arbitrage commercial doit être considérée, compte tenu du succès des arbitres en matière de sports.

4. Mémoires d'*amicus curiæ*

Les mémoires d'*amicus curiæ* ont été utilisés dans des litiges sportifs où les enjeux touchaient des parties intéressées qui n'étaient pas nécessairement au courant du litige. Les mémoires d'*amicus curiæ* permettent à des tiers intervenants de présenter des témoignages au comité arbitral. La décision *USOC v CIO*[20] du TAS en 2011 illustre bien la valeur des mémoires d'*amicus curiæ*. Au moment de la décision, le TAS n'avait pas de règles concernant la présentation de mémoires d'*amicus curiæ*. Dans ce contexte, l'acceptation par le TAS du mémoire indépendant de l'AMA représentait une nouvelle façon de faire, pour veiller à ce que les arbitres comprennent toutes les ramifications de leur décision. L'affaire concernait la validité de la règle du CIO connue sous le nom de « règle Osaka »[21], qui excluait les athlètes sanctionnés pour dopage de la compétition aux Jeux olympiques suivant immédiatement l'expiration de leur période d'inadmissibilité.

L'affaire a pris naissance avec une décision de l'AAA, dans laquelle le comité arbitral statuait que la règle Osaka ne devait pas s'appliquer au coureur du 400 mètres LeShawn Merritt. Le Comité olympique des États-Unis (USOC) s'est ainsi trouvé aux prises avec un dilemme. Si Merritt devait se qualifier pour les Jeux olympiques lors des essais américains, les règles de l'USOC exigeaient qu'il soit sélectionné dans l'équipe olympique des États-Unis. Cependant, la règle Osaka du CIO n'admettait pas Merritt aux Jeux olympiques. D'autre part, si elle refusait de sélectionner Merritt en raison de la règle d'Osaka, l'USOC se trouverait à violer la décision de l'AAA. L'intérêt pour l'issue de cette affaire était mondial, la règle Osaka touchant les athlètes et les Comités Nationaux Olympiques du monde entier.

L'USOC et le CIO reconnaissaient tous deux que la décision d'arbitrage de l'AAA entraînait de l'incertitude quant à l'application de la règle Osaka. Les deux parties ont convenu de conclure une convention d'arbitrage pour préciser leurs positions et reconnaitre le TAS en tant qu'arbitre. Les parties ont fourni une convention détaillée[22] sur la portée des questions soumises à l'arbitrage du TAS. La convention autorisait le dépôt de mémoires d'*amicus curiæ*, en plus des autres observations des parties. Elle exigeait également que les parties déposent des déclarations de témoins plutôt que d'exiger que le comité arbitral entende les témoins de vive voix.[23] Les parties ont eu deux occasions de déposer des observations : l'USOC a présenté une déclaration de demande, à laquelle le CIO a répondu; l'USOC a obtenu l'autorisation de répli-

quer à la réponse du CIO, et le CIO a été autorisé à déposer une deuxième réponse.

Dix mémoires ont été déposés devant le TAS. Leurs auteurs étaient des athlètes, des fédérations sportives internationales, des Comités Nationaux Olympiques et des laboratoires antidopages.[24] L'AMA a déposé un mémoire d'*amicus curiæ* indépendant. L'AMA ne favorisait aucune partie dans cette affaire, mais soulignait simplement les répercussions de la décision sur le Code de l'AMA et ses règles d'admissibilité. Dans l'ensemble, les mémoires d'*amicus curiæ* ont été extrêmement utiles pour mettre les enjeux en évidence. Les mémoires représentaient les différents points de vue des tiers intervenants. Ils ont aidé le comité arbitral à comprendre les répercussions de sa décision sur le monde du sport.

Les services d'arbitrage commercial international ne prévoient pas toujours de procédures pour le dépôt de mémoires d'*amicus curiæ*. Le Règlement d'arbitrage de la CCI ne comporte aucune disposition concernant le dépôt de mémoires d'*amicus curiæ*.[25] Le CIRDI exige que les deux parties soient consultées avant d'autoriser les présentations d'un tiers.[26] La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) n'a pas de procédure claire quant à l'utilisation de mémoires *d'amicus curiæ*, mais l'article 29[27] indique que des mémoires d'*amicus curiæ* non sollicités peuvent être acceptés. L'acceptation des mémoires d'*amicus curiæ* dans les procédures d'arbitrage normalisées du monde du sport illustre à quel point ces documents peuvent aider les arbitres à décider des enjeux qui leur sont soumis.

5. Processus décisionnel accéléré dans l'ensemble des entités d'arbitrage sportif

Les arbitres en matière de sports ont également réussi à trouver des solutions systémiques pour la règlementation de leurs institutions. Les grands évènements sportifs, comme les Jeux olympiques ou les Jeux du Commonwealth, présentent des défis uniques pour la résolution des litiges sportifs, car ils exigent des décisions justes, rapides et efficaces de la part des arbitres.[28] Rendre des décisions éclairées et justes en tenant compte des contraintes de temps et des répercussions sur la planification des évènements exige des connaissances spécialisées sur les évènements et les pratiques d'arbitrage de principe. Ces grands évènements sont des extravagances en continu, avec des modifications horaires et quotidiennes. Ils exigent des décisions rapides afin d'éviter les effets de vague, certains litiges ayant le potentiel de se transformer en tsunami. Ainsi, la prise de décision accélérée et précise est une caractéristique de la résolution des litiges sportifs récente.

Le CIO a répondu au besoin d'une autorité en matière de résolution des différends internationaux en 1983 par la création du TAS.[29] Le TAS offre des services d'arbitrage efficaces et des résolutions exécutoires pour toutes les instances sportives. La mise en place de la Chambre ad hoc du TAS pendant les Jeux olympiques du Centenaire d'Atlanta, en 1996[30], répondait au besoin de résoudre les litiges rapidement lors de tels évènements. Le TAS exige des décisions dans un délai de 24 heures.[31] Dans un environnement où le temps presse, comme aux Jeux olympiques, la Chambre ad hoc est un outil efficace pour les situations où on doit arriver à une résolution juste et efficace aux litiges, tout en évitant de perturber le déroulement des Jeux.

La Chambre ad hoc a une portée limitée, ce qui garantit l'accès à des compétences spécialisées et évite les conflits avec d'autres instances, en plus de l'empêcher d'être submergée par un déluge de demandes, ce qui ralentirait ses capacités décisionnelles. L'article premier du *Règlement d'arbitrage pour les Jeux Olympiques du Tribunal Arbitral du Sport* (« le *Règlement* ») stipule que la Chambre ad hoc n'a compétence que lorsque tous les autres recours légaux de l'athlète sont épuisés. La Chambre ad hoc n'a compétence que sur les litiges survenant dans les dix jours précédant la Cérémonie d'ouverture des Jeux et pendant les Jeux eux-mêmes.[32] La Chambre ad hoc a rejeté des cas où le plaignant n'était pas une partie lésée selon la définition du *Règlement*[33] et où la décision n'avait pas été rendue dans les délais requis.[34] L'article premier empêche également les justiciables zélés de faire appel à la Chambre ad hoc dans les cas de litiges prolongés.[35] La présence d'une Chambre ad hoc aurait probablement résolu l'erreur de jugement technique qui a privé la nageuse synchronisée canadienne Sylvie Fréchette de la médaille d'or aux Jeux olympiques de Barcelone en 1992.[36] Si la Chambre ad hoc avait été en place à l'époque, elle aurait réglé le litige dans les 24 heures et Fréchette aurait été reconnue pour son exploit.

La Chambre ad hoc n'entend pas les affaires concernant des décisions prises sur le terrain[37], mais elle peut renverser l'exercice de pouvoir abusif d'autres entités d'arbitrage concernant les décisions prises sur le terrain. Aux Jeux olympiques de 2004, les Comités Nationaux Olympiques (CNO) de Grande-Bretagne, de France et des États-Unis ont déposé un appel à la Chambre ad hoc. Les CNO ont fait appel après que l'équipe équestre allemande eut obtenu la médaille d'or à la suite d'une décision du Comité d'appel de la Fédération équestre internationale (FÉI).[38] La Chambre ad hoc a jugé que les règles de la FÉI ne contenaient aucune disposition permettant d'en appeler à la FÉI et a confirmé la décision rendue sur le terrain.[39] Une fois l'affaire réglée, l'Allemagne a été privée de la médaille d'or par la décision sur le terrain, pour ensuite recevoir la médaille de la FÉI en première instance, et en être enfin dépouillée en appel par le TAS.

La Chambre ad hoc n'est pas sans défauts. Depuis toujours, des requérants tentent d'utiliser la Chambre ad hoc pour obtenir un avantage stratégique. Lors des Jeux olympiques de 1998, l'équipe de hockey de la République tchèque a cherché à disqualifier les victoires antérieures de l'équipe suédoise lorsqu'il a été révélé qu'un joueur ayant la double citoyenneté était inadmissible à jouer dans l'équipe suédoise.[40] La disqualification de ces matchs aurait été avantageuse pour l'équipe tchèque. La Chambre ad hoc a jugé que les matchs ne seraient pas disqualifiés, et a constaté que l'équipe tchèque n'était pas qualifiée pour présenter une telle demande. Le tribunal a jugé que l'équipe tchèque, [traduction] « en réalité, souhait[ait] être traitée comme si elle avait

obtenu de meilleurs résultats lors des matchs de première ronde ».[41] La Chambre ad hoc a rendu une décision juste et réfléchie, en très peu de temps, et a évité des délais qui auraient eu des répercussions sur les athlètes, les organisateurs et l'évènement.

Le Centre de règlement des différends sportifs du Canada (CRDSC)[42] n'a pas de chambre spécialisée dans la résolution accélérée des litiges. Toutefois, le CRDSC permet des procédures accélérées lorsque des litiges exigent une résolution rapide et efficace. Dans l'affaire *Burke v Cyclisme Canada*, le demandeur, Jack Burke, faisait face à une suspension de deux ans après des résultats d'analyse anormaux indiquant la présence d'hydrochlorothiazide (HCTZ) dans ses échantillons d'urine.[43] Les parties ont convenu de tenir une audition accélérée et de rendre une décision provisoire, étant donné que le demandeur devait concourir en Italie au lendemain de la décision provisoire. La décision définitive n'a été rendue que deux semaines après la compétition du demandeur. L'Union Cycliste Internationale a fait appel de la décision devant le TAS, mais la décision du CRDSC a été confirmée.[44] La souplesse du CRDSC en matière de processus de décisionnels accélérés a facilité la résolution du litige en minimisant le préjudice pour les parties.

Le Basketball Arbitration Tribunal (BAT) utilise une approche différente pour la résolution rapide des litiges sportifs. Le BAT est un forum international d'arbitrage semblable au TAS, qui offre l'arbitrage des litiges financiers mettant en cause les joueurs professionnels de basketball, les entraîneurs, les agents et les clubs régis par la Fédération Internationale de Basketball (FIBA). Avant l'établissement du BAT, la structure de clubs de la FIBA faisait en sorte qu'il arrivait que des joueurs et des agents ne soient pas payés. La valeur des salaires en litige ne justifiait pas de recourir aux tribunaux pour les récupérer. Le BAT a été créé pour offrir des services d'arbitrage dans les cas de salaires impayés. Il donne des résultats efficaces et économiques, en prenant des décisions fondées seulement sur les observations écrites des parties. Les décisions concernant les salaires inférieurs à 30 000 € sont données sans motifs, et les auditions en personne sont extrêmement rares. Ces mesures garantissent un règlement rapide des litiges, à un coût minimal. Les instances d'arbitrage commercial qui cherchent à améliorer les procédures de traitement des dossiers pourraient étudier l'approche du BAT, qui consiste à ne motiver que les litiges concernant des montants supérieurs à un seuil donné.

Depuis sa création, le BAT est applaudi : il offre un forum qui veille à ce que les athlètes jouant pour un club de la FIBA soient payés conformément à leur contrat. Le BAT possède deux caractéristiques uniques pour faciliter la résolution des litiges et l'exécution des décisions. La compétence du BAT repose sur l'inclusion négociée de clauses du BAT dans les contrats des joueurs.[45] La FIBA tient son pouvoir de faire exécuter les décisions du BAT de sa capacité à règlementer ses clubs membres et de la *Convention de New York*.[46] La FIBA peut imposer des pénalités, y compris des amendes, pour le non-respect des décisions du BAT. Elle peut également suspendre la licence d'un club, requise pour la participation aux évènements associés à la FIBA.

La Chambre ad hoc du TAS, le CRDSC et le BAT favorisent tous des processus décisionnels accélérés pour traiter des problèmes particuliers. Avec le temps, ces pratiques sont devenues la pierre angulaire des procédures de règlement des litiges sportifs et témoignent des initiatives de pionniers des arbitres en matière de sports. Chaque instance a répondu à des besoins particuliers qui relevaient de sa compétence en élaborant des procédures efficaces et économiques pour offrir un accès simplifié à la justice à des athlètes qui, autrement, se retrouveraient aux prises avec de longs et coûteux recours aux tribunaux.

6. Arbitrage public et diffusion télévisuelle

La confidentialité est une valeur fondamentale de l'arbitrage commercial. C'est souvent la raison principale pour laquelle les parties choisissent l'arbitrage au lieu du recours aux tribunaux. Pendant de longues années, le même principe s'est appliqué dans le monde du sport. Cependant, le règlement d'arbitrage de la United States Anti-Doping Agency (USADA) donne la possibilité aux athlètes de demander une audition publique.[47] Floyd Landis a été le premier athlète des États-Unis à exercer son droit à l'arbitrage public.[48] Le tribunal de l'AAA a approuvé sa demande, malgré l'opposition de l'USADA. L'émergence de l'arbitrage public doit être soulignée. L'affaire Landis propose aux arbitres en matière commerciale certaines stratégies, possiblement applicables à leur domaine en cas de besoin.

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 Janet McKay, directrice générale, *janetmckay@adrcanada.ca* au 416-487-4733 ou au 1-877-475-4353, ou visitez notre site Web à l'adresse *www.adrcanada.ca/francais/services/outsourcing.cfm*

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

Des arbitres du cyclisme et des personnalités connues condamnaient Landis avant même l'instruction préliminaire.[49] Lors de son émission de fin de soirée, le très connu David Letterman avait diffusé un segment intitulé [traduction] « Les dix meilleures excuses de Floyd Landis ». Étant donné que l'image publique de Landis était déjà très malmenée par la critique, une audition publique représentait pour lui un très faible risque, et une occasion de renverser la vapeur. Landis affirmait avoir demandé une audition publique afin d'obtenir un procès et une décision équitables. Toutefois, les observateurs ont noté que les arbitres professionnels ne sont pas vraiment susceptibles de se laisser influencer par l'opinion publique, ayant un devoir d'évaluation neutre des enjeux. D'autres croient que les auditions publiques ont permis aux parties intéressées de suivre les procédures, et à Landis d'obtenir des opinions externes à propos de sa défense.

La présence des médias peut ajouter un élément nouveau et inconnu à la procédure d'arbitrage. Cet élément doit être géré sans nuire à la procédure d'arbitrage. Dans l'affaire Landis, le comité a élaboré des stratégies pour veiller à ce que la couverture médiatique ne compromette pas l'administration, l'équité fondamentale ni l'intégrité de la procédure. Le comité y est parvenu en embauchant un gestionnaire des médias et en appliquant des stratégies de gestion des médias basées sur les pratiques de la Cour d'appel de la Californie. Le gestionnaire des médias relevait du comité et était responsable de la mise en œuvre et du respect du protocole sur les médias du comité.[50] Le protocole veillait à ce que les médias ne submergent pas l'audition de façon telle que leur présence dérange le comité arbitral, les parties et les témoins.[51] Le comité s'était réservé le droit de révoquer les privilèges de diffusion au besoin.[52]

Le comité arbitral a maintenu l'objectivité de l'audition en interdisant aux parties de collaborer avec les médias par des commentaires destinés au public, tant que la décision ne serait pas rendue. Les parties n'avaient pas le droit de rendre publics les comptes-rendus, les transcriptions ou les ordonnances procédurales avant le début de l'arbitrage. En outre, tous les documents et toutes les présentations devaient rester confidentiels jusqu'à leur dépôt. Le comité s'était réservé le droit de maintenir la confidentialité après le dépôt, et les deux parties avaient été autorisées à identifier des pièces comme étant confidentielles. Ces stratégies ont été efficaces pour éviter que la couverture médiatique ne compromette l'audition.

Alors que certains organes directeurs comme le TAS ont opté pour la transparence en rendant leurs décisions publiques, les procédures commerciales privées demeurent confidentielles. Bien que les deux approches aient leur lot d'avantages et d'inconvénients, l'arbitrage commercial[53] aurait beaucoup à apprendre de la publicité de l'arbitrage qui a cours dans le monde du sport. L'arbitrage public permet aux personnes possiblement intéressées à l'enjeu d'assister aux auditions ou de lire les comptes-rendus des médias. Au Canada, si une partie à l'instance est une entité publique ou exerce des pouvoirs publics, le paragraphe 2(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*[54] peut s'appliquer et exiger un arbitrage public. La Cour suprême du Canada prévoit deux cas où la Charte peut s'appliquer à une entité privée.[55]

Subsidiairement, les arbitrages contractuels dans le cadre de la *Loi sur l'arbitrage*[56] sont présumés être privés, en particulier dans le cas d'un arbitrage commercial typique, sauf si les parties en ont convenu autrement. Cette position est appuyée par la jurisprudence[57] et est conforme à la politique sous-jacente au recours à l'arbitrage comme solution de rechange privée aux procédures judiciaires. Toutefois, cette présomption est réfutable. Les arbitres ont le pouvoir discrétionnaire de rendre l'audition publique après avoir examiné certains facteurs, à savoir : i) la nature du litige; ii) les répercussions d'une ordonnance d'exclusion de témoins; iii) l'incidence de la présence d'observateurs et de la presse sur les procédures; iv) l'existence d'un intérêt public légitime à l'égard des enjeux; et v) la mesure dans laquelle l'affaire est déjà de notoriété publique.[58] Dans un récent litige, l'arbitre a appliqué ces cinq critères, même si la *Charte* n'avait pas été invoquée. Cependant, le cœur de l'affaire concernait le financement d'un programme gouvernemental et ses conséquences pour les contribuables.[59]

Dans la décision récente *Combined Air*[60], la Cour suprême du Canada a procédé à l'analyse de la tendance culturelle du recours à l'arbitrage pour régler les litiges. Concernant la confidentialité de l'arbitrage contractuel, la Cour affirme :

> Dans certains milieux, l'arbitrage privé est de plus en plus considéré comme une solution de rechange à un processus judiciaire lent. Or, ce n'est pas la solution : en l'absence d'un forum public accessible pour faire trancher les litiges, la primauté du droit est compromise et l'évolution de la common law, freinée.[61]

Cet équilibre entre la transparence et l'évolution de la common law doit être soigneusement évalué par rapport aux avantages pratiques de l'arbitrage. Toutefois, les arbitres en matière commerciale doivent être conscients que la jurisprudence récente indique la possibilité que les auditions publiques deviennent de plus en plus fréquentes. Les techniques élaborées lors de l'audition Landis sont efficaces pour le maintien de l'intégrité du processus et offrent un point de départ pour les arbitres en matière commerciale dans l'élaboration de procédures adaptées à leurs besoins.

7. Conclusion

Les arbitres spécialisés dans le domaine du sport ont élaboré des solutions uniques à différents problèmes de la résolution des litiges sportifs. Le présent article a examiné six de ces développements, en évaluant la possibilité de leur application à l'arbitrage commercial. Les arbitres en matière de sports ont constaté que les procédures de désignation par les parties réduisent les perceptions de partialité et la probabilité de questions préalables concernant la composition des comités. Subsidiairement, l'utilisation de listes fermées permet aux deux parties de participer à la composition du comité arbitral, tout en permettant de s'adapter aux particularités des litiges.

Les observations de tiers aident les comités arbitraux tant dans les affaires scientifiquement complexes que dans la compréhension des répercussions de leurs décisions. La nomination d'experts par le comité arbitral évite des problèmes logistiques et facilite la présentation de la preuve d'expert au comité. De plus, des avis d'experts divergents peuvent être réunis sans recourir à un expert désigné par le comité, grâce au processus d'exposé de la preuve d'expert. L'utilisation des mémoires d'*amicus curiæ* donne accès aux arbitres à de l'information qu'ils n'obtiendraient pas autrement des parties au litige. L'utilisation de témoins experts désignés par le comité, les exposés de la preuve d'expert et les mémoires *d'amicus curiæ* ne sont pas des pratiques normalisées dans l'ensemble des instances de règlement des litiges commerciaux. Ces techniques offrent la possibilité d'améliorer à la fois les pratiques et la qualité des décisions de l'arbitrage commercial.

La Chambre ad hoc du TAS a fait ses preuves en tant que système d'arbitrage d'urgence, en rendant des décisions rapides et en évitant de perturber les évènements qu'elle soutient. La Chambre ad hoc et des entités similaires ont élaboré des règlements et des procédures pour simplifier le processus de règlement des litiges. Ces entités s'évitent d'être inondées de demandes, grâce à la limitation prudente des questions qui relèvent le leur compétence, ce qui veille à la rapidité des décisions. Le TAS a pris l'habitude de publier ses décisions à des fins de transparence et de responsabilisation. L'affaire Floyd Landis démontre que la présence des médias peut être contrôlée afin de maintenir l'intégrité du processus d'arbitrage. Comme la jurisprudence canadienne récente le suggère, les arbitres en matière commerciale pourraient bientôt se retrouver dans des circonstances similaires.

Les procédures et les politiques examinées dans le présent article ont été élaborées dans un marché dynamique qui exige qu'on apporte des solutions uniques à des problèmes complexes. S'ils souhaitent offrir des services rapides et efficaces à leurs clients, les arbitres en matière commerciale devraient tenir compte des développements récents du monde du sport lors de l'examen de leurs propres capacités de règlement des litiges.

---

* Richard H. McLaren, professeur, Western Law, London, Canada. Cet article tire ses origines d'une conférence que j'ai donnée au [traduction] Comité de l'arbitrage de l'Association internationale du barreau, lors de son congrès régional à Toronto, le 30 mai 2014, intitulée [traduction] : « *Principes de base, pratique actuelle, tendances récentes* ». Je tiens à remercier ces chercheurs de Western Law pour leur assistance : Rahul Gandotra, Stefanie Sebanc, (promotion 2015, Western Law) et Raymond MacKinnon (promotion 2016, Western Law).

1 Une étude de PricewaterhouseCoopers de 2011 prévoyait que les revenus du sport international en 2015 atteindraient 145 milliards de dollars. Un rapport d'ATKearney de 2011 évaluait le marché du sport international entre 480 et 620 milliards de dollars, en tenant compte de [traduction] « la construction d'infrastructures, les articles de sport, les produits sous licence et les évènements sportifs en direct. » Voir « Changing the Game: Outlook for the global sports market to 2015 », décembre 2011, PricewaterhouseCoopers, <*www.pwc.com/sportsoutlook*> et Hervé Collignon, « The Sports Market », mai 2011, ATKearney, <*http://www.atkearney.com/paper/-/asset_publisher/dVxv4Hz2h8bS/content/the-sports-market/10192*>. [en anglais seulement]

2 Parmi les institutions qui font ce genre de travail, on compte Le Centre canadien d'arbitrage commercial (CCAC), l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada (IAMC) et l'American Arbitration Association (AAA).

3 CAS 2011/O/2422 *United States Olympic Committee v International Olympic Committee* [*USOC v IOC*]; CAS 2011/A/2658 *British Olympic Association (BOA) v World Anti-Doping Agency (WADA)* [*BOA v WADA*]. [en anglais seulement]

4 Les *Statuts des organes concourant au règlement des litiges en matière de sport*, R40.2 (en vigueur le 1er mars 2013), <*www.tas-cas.org*> [le « *Code TAS* »], précisent les procédures de désignation des arbitres en l'absence d'une convention.

5 *USOC v IOC*, précitée, note 3.

6 Dans l'arrêt *BOA v AMA*, précité, note 3, la British Olympic Association (BOA) avait interjeté appel d'une décision de l'Agence mondiale antidopage devant le TAS.

7 PGA TOUR, « Anti-Doping Program Manual », <*http://www.drugfreesport.com/rec/files/clientforms/2013Anti-DopingManual_1.pdf*>. [en anglais seulement]

8 La Liste contient le nom des arbitres admissibles à décider des questions en litige. Seuls les arbitres de l'Amérique du Nord, qualifiés par l'AAA et le TAS, sont admissibles. Par défaut, l'arbitre choisi par la PGA TOUR est le président du comité. Si les parties sont d'accord, le litige peut également être entendu par un seul arbitre.

9 Pour minimiser les conflits d'intérêts ou le risque de partialité, le directeur du laboratoire d'où proviennent les résultats anormaux est exclu du comité arbitral. Dans tous les autres cas, où des résultats d'analyse anormaux ne sont pas en cause, tous les arbitres figurant dans la Liste peuvent être choisis pour former le comité.

10 Les processus de désignation avec liste fermée sont souvent critiqués, étant donné que les membres du comité peuvent quand même favoriser la partie qui les a désignés. La PGA TOUR résout ce problème au moyen d'exigences de divulgation, selon lesquelles les arbitres sont tenus de signaler toute relation professionnelle, sociale ou financière, actuelle ou passée, avec les parties, les avocats ou les témoins en cause. Les exigences de divulgation sont continues, et des mises à jour doivent être faites lorsque de nouvelles questions sont soulevées pendant le processus de règlement des litiges. Ce protocole permet de préserver la confiance dans l'impartialité des arbitres choisis, et, par extension, dans la décision elle-même.

11 C-519/04P, [2006] ECR, I-7006 [*Meca-Medina*]; *Meca-Medina et Majcen c Commission des Communautés européennes*, T-313/02. [2004] ECR, II-3294. Voir également Michael J. Beloff, « The Canniness of the Long Distance Swimmers », Blackstone Chambers (bulletin de nouvelles), <*www.blackstonechambers.com/news/newsletters*>. [en anglais seulement]

12 La concentration de nandrolone dans l'échantillon de David Meca était de 9,7 ng/ml et celle de l'échantillon d'Igor Majcen était de 3,9 ng/ml.

13 *Meca-Medina*, précité, note 11.

14 *Ibid.*

15 CAS 2009/A/1926 *International Tennis Federation v Richard Gasquet* et CAS 2009/A/1930 *World Anti-Doping Agency v International Tennis Federation & Richard Gasquet* [*Gasquet*]. [en anglais seulement]

16 Gasquet avait officieusement abandonné le tournoi le vendredi soir, mais il avait l'intention de l'abandonner officiellement le samedi matin. Le vendredi soir, il s'est rendu dans un restaurant et une discothèque. Il affirme avoir rencontré une femme au restaurant, et l'avoir embrassée à la discothèque. Il soutient que cette femme devait avoir consommé de la cocaïne, et que les petites quantités détectées lui avaient été transmises par salive.

17 Les experts des parties ont accepté le fait que l'absence de cocaïne dans les cheveux de Gasquet établissait qu'il n'avait pas ingéré la cocaïne dans une quantité supérieure à 10 mg au cours de la période de quatre mois précédant l'analyse. Voir *Gasquet*, précité, note 15, paragraphe 22. Les experts ont également convenu que l'échantillon A contenait de la cocaïne pure en plus de métabolites de cocaïne, et que le corps excrète la cocaïne pure dans les 12 heures suivant l'ingestion. Ce fait, mis en lumière en tenant compte que la quantité de cocaïne ingérée était infime, était crucial. La preuve scientifique a corroboré le témoignage de Gasquet, qui disait avoir ingéré de la cocaïne par l'entremise de la salive d'une compagne. Ces conclusions signifiaient que Gasquet avait commis une infraction de dopage, mais sans consommation délibérée ni intention d'améliorer sa performance. Le tribunal de première instance a imposé à l'athlète une suspension correspondant au temps d'inadmissibilité passé (soit deux mois et demi).

18 *Gasquet*, précité, note 15, paragraphe 26. Voir aussi *International Tennis Federation v Gasquet* (2009), non publié, paragraphes 95 et 97 (Fédération internationale du tennis : Tribunal antidopage).

19 Voir *Gasquet*, précité, note 15, paragraphe 26. Le TAS a vérifié si Gasquet pouvait présenter une défense d'absence de faute ou de négligence, ou d'absence de faute ou de négligence importante. Bien que le tribunal de la FIT ait jugé que Gasquet avait seulement a atteint le seuil inférieur de l'absence de faute ou de négligence importante, le TAS a noté que la quasi improbabilité d'une telle méthode de transmission lui permettait d'atteindre le seuil de l'absence de faute ou de négligence. Malgré cela, la décision de la FIT a été confirmée, Gasquet n'ayant pas demandé une révision de cette décision.

20 *USOC v IOC*, précité, note 3.

21 La « règle Osaka » avait été ajoutée à la *Charte olympique* par le CIO lors des réunions tenues à Osaka, au Japon, le 7 juillet 2007. Voir *USOC v IOC*, précité, note 3, paragraphe 2. Voir Comité international olympique, *Charte olympique*, <*http://www.olympic.org/Documents/olympic_charter_fr.pdf*> [« la *Charte olympique* »].

22 *USOC v IOC*, précité, note 3, paragraphe 6.

23 *Ibid.*

24 *Ibid*. L'USOC a déposé les mémoires des organisations nationales antidopages, d'Antidoping Suisse, de l'Agence française de lutte contre le dopage, du comité olympique des Pays-Bas, de la Sports Law Clinic de l'université de Valparaiso, du comité olympique de Hongrie, de l'Asociación de Ciclistas Profesionales d'Espagne et de l'association des biathlètes de Russie. Le CIO n'a pas présenté de mémoire d'*amicus curiæ*, mais il a fait un renvoi à l'avis écrit du TAS relatif à la règle Osaka. Voir TAS 2009/C/1824 CIO. [en anglais seulement]

25 Le paragraphe 7(1) traite des demandes d'intervention, mais il les envisage dans le cas où les tiers ont un intérêt dans l'issue du litige, plutôt que comme une participation à titre de conseiller indépendant. Voir Chambre de commerce internationale, *Règlement*

d'arbitrage, paragraphe 7(1), <http://iccwbo.org>.

26 Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *Convention et Règlements du CIRDI*, article 37, <http://icsid.worldbank.org/ICSID>. L'article 37 énonce les procédures à suivre en ce qui concerne les soumissions des parties non contestantes.

27 Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-F.pdf>.

28 Dans le cas de la récente Coupe du Monde au Brésil, la FIFA a fait désigner 25 arbitres par le Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport (CIAS). Ces arbitres possédaient les mêmes caractéristiques et les mêmes qualifications que les arbitres olympiques. Contrairement à la Chambre ad hoc du TAS pendant les Jeux olympiques, les arbitres de la Coupe du Monde n'étaient pas sur les lieux, mais plutôt disponibles sur appel.

29 Richard H. McLaren, « Introducing the Court for Arbitration of Sport: The Ad Hoc Division at the Olympic Games » (2001) 12 *Marq Sports L Rev* 515. [en anglais seulement]

30 Richard H. McLaren, « The Court of Arbitration for Sport: An Independent Arena for the World's Sports Disputes » (2001) 35 *Val U L Rev* 379. [en anglais seulement]

31 Richard H. McLaren, *Innovative Dispute Resolution: The Alternative*, feuilles mobiles (consulté le 28 juillet 2014), 2e éd. (Toronto: Carswell, 2003), chapitre 5, page 115. [en anglais seulement]

32 L'article premier du *Règlement d'arbitrage pour les Jeux Olympiques du Tribunal Arbitral du Sport* énonce : « la résolution par la voie de l'arbitrage des litiges couverts par la Règle 61 de la *Charte Olympique*, dans la mesure où ils surviennent pendant les Jeux olympiques ou pendant une période de dix jours précédant la Cérémonie d'ouverture des Jeux Olympiques. » L'article premier exige également que les athlètes aient « épuisé les voies de recours internes dont il dispose en vertu des statuts ou règlements de l'organisme sportif concerné, à moins que le temps nécessaire à l'épuisement des voies de recours internes ne rende inefficace un recours à la Chambre ad hoc du TAS. » Voir *Règlement d'arbitrage pour les Jeux Olympiques du Tribunal Arbitral du Sport*, article premier, <www.tas-cas.org> [« le *Règlement* »].

33 Arbitrage du TAS nº CAS OG 12/05 *Jan Sterba v WADA*. [en anglais seulement] La compétence de la Chambre ad hoc a été contestée au début des Jeux olympiques de Londres de 2012, lorsque l'athlète tchèque Jan Sterba a demandé au TAS une confirmation d'une décision d'appel rendue par le Tribunal d'arbitrage de la Fédération internationale de canoë. Le TAS a jugé que le requérant n'était pas une partie lésée et, par conséquent, qu'il n'avait aucun statut juridique devant le TAS. Comme rien n'empêchait la participation du requérant aux Jeux olympiques, l'appel a été rejeté.

34 Arbitrage du TAS nº CAS OG 12/02 *Joseph Ward v IOC*. [en anglais seulement] La même année, le boxeur irlandais Joseph Ward a demandé à la Chambre ad hoc de sursoir à la décision de sélection de l'Association internationale de boxe. Ward alléguait que le processus de sélection était vicié et qu'un arbitre corrompu avait violé ses droits de la personnalité. La Chambre ad hoc a conclu que l'appel de Ward ne relevait pas de sa compétence, puisque la décision n'avait pas été rendue dans les dix jours précédant le début des Jeux olympiques. En outre, le requérant ne pouvait pas invoquer la règle 1 du *Code TAS*, étant donné que plus de 21 jours s'étaient écoulés depuis la publication de la décision contestée.

35 CAS 2009/A/1912 *Claudia Pechstein v International Skating Union*. [en anglais seulement] En 2009, l'Union internationale de patinage a imposé une suspension de deux ans à la patineuse de vitesse allemande Claudia Pechstein, après avoir découvert des preuves de dopage sanguin pendant les Championnats du monde de Norvège. Cette suspension empêchait Pechstein de participer aux Jeux olympiques de 2010 de Vancouver. En 2009, Pechstein a fait appel au TAS de la décision de l'UIP, mais le Tribunal a confirmé la décision de l'UIP. Pechstein a interjeté appel devant le Tribunal fédéral suisse en 2010. Le Tribunal fédéral suisse a confirmé l'indépendance du TAS par rapport au CIO et a rejeté l'appel, en se fondant sur le paragraphe 190(2) de la *Loi fédérale sur le droit international privé* et le paragraphe 99(1) de la *Loi sur le Tribunal fédéral*, de Suisse, qui autorisent des recours seulement en présence de nouveaux éléments de preuve. Sans se décourager, Pechstein a fait appel à la Chambre ad hoc du TAS aux Jeux olympiques de 2010, au motif que la décision de la fédération nationale allemande et de l'UIP de ne pas la sélectionner dans l'équipe était susceptible de révision. La Chambre ad hoc a rejeté cet argument conformément à l'article premier du *Règlement*, la demande de Pechstein n'ayant pas été faite dans les délais prescrits pour relever de la compétence de la Chambre ad hoc.

36 Archives numériques de la CBC, « Barcelona Olympics 1992: Montreal's golden girl » (le 6 aout 1992), <www.cbc.ca/arhcives/categories/sports/olympics/50-years-of-olympic-broadcasting/barcelona-1992-montreal-golden-girl.html>. [en anglais seulement] Fréchette n'avait aucun recours pour régler le litige survenu au bord de la piscine en raison de l'erreur de pointage involontaire d'une juge. Il lui aura fallu seize mois devant les tribunaux avant que la question soit résolue en sa faveur.

37 La doctrine de la règle sur le terrain de jeu est un principe adopté par le TAS et la Chambre ad hoc, en vertu duquel ni l'un ni l'autre n'entendra d'appels concernant les décisions prises par des arbitres sur le terrain. Bien que cette doctrine ait été élaborée pour favoriser l'autonomie des arbitres sur le terrain, elle a aussi pour effet de limiter la portée des questions entendues par le TAS et la Chambre ad hoc. Voir Richard H. McLaren, « Le TAS aux Jeux olympiques de Londres » (2012), <http://www.crdsc-sdrcc.ca/fr/documents/LeTASauxJeuxolympiquesdeLondres-octobre2012.pdf>. Voir aussi CAS 2010/A/2090 *Finnish Ski Association & Saarinen v FIS*, 11-12, 16; et CAS 2012/A/2731 *Brazilian Olympic Committee & Brazilian Taekwondo Confederation & Márcio Wenceslau Ferreira v World Taekwondo Federation & Comité Olímpico Mexicano & Federación Mexicana de Taekwondo & Damian Alejandro Villa Valdez*. [en anglais seulement]

38 Dans l'épreuve par équipe, la concurrente allemande Bettina Hoy avait franchi la ligne de départ deux fois, ce qui avait provoqué la remise à zéro de l'horloge. Le jury sur le terrain s'est fié au dispositif de chronométrage informatisé et lui a donné une pénalité de temps de quatorze points. La fédération allemande a fait appel de cette décision devant la commission d'appel de la FÉI. La Commission a jugé que la remise à zéro de l'horloge constituait une injustice pour la concurrente et a supprimé la pénalité, ce qui a placé l'Allemagne en première position. Les autres CNO, au nom de leurs équipes équestres, ont fait appel de cette décision devant la Chambre ad hoc.

39 L'appel à la FÉI ne concernait pas une question d'interprétation du règlement, comme le faisait valoir le CNO allemand, mais bien une question de fait, sans fondement d'appel. Voir Richard H. McLaren, « The CAS Ad Hoc Division at the Olympic Games » (2004) 15 *Marq Sports L Rev* 175-179. [en anglais seulement]

40 Arbitrage du TAS nº CAS OG 98/004-005 *Czech Olympic Committee, Swedish Olympic Committee and S. / International Ice Hockey Federation*. [en anglais seulement]

41 *Id.*, paragraphe 29.

42 L'instance nationale de règlement des différends pour les athlètes d'élite au Canada.

43 Burke alléguait que le HCTZ détecté provenait de l'eau du robinet qu'il avait bue sur les lieux de la course. Le HCTZ est une substance interdite, car il peut être utilisé pour la gestion pondérale ou pour masquer d'autres substances interdites. Les éléments de preuve médicale ont démontré que les quantités de HCTZ détectées étaient insuffisantes pour masquer d'autres substances interdites et, étant donné qu'il n'y a pas de catégories de poids en cyclisme, le HCTZ ne serait d'aucune utilité comme produit amaigrissant.

44 CAS 2013/A/3370 *Union Cycliste Internationale v Mr. Jack Burke & Canadian Cycling Association*. [en anglais seulement]

45 L'article 0.3 des règles d'arbitrage du BAT, *BAT Arbitration Rules*, <www.fiba.com>, contient la « clause BAT » qu'on recommande d'inclure dans les contrats standards des joueurs, afin de donner compétence au BAT sur tous les litiges contractuels. La clause énonce : [traduction] *« Tout litige découlant du présent contrat ou en lien avec le présent contrat sera soumis au Basketball Arbitral Tribunal (BAT) à Genève, en Suisse, et doit être réglé conformément au Règlement d'arbitrage du BAT, par un seul arbitre, désigné par le président du BAT. L'arbitrage a lieu à Genève, en Suisse. L'arbitrage est régi par le Chapitre 12 de la Loi fédérale sur le droit international privé de Suisse, nonobstant le domicile des parties. La langue de l'arbitrage est l'anglais. L'arbitre tranche le litige ex aequo et bono »*.

46 Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York)*, <http://www.uncitral.org>. De nombreux États européens ne permettent pas l'arbitrage des contrats de travail. Le fait de faire siéger le BAT à Genève, en Suisse, contourne ce problème. Compte tenu des différentes législations nationales et internationales possiblement en cause, les questions de droit international privé sont évitées, les litiges étant réglés sur la base du principe *ex aequo bono*.

47 U.S. Anti-Doping Agency, *USADA Protocol for Olympic and Paralympic Movement Testing Protocol*, article 15, U.S. Anti-Doping Agency <http://www.usada.org>. [en anglais seulement] En vertu du paragraphe 15 (3) du Protocole de l'USADA, si un athlète accusé le demande, et sur approbation du comité arbitral, on peut autoriser une audition de première instance publique.

48 Bonnie De Simone, « Is Landis' public self-defense really paying off? » *ESPN* (9 mars 2007), <http://www.sports.espn.go.com>. [en anglais seulement]

49 Shaun Assael, « Landis wants the public in on his hearing » *ESPN* (16 aout 2006), <http://www.sports.espn.go.com>. [en anglais seulement]

50 Le gestionnaire était également responsable de la résolution des litiges concernant les médias, et le comité n'entendrait des appels que si nécessaire.

51 La couverture médiatique était limitée à deux caméras de télévision et un photographe. Les images devaient être partagées entre les diffuseurs afin de limiter le nombre de professionnels des médias sur les lieux. Surtout, les médias ne pouvaient questionner les parties ou les membres du comité arbitral.

52 Parmi les autres conditions imposées par le comité, notons celles-ci : l'audition devait être enregistrée dans son intégralité; un DVD d'enregistrement des procédures quotidiennes devait être remis aux parties et au comité; chaque partie et le comité avaient une licence illimitée d'utilisation des images; les images ne pouvaient être utilisées à des fins commerciales (c.-à-dire les services de diffusion à la carte); et les parties ne devaient recevoir aucune indemnité ou aucun paiement.

53 *Hryniak c Mauldin*, 2014 CSC 7 [*Combined Air*].

54 Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, chapitre 11.

55 Dans l'arrêt *Eldridge c Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 RCS 624 (CSC), le juge La Forest a énoncé deux cas permettant une diffusion publique : i) l'entité elle-même fait partie du « gouvernement » aux fins de l'article 32, auquel cas toutes ses activités sont assujetties à la *Charte*, indépendamment du fait que l'activité en cause pourrait être qualifiée de « privée » si elle était exercée par un acteur non gouvernemental; et (ii) si l'activité particulière exercée par l'entité peut être attribuée au gouvernement et la nature de l'activité est « gouvernementale », l'entité qui l'exerce sera assujettie à l'examen en vertu de la Charte, mais seulement à l'égard de cette activité, et non à l'égard de ses autres activités privées.

56 SO 1991, chapitre 17.

57 *Adams v Canada*, 2011 ONSC 325 et *Rea International Inc. v Muntwlyer*, 2004 CanLII 31795 (Ont Div Ct). [en anglais seulement]

58 *North Simcoe Hospital Alliance v Ontario Nurses' Assn* (2007), 165 LAC (4th) 60, paragraphe 11. [en anglais seulement]

59 *Association of Municipalities of Ontario* et *The City of Toronto v Stewardship Ontario* (2014), (arbitre : L'honorable Robert P. Armstrong, c.r.), <www.blakesfiles.com/Bulletins/Blue-Box-Arbitration-Updated-Public-Private-Decision-March-2014.pdf>. [en anglais seulement]

60 *Combined Air*, précité, note 54.

61 *Id.*, paragraphe 26.

Abstract

Parties choose expert determination when they want a quick and final answer to something—and don't want the delay and expense of arbitration or a challenge to the expert's determination. This article discusses (1) the risks of being required to arbitrate what should be an expert determination, and (2) the danger of arbitral or judicial or arbitral review of an expert's determination. It also suggests some ways to minimize these risks by using contractual terms that spell out the process the parties intend and the finality they expect.

Some Common Problems In Expert Determination

(And How To Avoid Them)

Michael Donaldson is a litigation partner at Burnet, Duckworth and Palmer LLP in Calgary. His practice focuses on major commercial disputes, including acting as counsel in domestic and international commercial arbitrations.

Paul Chiswell is a litigation associate at Burnet, Duckworth and Palmer LLP in Calgary. His practice focuses on major commercial disputes.

The authors are grateful to John Blois (Legal Writer Extraordinaire) and Paul Beke (Legal Brain Extraordinaire) for their helpful comments and suggestions.

Sir Robert Megarry once observed that "Justice in full takes time: but often it is time well spent."[1] But what if the parties to a contract don't have time to wait for justice in full? Sometimes contracting parties need a third party to determine something not supplied in the contract itself, and getting that answer quickly is more important than observing the typical due process protections of arbitration. How do the parties get a final and binding answer without the time and expense of arbitration or litigation?

Expert determination is one way to do that. In expert determination, the parties agree to appoint a subject-matter expert to answer a technical issue arising from the contract—for example, determining "fair market value", "prevailing market rates", or "minimum quantity of feedstock required to operate the Plant". As one court put it, "The key factor is that the third party makes a decision founded on personal expertise, rather than an assessment of evidence and argument presented by the parties."[2]

The result is a quick, private answer to a technical question—hopefully without the time and expense of a full arbitration hearing and any resulting appeals, or challenges to the award. Expert determination is arguably not a dispute resolution process at all, but a way for the parties to avoid a dispute altogether.[3]

This article discusses some common problems with expert determination and strategies to avoid them.

Clearly pick expert determination or arbitration

Expert determination and arbitration are fundamentally different processes. But what happens if the contract isn't clear on which procedure applies? The issue becomes even more complicated if the contract contains both a clause setting up an expert determination and a broad "all disputes" arbitration clause. For example, consider the following language in a contract that also contains a comprehensive arbitration clause:

> The Parties shall meet and shall make a good faith effort to agree on fair market value. If they are unable to agree, the Corporation's auditor shall determine fair market value.

In this situation, is the auditor supposed to make an expert determination, or arbitrate a dispute over share value? The answer matters, because if the contract calls for arbitration, then the non-waivable requirements of arbitration law must be observed—including an independent and impartial decision-maker,[4] fair and equal treatment, an opportunity for each party to present its case and respond to the other party's,[5] a hearing if a party requests it,[6] and a reasoned award.[7] Likewise, various arbitral appeal rights can automatically

ADRIC is grateful for the support of its Corporate Members:

L'IAMC apprécie le soutien que lui offrent ses Membres collectifs :

Alberta Energy Regulator

Alberta Environmental Appeals Board

BLG Borden Ladner Gervais

BD&P Burnet, Duckworth & Palmer LLP Law Firm

CCCA ACCJE Canadian Corporate Counsel Association Association canadienne des conseillers (ères) juridiques d'entreprises

THE CANADIAN BAR ASSOCIATION L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN INFLUENCE. LEADERSHIP. PROTECTION.

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

CANADIAN SPORT INSTITUTE INSTITUT CANADIEN DU SPORT PACIFIC/PACIFIQUE

COX & PALMER

DENTONS

gowlings

IBC BAC 1964 50 2014

Imperial

Ismaili Conciliation and Arbitration Board of Canada

THE RESOLUTION EXPERTS JAMS

NORTON ROSE FULBRIGHT

OSLER Osler, Hoskin & Harcourt LLP

ROGERS PARTNERS LLP

ROSE LLP

Shell Canada Limited

STEWART McKELVEY LAWYERS • AVOCATS

TransCanada

apply (depending on what the governing statute says).[8] But if the clause calls for expert determination, the expert can simply get to work and come up with the answer.

The above hypothetical example could be interpreted either way. If the parties meet to discuss value but don't agree, they could then have a dispute over value that they then submit to arbitration. But a court could just as easily conclude that the parties intended a final and binding expert determination by the company's auditor in order to avoid a valuation dispute. And many domestic arbitration statutes don't draw any distinction between expert determination and arbitration—or recognize the existence of expert determination at all. How do contracting parties make it clear that they want expert determination and not arbitration?

The case law says that the less the contractual process looks like arbitration, the more likely it is that the parties intended an expert determination.[9] So, for example, requiring one party to pay and appoint the decision-maker, allowing the decision-maker to decide for itself what information it will or won't consider, and allowing the decision-maker to freely consult peers for advice, all suggest expert determination and not arbitration.[10] On the other hand, if the process includes the trappings of arbitration—such as giving each party the right to make "submissions", or providing that the decision-maker is jointly appointed (failing which the court can appoint)—the courts are more likely to say the parties intended arbitration.

Because of the open-ended nature of these factors, the courts have made decisions that must have shocked the parties involved—and probably the experts they appointed. For example, the Court in one case decided that a chartered accountant's determination was an arbitration rather than an expert determination when an adjustment clause in a share sale agreement provided for the accountants to determine the adjustments payable after closing.[11]

Say you don't want arbitration—don't just say you want expert determination

Cases like this demonstrate that it is essential to be clear about whether the parties want expert determination or arbitration. Ambiguous language risks bogging the entire process down in litigation or arbitration over which process was intended—they very type of delay expert determination is meant to avoid. If the parties want expert determination—free from the burdens of due process and risk of judicial review—they should clearly say so. Some ways to do this include:

- Use words like "as an expert determination, and not an arbitration", or otherwise making it clear that the appointed party is appointed "as an expert and not an arbitrator".[12] While the labels used by the parties are not determinative, they are a good starting point. The court will engage in a standard interpretive exercise to find the parties' true intention, and the appointed third party's function is more important than its title.[13]
- Clearly show that the expert does not have to behave like an arbitrator or judge. How the appointed party gathers information and makes the decision is important (and is discussed in more detail below). The more trappings of a judicial proceeding a contract requires, the more likely a court is to find the parties intended an arbitration.
- Make one party responsible to choose the expert and pay its fees.[14] This is an important signal that the expert isn't an arbitrator, because impartiality is central to an arbitrator's function. An arbitrator cannot be, *nor perceived to be* a mandatory of one party.[15] In contrast, it is common in share valuations (for example) for the company to pay all of the expert's fees.[16]

Contract for the procedural fairness—and the speed of a decision—that you want

An expert determiner does not generally owe the same duties of procedural fairness or impartiality as a judge, arbitrator, or even an administrative tribunal. Parties choose expert determination to achieve finality, not formality. The parties' contract should reflect this intention.

Unless the contract expressly says so, both parties likely don't have a right to be involved in appointing the expert, presenting information or documents, or making submissions. There isn't even a right to a reasoned written decision. This can cause problems in Court, because Judges, who are used to a fully impartial system and due process guarantees, will have a natural inclination to overturn a result when a party can point to a "manifestly unfair process" from which it was excluded. But such arguments carry little weight when the complaining party expressly agreed to the very process it now claims was "unfair."

An expert-determination clause should contain express terms governing the level

ADRIC Arbitration and National Mediation Rules

Les Règles d'arbitrage de l'IAMC et les Règles nationales de médiation

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

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

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

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

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

of impartiality and procedural fairness the parties want and don't want. For example, can a valuator valuing a departing shareholder's shares interview company management to get details about the business (something a departing minority shareholder may not even know)? If it does, must it invite the departing shareholder to any interviews with management or give it the right to submit its own information? Some ways to limit the ability of an unhappy party to challenge a determination on due process grounds include the following:

- Make it clear that the expert is not required to hold any hearing.[17]
- Permit the expert to talk to or interview one party without the other.[18]
- Give the expert discretion to consult with none or any of the parties.
- Require the expert to make its determination on the basis of personal expertise, knowledge and skill, rather than an assessment of evidence and argument presented by the parties.[19]
- Permit the expert to independently seek out any private or public information it considers relevant,[20] and to seek out the opinion or advice of peers.[21]
- Agree that the expert isn't required to give reasons for its determination.[22]

Terms like these are incompatible with arbitration and its procedural safeguards and should prevent a challenge on due process grounds.

Limit the risk of a dissatisfied party challenging an expert determination

An expert determination should be "short, sharp and bulletproof in respect of challenge."[23] Without this, expert determination loses much of its value. The caselaw recognizes limited grounds for challenge. It is important that courts construe these narrowly, so expert determinations don't become bogged down by a fight over what should be a binding result.

Expert must carry out express mandate

Courts should only interfere with an expert determination if the contractual process was not followed—where the expert failed to abide by the terms of the contract and therefore failed materially to do what the parties appointed the expert to do.[24] For example, where the expert was supposed to value property A, but instead valued property B;[25] where the expert was supposed to use market value, but instead used book value; or the expert was supposed to employ another expert to value something, but instead did it himself.[26]

This test is often worded in various ways. For example, the expert decided the wrong issue, lacked jurisdiction to decide the issue, asked himself the wrong question, materially departed from instructions, or failed to follow a procedure expressed or implied in the contract.[27]

Sometimes courts say they can intervene if the expert made an error of law (which the court can equally determine) as opposed to one of fact or mixed fact and law (which are more a matter of judgment for the expert). But importing appellate standards of review is unhelpful in this context.[28] Courts are more likely to respect the parties' bargain if they ask themselves a more straightforward question: did the expert comply with the terms of the contract?[29] So, for example, the court can intervene if an accountant doing an expert determination fails to apply GAAP as the contract requires him to do, because the expert failed to follow his contractual mandate.[30]

Similarly, courts should be slow to imply procedural requirements the parties did not expressly bargain for. The presumption should be that if a party wanted some element of procedural fairness, it would have bargained for an express term to that effect.31 To guard against an inappropriately implied term, an expert determination clause should be clear about what the expert is and isn't required to do.

Expert can't engage in fraud, collusion or actual bias

Fraud, collusion, or actual bias are also recognized grounds for challenge.[32] These grounds are best explained as breaches of the express or implied terms of the parties' bargain (and therefore of the expert's contractual mandate).[33] A court will have no difficulty implying such a term[34] since no rational party would agree to a rigged process.

While fraud and collusion are never justified, the degree of impartiality required in settings that are neither judicial nor quasi-judicial remains flexible, and likely depends on the terms of each contract.[35] For example, it might be perfectly appropriate in some circumstances to hire an expert that has a longstanding relationship with one of the parties, such as one party's auditor.[36] (After all, the parties want a decision based on skill and knowledge, and someone with a longstanding connection to the parties or the subject matter of their agreement may be best placed to make the required determination.) And where one party is to appoint and pay the expert, the parties likely do not intend the high standard of impartiality of an arbitrator.

Yet it is possible that in certain limited circumstances, the parties might intend an expert to have the same high degree of impartiality as an arbitrator, for example where a contract requires the expert to receive submissions from both parties.[37] But even there, the governing standard isn't what a reviewing judge might think fair, but what the parties themselves bargained for.

Expert can't be biased

Because experts don't have to act quasi-judicially,[38] it makes sense that English Courts have required proof of actual bias (rather than a mere reasonable apprehension of bias) to disqualify an expert.[39] In contrast, the Alberta Court of Queen's Bench in *McPeak* held that the lower threshold of a reasonable apprehension of bias applies in at least some cases of expert determination.[40] But *McPeak* involved a statutory decision maker imposed on the parties (as opposed to a voluntary contractual arrangement), and the expert was required to receive the parties' submissions.[41] More recently, the B.C. Supreme Court held in *J.A. Brink Investments*—convincingly—that an expert's duty to be free of bias does not mean that a reasonable apprehension of bias test will always apply. Rather, a court must look at the procedures

Congratulations to the 2014 National and Regional Winners of the Lionel J. McGowan Awards of Excellence!

2014 Lionel J. McGowan Award of Excellence for National Service

This award is presented annually to an individual who has made an outstanding contribution to the development and success of the ADR Institute of Canada: its policies and programs and/or to the promotion of ADR on a national scale.*

James (Jim) Musgrave, Q.C., C.Med, Cox & Palmer and ADR Institute of Canada Past President (2012-2014)

Jim was awarded the McGowan Award to recognise "...his tireless work as President to advance the organization, the development of the Institute's structure, National-Regional relationships, national programs, the fact that he has never shrunk from tackling difficult tasks, and has demonstrated tremendous leadership."

Jim has set the Institute on a fine course with a Strategic Plan, a Presidents' Roundtable, new General By-Laws, new Arbitration Rules, new National Training programs, a new Manitoba affiliate, an improved relationship with our Quebec affiliate, more accountable committees, and so much more.

Congratulations and thank you, Jim!

Jim Musgrave, David McCutcheon

2014 Lionel J. McGowan Award of Excellence for Regional Service

This award is presented annually to an individual to recognise outstanding contributions to the development and success of an affiliate of ADR Institute of Canada or to the promotion and development of alternative dispute resolution within a region.*

Thierry Bériault, Claude Métras, David McCutcheon, Pierre Grenier

Claude Métras, C.Arb, C.Med, Raymond Chabot Grant Thornton

Since 1987, Claude has been closely associated with *l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec* (IMAQ) and served on its board from 1994 to 2013. He has contributed significantly to the development of IMAQ in numerous ways, such as by negotiating a partnership with the University of Sherbrooke to provide a high standard of training in mediation and arbitration.

Claude has also chaired IMAQ's accreditation committee since 2007 to ensure members are highly qualified, and contributed to the ADR Institute of Canada's Roster Selection and Appointment committee since 2010. In 2013, Claude was recognised by IMAQ as one of its great builders and we are pleased to further honour him with the McGowan Award.

Congratulations and thank you, Claude!

* Professional ADR teaching, simply hearing ADR cases, and/or other regular ADR practice activities do not qualify. Similarly, simply being on the Board of the ADR Institute of Canada or its affiliates does not qualify unless it included major contributions.

the parties agreed to in order to discern what test for bias the parties intended.[42]

Expert must follow applicable professional standards

Experts should also be careful to follow any applicable professional standards. And the parties should be clear about which professional standards apply, if any. For example, if the parties appoint a professional engineer, they likely did so because they wanted an expert who would adhere to the professional standards that go with the designation.[43] A failure to follow these standards gives a dissatisfied party an opening to argue that the expert failed to follow an implied term of the contract.[44]

Substantive error and unreasonableness not a ground for challenge: the majority view

A disappointed party often argues that the expert got it wrong or came up with an unreasonable answer. This review for substantive error probably poses the greatest threat to the usefulness of expert determination. How does it help the parties if they choose a supposedly quick and final expert determination to avoid litigation or arbitration, only to face litigation or arbitration over whether the expert was right—accompanied by a battle of experts on the very question at issue? If that can happen, the parties would be better off without the expert determination at all, and could just go straight to litigation or arbitration.

The leading view[45] (adopted in Canada by the Ontario Court of Appeal in *Ivaco*[46] and more recently followed by Newbould J. in *Saputo*[47]) is that expert determinations cannot be challenged on substantive grounds. If the expert stays within his mandate, the court will not intervene—no matter how wrong or unreasonable a party claims the expert to be.[48] A court will not substitute its opinion or that of another expert for the decision of the parties' chosen expert.[49]

So the expert's negligence, error in judgment, failure to consider a matter which he should have taken into account, a calculation error, or even an unreasonable result, are not grounds to set aside an expert's decision.[50] As one American appellate judge put it: "Such mistakes are neither unusual nor reprehensible; although sometimes they are as disconcerting to the legal mind as the discovery of a pebble in a piece of apple pie."[51]

Only a mistake by the expert that renders the determination non-compliant with the contract should attract judicial intervention. Justice McHugh (as he then was) of the Court of Appeal of New South Wales put it this way in *Legal & General Life:*

> In each case the critical question must always be: Was the valuation made in accordance with the terms of a contract? If it is, it is nothing to the point that the valuation may have proceeded on the basis of error or that it constitutes a gross over or under value. Nor is it relevant that the valuer has taken into consideration matters which should not have been taken into account or has failed to take into account matters which he should have taken into account. The question is not whether there is an error in the discretionary judgment of the valuer. It is whether the valuation complies with the terms of the contract.[52]

This view is now also the view of the Ontario Courts.[53] And it makes sense, given the purpose of expert determination. If the parties agree that Expert A will determine value, why should they instead have imposed on them the opinion of Expert B (or of a judge who receives Expert B's evidence) that Expert A got it wrong? If the parties wanted a battle of experts, they would have chosen litigation or arbitration, not expert determination.

In this way, an expert is somewhat like a referee in a sports game who "Calls 'em as he sees 'em"—right or wrong. Only lawyers would play a sport where the players could seek judicial review of a referee's calls. Most players just want a qualified referee to make the decision and to move on.

Review for unreasonableness: the special case of statutory appraisal

Arguably, the Alberta Courts have historically taken a different position: experts' substantive decisions are open to review on a "reasonableness" standard. This Alberta line of authority originates from the 1924 decision of the Alberta Supreme Court Appellate Division in *Rye Farms*,[54] a statutory insurance appraisal case involving an umpire. The umpire heard the submissions of the parties' appraisers, and subsequently dictated the award to the insured without the insurer being present. Justice Beck, with whom Hydman J.A. concurred, would have vitiated the award on the combined basis of the irregular procedure and because he thought the award was "excessive".[55] Justice Clarke was also persuaded by the "great difference between the amount awarded and previous estimates made by different persons."[56] Two of the five panel members did not comment on the substance of the decision.

While subsequent Alberta decisions have confirmed the court's ability to review the substance of an umpire's determination,[57] these decisions have recognized that statutory insurance umpires are administrative decision makers, and therefore their decisions are subject to substantive judicial review on administrative law grounds.[58] Given its context, this line of case doesn't justify substantive review of purely contractual expert determinations. Government decisions must not be unreasonable or arbitrary because of the rule of law and the presumption that legislatures do not give governments the power to act unreasonably. But private parties can be as unreasonable, short-sighted or foolish as they want, and are free to agree to be bound by a result that might seem unreasonable to an outsider. The above Australian, English and Ontario authorities correctly state the law and should be followed outside the statutory context.

Some decisions have also suggested that a contract calling for expert determination contains an implied term that the expert will act reasonably.[59] This suggestion

might appear to be initially attractive. (Who would knowingly contract for an unreasonable determination?) But implying this term would undercut the parties' freedom to contract. Parties have every right to trade-off perfect justice for a speedy result. In an expert determination, the parties have pre-selected the expert in one way or another. A party cannot agree to accept a third party's skill and judgment and then complain that he has bad skills or bad judgment.[60] Nor is it the place of a court to criticize the parties' choice of expert.

Nonetheless, the risk that a judge will intervene when faced with an "unreasonable" determination remains. How can you ensure that a court or arbitrator will respect the parties' intent and bargain that the expert's decision be binding even if "wrong" or "unreasonable"? Clearly provide in the contract that "The expert's determination will be final, binding, and not subject to any form of challenge, appeal or judicial review on any grounds including error or unreasonableness."[61]

Contractually bar an indirect challenge via suit against the expert

Another way for a dissatisfied party to challenge an expert's determination is to sue the expert in negligence. This indirect challenge is possible because experts (unlike arbitrators and judges) are not immune from suit.[62] And unfortunately for the party who retained the expert, experts' engagement letters often include indemnity provisions. So a party who appoints and pays the expert might find the expert's determination favourable, binding and not subject to review, only to be forced into indemnifying the expert for a judgment for negligence because the answer was "wrong".

An obvious solution is to refuse to give the expert an indemnity in the first place. But given the difficulty in finding a professional willing to act without an indemnity, we need a more realistic solution. The answer is to provide the expert with contractual immunity from suit—expressly say in the contract that the parties can't sue the expert. Such immunity should leave a limited right to sue for breaches of the expert's retainer (including not providing a decision within a reasonable time), or in cases of fraud or rigged processes,[63] (but given that the unsatisfied party can sue on the main contract for these items, there will be no need to sue the expert).

Because it is unclear whether an expert can be required to testify,[64] parties who want a final and binding determination should also contract not to call the expert as a witness in any proceedings, except for the limited exceptions of fraud or breach of retainer.

Don't overlap the jurisdiction of the expert and the arbitrator

Where both expert determination and arbitration clauses are included in the same contract, there should be no room for conflicting or overlapping jurisdiction.[65] Modern arbitration clauses are typically drafted broadly enough to permit arbitration notwithstanding the desired finality of an expert's decision[66] and there is also a risk that an arbitrator will be seen as a second-tier expert (who should decide the matter if one party is disappointed with the opinion of the first expert).[67] To avoid this, the expert determination clause must make it very clear that the expert's determination cannot be appealed or reviewed in an arbitration, and the arbitration clause should also specify that the arbitrator cannot review the expert's determination.

Conclusion—clear drafting can make expert determination a quick and predictable process

Most of the problems in expert determination come up not because it is an uncertain process, but rather because the contract doesn't clearly express the parties' intent. Ambiguous language risks serious delay and uncertainty, is likely to enrich some lawyers at the parties' expense, and will leave the parties frustrated and disappointed. But being clear on the essential points can give the parties exactly what they bargained for: speed, certainty, and a binding answer from a qualified third party of their choice.

1 Sir Robert Megarry, "Temptations of the Bench" (1978), 16 Alta. L. Rev. 406 at 411.
2 *Precision Drilling Corp. v. Matthews Equipment Ltd.*, 2000 ABQB 499, 267 A.R. 286 at para. 29 [***Precision Drilling***].
3 J. Kenneth McEwan & Lumilla B. Herbst, *Commercial Arbitration in Canada*, looseleaf (Toronto: Canada Law Book) at 1-19.
4 See e.g. *Arbitration Act*, R.S.A. 2000, c. A-43, s. 11(1).
5 See e.g. *ibid.* s. 19.
6 See e.g. *ibid.* s. 26(1).
7 See e.g. *ibid.* ss. 38, 40.
8 See e.g. *ibid.* ss. 44-45, 48.
9 *Zitter c. Sport Maska Inc.*, [1988] 1 S.C.R. 564, [1988] S.C.J. No. 19 [***Sport Maska*** cited to QuickLaw].
10 See *Precision Drilling*, *supra* at para. 24-26.
11 *Ibid.* (the clause read: "either of the parties will have the right to submit the matter to the Calgary office of Deloitte & Touche [or by agreement, another independent national accounting firm] to resolve the dispute within thirty (30 days) following its appointment" at para. 5).
12 John Kendall, Clive Freedman & James Farrell, *Expert Determination*, 4th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2008) at 114; see e.g. *Saputo Inc. v. Dare Holdings Ltd.*, 2012 ONSC 4981, 2012 CarswellOnt 10789 at para. 2 (S.C.J. Commercial List) [***Saputo***].
13 *Sport Maska*, *supra* at para. 95; *Precision Drilling*, *supra* at paras. 27, 34; *Cummings v. Solutia SDO Ltd.*, 49 B.L.R. (4th) 307, 2008 CarswellOnt 4922 at para. 32 [***Cummings no. 1***], aff'd 2009 ONCA 510, 59 B.L.R. (4th) 23.
14 *Ibid. Sport Maska*, at para. 123.
15 *Ibid.* at para. 98.
16 Kendall, *supra* at 121.
17 *Compare Sport Maska*, *supra* at para. 96; *Cummings no. 1*, *supra* at para. 37.
18 *Compare ibid. Sport Maska*; *ibid. Cummings no. 1.*
19 *Compare ibid. Sport Maska*, at para. 97.
20 *Cummings no. 1*, *supra* at para. 41.
21 *Ibid.* at para. 36.
22 *Compare Sport Maska*, *supra* at para. 96.
23 Hew R. Dundas, "A Retrograde Step in Expert Determination? *Halifax Life Ltd. v. Equitable Life Assurance Society*" (2007), 73 Arbitration 342 at 342. See also *Sport Maska*, at para. 121; Kendall, *supra* at 101-03.
24 *Saputo*, at paras. 6-7.
25 *Legal and General Life of Australia Ltd. v. A Hudson Pty Ltd.*, [1985] 1 N.S.W.L.R. 314 at 335 [***Legal and General Life***].
26 See *Jones v. Sherwood Computer Services Plc.*, [1992] 2 All E.R. 170 at 179 (C.A. Civ.) [***Jones***].
27 Kendall, *supra* at 242-43.
28 *Jones*, *supra* at 179; *ibid*. at 226-27.
29 *Legal & General Life*, *supra* at 336; *ibid.* Kendall, at 216-17.
30 *Saputo*, *supra* at para. 31.
31 See e.g. *Solutia SDO Ltd. v. Cummings*, 2008 CarswellOnt 5168 at paras. 42-43 [***Cummings no. 2***], aff'd 2009 ONCA 510, 59 B.L.R. (4th) 23.
32 *Macro v. Thompson* (1996), [1997] 2 B.C.L.C. 36 (Eng. Ch. Div.) at 65 [***Macro***]; Kendall, *supra* at 230-31.
33 *Legal and General Life*, *supra* at 335D-E.
34 *Ibid.* at 335D-E, 336C. See e.g. *Cummings no. 2*, *supra* at paras. 17, 46.

35 Michael McHugh, "Expert Determination" (2008) 74 Arbitration 148 at 156; Kendall, *supra* at 170.
36 *Ibid.* Kendall, at 134-35.
37 McHugh, *supra* at 156.
38 *Ibid.*
39 See e.g. *Macro*, *supra* at 65-66; *Cummings no. 2* at paras. 46-62 (arguably applied a test of actual bias).
40 *McPeak v. Herald Insurance Co.* (1991), 115 A.R. 83 (Q.B.).
41 On this basis, our view is that *McPeak* is more about judicial review of a statutory decision-maker than it is about expert determination.
42 *J.A. Brink Investments Ltd.* v. *BCR Properties Ltd.*, 2009 BCSC 1369, 2009 CarswellBC 2658 at para. 55.
43 For example, a contract requiring the valuator who has a Chartered Business Valuator designation will almost certainly require that the valuator apply the standards set by the Canadian Institute of Chartered Business Valuators.
44 See e.g. *Saputo*, *supra* at paras. 27-31 (although in that case it was an express term of the contract that the valuator "apply generally accepted accounting and valuation principles" at 2). But see *Legal & General Life*, *supra* ("[A] valuation which is the result of the mistaken application of the principles of valuation may still be made in accordance with the terms of the agreement" at 335-36).
45 *Ibid. Legal and General Life*, at 335E.
46 *Ivaco Inc. (Re)*, 2007 ONCA 746, 87 O.R. (3d) 561 [***Ivaco***].
47 *Saputo*, *supra*.
48 *Ivaco*, *supra* at para. 3.
49 *Jones*, *supra* at 180.
50 *Legal & General Life*, *supra* at 334-36.
51 *Piedmont Publishing Co. v. Rogers*, 14 Cal. Rptr. 133, 193 Cal. App. 2d 171 (1961) (Cal. Dist. C.A.).
52 *Legal & General Life* at 335-36 quoted with approval by Newbould J. in *Saputo*, *supra* at para. 4.
53 For example, Newbould J. in *Saputo*, at para. 4 (quoting McHugh J.A. in *Legal & General Life* with approval).
54 *Rye Farm Co. v. British Oak Insurance Co.*, [1924] 3 D.L.R. 706 (Alta. S.C.A.D.) [***Rye Farm***].
55 *Ibid.* at paras. 47-48 (Beck J.A.).
56 *Ibid.* at para. 55 (Clarke J.A.).
57 See *O'Brien v. Non-Marine Underwriters, Lloyd's London* (1991), 128 A.R. 165 at para. 20 (Q.B.); *Mourits Trucking Ltd. v. Sovereign General Insurance Co.*, 2012 ABQB 206 [***Mourits Trucking***].
58 *Peace Hills General Insurance Co. v. Doolaege*, 2005 ABQB 217; *ibid.*, *Mourits Trucking*.
59 See McHugh, *supra* at 159-160.
60 See *Jones*, *supra* at 178; *Legal & General Life*, *supra* at 335.
61 On the difference between "final" and "binding", see Kendall, *supra* at 117.
62 See e.g. *Sport Maska*, while a decision involving the law in Quebec, also discusses the common law in Canada and England on this topic, including the leading decisions of *Sutcliffe v. Thackrah*, [1947] 1 All E.R. 859 (H.L). and *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, [1975] 3 All E.R. 901 (H.L.).
63 See Kendall, *supra* at 156. See e.g. the English Court of Appeal in *Finnegan v. Allen*, [1943] 1 K.B. 425 (C.A.), which granted immunity to an accountant valuing certain shares in the absence of fraud or bad faith. See also the Quebec Court of Appeal in *Sport Maska*, *supra*, which found the accountant was acting as an arbitrator and would have granted the accountant in that case immunity "in the absence of fraud or bad faith."
64 See generally Kendall, *supra* at 246-47; *Jones*, *supra* at 177. For an example where an expert was examined, see *Saputo* at para. 35.
65 See e.g. *Cummings no. 1*, *supra* at para. 27.
66 Beverley M. McLachlin, Wilfred J. Wallace & Arthur Grant, *The Canadian Law of Architecture and Engineering*, 2d ed. (Markham: Butterworths, 1994) at 237;
67 *Beaufort Developments (N.I.) Ltd. v. Gilbert-Ash N.I. Ltd.* (1998), [1999] 1 A.C. 266, [1998] 2 All E.R. 778 at 273C-G, per Lord Hoffman (H.L. (Northern Ireland)).

Résumé

Le processus d'expertise permet aux parties qui le souhaitent d'obtenir une réponse rapide et définitive à une question, sans délai ni frais d'arbitrage, et sans contestation de la décision de l'expert. Le présent article analyse 1) les risques d'être contraint de soumettre à l'arbitrage des questions qui devraient faire l'objet d'un processus d'expertise; et 2) le risque que la décision d'un expert soit soumise à l'arbitrage ou au contrôle judiciaire. L'article offre en outre des moyens pour atténuer ces risques, par des clauses contractuelles qui précisent le processus visé par les parties et leurs attentes en matière d'irrévocabilité.

Quelques problèmes courants du processus d'expertise (et comment les éviter)

Michael Donaldson est partenaire du contentieux chez Burnet, Duckworth & Palmer S.E.N.C.R.L. à Calgary. Il axe sa pratique sur les grands litiges commerciaux, en agissant notamment à titre d'avocat dans des arbitrages commerciaux nationaux et internationaux.

Paul Chiswell est associé du contentieux chez Burnet, Duckworth & Palmer S.E.N.C.R.L. à Calgary. Il axe sa pratique sur les grands litiges commerciaux.

Les auteurs tiennent à remercier John Blois (rédacteur juridique de première classe) et Paul Beke (esprit juridique de première classe) pour leurs commentaires et leurs suggestions.

Sir Robert Megarry a dit un jour : [TRADUCTION] « Obtenir pleine justice prend du temps, mais c'est souvent du temps bien utilisé. »[1] Cela étant dit, que faire si les parties à un contrat n'ont pas le temps d'attendre l'obtention de la pleine justice? Parfois, les parties contractantes ont besoin d'un tiers pour trancher des questions qui ne sont pas prévues au contrat lui-même. Souvent, la rapidité de la réponse compte davantage que les garanties habituelles de procédure de l'arbitrage. Comment les parties peuvent-elles obtenir une réponse définitive et contraignante, tout en évitant les délais et les frais d'un arbitrage ou d'un recours aux tribunaux?

Le processus d'expertise est un moyen d'y arriver. Dans le processus d'expertise, les parties conviennent de nommer un expert pour répondre à une question technique découlant du contrat. Par exemple : établir la « juste valeur marchande », le « taux du marché » ou la « quantité minimale de matières premières nécessaires pour faire fonctionner l'usine ». Pour reprendre les mots de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta : « L'essentiel est que le tiers prenne une décision fondée sur son expertise personnelle, plutôt que sur une évaluation de la preuve et les observations des parties. »[2]

Le résultat : une réponse rapide et privée à une question technique, sans, espérons-le, les délais et les frais occasionnés par un arbitrage complet, les recours qui en découlent, ou des contestations de la décision. Sans doute, le processus d'expertise ne se veut en aucun cas un mode de règlement des conflits; il s'agit plutôt, justement, d'un moyen pour les parties d'éviter de tels conflits.[3]

Le présent article analyse les problèmes courants du processus d'expertise et présente des stratégies pour les éviter.

Choisir explicitement le processus d'expertise ou l'arbitrage

Le processus d'expertise et l'arbitrage sont deux processus fondamentalement différents. Cela étant dit, qu'advient-il si le contrat ne précise pas explicitement la procédure applicable? La question est encore

plus complexe si le contrat contient à la fois une clause établissant un processus d'expertise et une clause générale d'arbitrage pour « tous les conflits ». À titre d'exemple, voici le libellé d'un contrat qui contient aussi une clause d'arbitrage générale :

> Les Parties se réuniront et feront des efforts de bonne foi pour s'entendre sur la juste valeur marchande. Si elles n'arrivent pas à s'entendre, le vérificateur de la Société établira la juste valeur marchande.

Dans une telle situation, envisage-t-on que le vérificateur rende une décision d'expert, ou qu'il arbitre un conflit portant sur la valeur de l'action? La réponse à cette question est importante. En effet, si le contrat exige le recours à l'arbitrage, il sera alors impossible de se souscrire à certaines exigences du droit de l'arbitrage, notamment le caractère indépendant et impartial du décideur[4], un traitement juste et équitable, la possibilité pour chaque partie de présenter son cas et de répondre à l'autre partie[5], une audience à la demande de l'une des parties[6], et une décision motivée[7]. De même, des droits d'appel de l'arbitrage pourraient s'appliquer automatiquement (en fonction de la loi applicable)[8]. Au contraire, si la clause prévoit le processus d'expertise, il suffit que l'expert se mette au travail et donne une réponse.

L'exemple hypothétique ci-dessus pourrait être interprété dans un sens ou dans l'autre. Si les parties se rencontrent pour discuter de la valeur marchande, mais ne s'entendent pas, elles pourraient se trouver devant un conflit sur ladite valeur, conflit qu'elles soumettront ensuite à l'arbitrage. Toutefois, un tribunal pourrait tout aussi bien conclure que l'intention des parties était d'obtenir la décision définitive et contraignante d'un expert, soit le vérificateur de la société, afin d'éviter un conflit sur l'établissement de la valeur. Dans la même veine, de nombreuses lois nationales en matière d'arbitrage ne font pas de distinction entre le processus d'expertise et l'arbitrage, ou ne reconnaissent tout simplement pas le processus d'expertise. Comment les parties contractantes peuvent-elles clairement établir leur choix entre le processus d'expertise et l'arbitrage?

La jurisprudence affirme que moins le processus contractuel ressemble à l'arbitrage, plus il est probable que l'intention des parties était de recourir au processus d'expertise[9]. Par exemple, le fait d'exiger qu'une partie paye et nomme le décideur, de permettre au décideur de choisir lui-même les informations dont il tiendra compte, et de permettre au décideur de solliciter l'avis de ses pairs, suggère le choix du processus d'expertise, et non de l'arbitrage[10]. D'autre part, si le processus comporte les attributs d'un arbitrage, comme le droit de chaque partie de faire des « observations » ou la nomination conjointe du décideur (à défaut de quoi, le tribunal pouvant le nommer), les tribunaux seront plus susceptibles de conclure que les parties avaient l'intention de recourir à l'arbitrage.

En raison de la nature sans réserve de ces critères, certaines décisions rendues par les tribunaux ont probablement choqué les parties concernées, ainsi que les experts qu'elles avaient nommés. Par exemple, dans une affaire où la clause de rajustement de la vente des actions prévoyait que les comptables établissent le montant du rajustement à payer à la clôture, la Cour a décidé que la décision de l'expert-comptable constituait en fait un arbitrage, et non pas la décision d'un expert[11].

Il faut dire qu'on ne veut pas l'arbitrage — ne pas seulement dire qu'on veut le processus d'expertise

Des cas comme celui-ci illustrent à quel point il est essentiel d'être explicite dans le choix des parties entre le processus d'expertise ou l'arbitrage. Un libellé ambigu risque d'embourber le processus dans un recours aux tribunaux ou à l'arbitrage pour déterminer quel était le processus prévu, soit ces mêmes délais que le processus d'expertise est destiné à éviter. Si les parties veulent le processus d'expertise, exempt du fardeau inhérent à l'application régulière de la loi et du risque de contrôle judiciaire, elles doivent l'exprimer clairement. Voici quelques façons de le faire :

- choisir des mots comme « par un processus d'expertise, et non un arbitrage », ou d'autres mots explicitant que la partie nommée l'est « à titre d'expert, et non d'arbitre »[12]. Bien que les titres employés par les parties ne soient pas déterminants, ils constituent un bon point de départ. Le tribunal procède à une interprétation normative dans le but d'établir la réelle intention des parties, et la fonction du tiers nommé par les parties est plus importante que son titre[13];
- indiquer clairement que l'expert n'est pas tenu de se comporter comme un arbitre ou un juge. La façon dont la partie nommée collecte les informations et rend la décision est importante (comme nous le verrons plus en détail plus loin). Plus un contrat exige les attributs d'une procédure judiciaire, plus le tribunal sera porté à conclure que les parties avaient en tête un arbitrage;
- donner la responsabilité de nommer et de payer l'expert à une seule partie[14]. Il s'agit d'un signal important comme quoi l'expert n'est pas un arbitre, étant donné que l'impartialité est au cœur du rôle de l'arbitre. Un arbitre ne peut être, *ni donner l'apparence d'être* le mandataire de l'une des parties[15]. En revanche, il est courant qu'une société paie tous les frais de l'expert, par exemple pour l'établissement de la valeur des actions[16].

Rédiger les clauses d'équité procédurale (et de rapidité de règlement) voulues

L'expert décideur n'est généralement pas tenu aux mêmes exigences en matière d'équité procédurale ou d'impartialité qu'un juge, un arbitre, voire un tribunal administratif. Les parties choisissent le processus d'expertise à des fins d'irrévocabilité, et pas de formalité. Le contrat entre les parties devrait traduire cette intention.

Sauf si le contrat le prévoit expressément, les deux parties n'ont probablement pas le droit d'intervenir dans la nomination de l'expert, la présentation d'informations, de documents, ou d'observations. Elles n'ont même pas droit à une décision écrite et motivée. Cela peut causer des problèmes au tribunal. En effet, les juges sont habitués à un système complètement impartial

et à des garanties d'application régulière de la loi. Ils auront une tendance naturelle à infirmer une décision si une partie peut faire valoir l'existence d'un « processus manifestement injuste » duquel elle a été exclue. Cependant, ces arguments ont peu de poids lorsque la partie plaignante a explicitement accepté le processus même qu'elle qualifie aujourd'hui d'« injuste ».

Une clause de processus d'expertise doit contenir des dispositions formelles régissant le degré d'impartialité et d'équité procédurale voulu, et exclu, par les parties. Par exemple, un expert établissant la valeur des actions d'un actionnaire qui quitte la société peut-il s'entretenir avec des membres de la direction pour obtenir plus d'informations sur l'entreprise (à propos de choses possiblement inconnues d'un actionnaire minoritaire qui vend ses actions)? Le cas échéant, doit-il convier l'actionnaire visé aux entretiens avec la direction ou lui donner le droit de présenter ses propres informations? Voici quelques façons de limiter la capacité d'une partie insatisfaite de contester une décision au motif de l'application irrégulière de la loi :

- indiquer clairement que l'expert n'est pas obligé de tenir des audiences[17];
- permettre à l'expert de parler ou de s'entretenir avec une partie sans la présence de l'autre partie[18];
- donner à l'expert le pouvoir discrétionnaire de consulter une ou l'autre des parties, ou aucune;
- exiger de l'expert qu'il rende une décision fondée sur ses compétences, ses connaissances et ses habiletés personnelles, plutôt que sur l'évaluation de la preuve et les observations des parties[19];
- permettre à l'expert de collecter de manière indépendante toute information de nature privée ou publique qu'il juge pertinente[20], et de solliciter l'avis ou les conseils de ses pairs[21];
- convenir que l'expert n'est pas tenu de motiver sa décision[22].

Ces conditions, incompatibles avec l'arbitrage et ses garanties procédurales, devraient éviter une contestation au motif de l'application irrégulière de la loi.

Limiter le risque qu'une partie insatisfaite conteste la décision de l'expert

La décision de l'expert doit être « succincte, solide et blindée contre les contestations »[23]. Sans quoi, la valeur du processus d'expertise est considérablement diminuée. La jurisprudence reconnait des motifs de contestation limités du processus d'expertise. Il est important que les tribunaux interprètent ces motifs de manière stricte, de sorte que le processus d'expertise ne soit pas embourbé dans une lutte pour ce qui devrait être une décision contraignante.

L'expert doit recevoir un mandat explicite

Les tribunaux devraient intervenir dans le processus d'expertise seulement si le processus contractuel n'a pas été suivi, soit dans le cas où l'expert n'a pas respecté les conditions du contrat et a donc commis un manquement grave dans l'exécution des tâches pour lesquelles les parties l'ont nommé[24]. Par exemple, si un expert devait évaluer les biens A, mais qu'il a évalué les biens B[25]; si l'expert devait utiliser la valeur marchande, mais qu'il a plutôt utilisé la valeur comptable; ou si l'expert devait embaucher un autre expert pour évaluer quelque chose, mais qu'il a fait l'évaluation lui-même[26].

Ce test est souvent formulé de diverses manières. Par exemple, l'expert a tranché la mauvaise question, il n'avait pas compétence pour trancher la question, il s'est posé la mauvaise question, il s'est considérablement éloigné des directives, ou il n'a pas suivi une procédure expresse ou implicite au contrat[27].

Parfois, les tribunaux affirment pouvoir intervenir si l'expert a commis une erreur de droit (qui peut également être déterminée par le tribunal) plutôt qu'une erreur de fait ou une erreur mixte de fait et de droit (qui relèvent davantage du jugement de l'expert). Cependant, l'importation des normes de contrôle utilisées en appel est inutile dans ce contexte[28]. Les tribunaux sont plus enclins à respecter l'entente entre les parties lorsqu'ils se posent une question plus simple : l'expert a-t-il respecté les modalités du contrat? [29] Par exemple, le tribunal peut intervenir dans un processus d'expertise si un comptable n'applique pas les principes comptables généralement reconnus comme le contrat l'y oblige, étant donné que l'expert n'a pas respecté son mandat contractuel[30].

Dans la même veine, les tribunaux devraient hésiter à appliquer des critères procéduraux que les parties n'ont pas expressément prévus. On devrait présumer que si une partie désirait un élément d'équité procédurale, elle aurait négocié pour en faire une clause explicite[31]. Pour se prémunir contre des clauses implicites inappropriées, une clause de processus d'expertise devrait clairement préciser ce que l'expert doit faire et ne pas faire.

L'expert ne doit pas commettre de fraude, faire partie d'une collusion ou avoir un parti pris réel

La fraude, la collusion ou la partialité réelle sont également reconnues comme motifs de contestation[32]. En d'autres mots, il s'agit de violations des conditions explicites ou implicites de l'entente entre les parties (et, donc, du mandat contractuel de l'expert)[33]. Un tribunal n'aura aucune difficulté à appliquer une telle condition[34], étant donné qu'aucune partie ne pourrait être raisonnablement d'accord avec un tel processus illégitime.

Alors que la fraude et la collusion ne sont jamais justifiées, le degré d'impartialité requis dans un milieu qui n'est ni judiciaire ni quasi judiciaire est plus souple et dépend généralement des conditions de chaque contrat[35]. Par exemple, dans certaines circonstances, il pourrait être tout à fait approprié d'embaucher un expert qui entretient une relation de longue date avec l'une des parties, comme le vérificateur de l'une des parties[36]. (Après tout, les parties veulent une décision fondée sur les compétences et les connaissances, et une personne qui est en relation avec les parties ou l'objet de leur entente depuis longtemps est peut-être la mieux placée pour prendre la décision requise.) De plus, si une partie doit nommer et payer l'expert, il est probable que les parties ne recherchent pas le

haut degré d'impartialité d'un arbitre.

Pourtant, dans certaines circonstances limitées, il est possible que les parties souhaitent qu'un expert ait le degré élevé d'impartialité d'un arbitre. Ce sera le cas, par exemple, dans un contrat qui exige que l'expert reçoive les observations des deux parties[37]. Mais là encore, la norme applicable n'est pas une norme qui sera considérée comme étant juste par le juge qui procède à l'examen, mais bien la norme que les parties auront elles-mêmes négociée.

L'expert ne peut pas être partial

Étant donné que les experts ne sont pas tenus d'agir de façon quasi judiciaire[38], il est logique que les tribunaux anglais aient exigé une preuve de partialité réelle (plutôt que la seule crainte raisonnable de partialité) pour disqualifier un expert[39]. En revanche, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, dans l'affaire *McPeak*, a conclu que le seuil inférieur de la crainte raisonnable de partialité s'applique dans certains cas du processus d'expertise[40]. Cependant, l'affaire *McPeak* concertait l'imposition par la loi d'un décideur (par opposition à une entente contractuelle volontaire), ainsi que l'obligation pour l'expert de recevoir les observations des parties[41]. Plus récemment, dans l'affaire *JA Brink Investissements*, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a jugé, de manière convaincante, que le devoir d'impartialité d'un expert n'entraîne pas toujours l'application du test de la crainte raisonnable de partialité. Au contraire, le tribunal doit examiner les procédures acceptées par les parties pour en déduire le critère de partialité prévu par elles[42].

L'expert doit respecter les normes professionnelles applicables

Les experts doivent prendre soin de suivre les normes professionnelles applicables et, le cas échéant, les parties doivent préciser quelles sont les normes professionnelles applicables. Par exemple, si les parties ont nommé un ingénieur, il est probable qu'elles désirent un expert qui adhère aux normes professionnelles des ingénieurs[43]. Le non-respect de ces normes ouvre la porte à la contestation par une partie insatisfaite, qui fera valoir que l'expert n'a pas respecté une clause implicite du contrat[44].

L'erreur de fond et le caractère déraisonnable ne sont pas des motifs de contestation : le point de vue de la majorité

Les parties insatisfaites affirment souvent que l'expert s'est trompé ou qu'il a pris une décision déraisonnable. Ce contrôle au motif d'une erreur de fond représente probablement la plus grande menace à l'utilité du processus d'expertise. Quel est l'avantage pour les parties de choisir un processus d'expertise rapide et définitif pour d'éviter le recours aux tribunaux ou l'arbitrage, si elles finissent par se retrouver devant les tribunaux ou un arbitre pour décider si l'expert avait raison, avec en sus une bataille d'experts sur l'objet de l'expertise? Si une telle chose est possible, les parties feraient mieux de passer outre le processus d'expertise et de recourir directement aux tribunaux ou à l'arbitrage.

La vision dominante[45] (adoptée au Canada par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Ivaco*[46] et, plus récemment, suivie par le juge Newbould dans l'affaire *Saputo*[47]) veut que les décisions des experts ne puissent être contestées sur le fond. Si l'expert respecte le cadre de son mandat, le tribunal n'interviendra pas, même si une partie invoque le caractère erroné ou déraisonnable de sa décision[48]. Un tribunal ne substituera pas son opinion ou celle d'un autre expert à la décision de l'expert choisi par les parties[49].

Ainsi, la négligence, une erreur de jugement, l'omission de tenir compte d'une question dont il aurait dû tenir compte, une erreur de calcul, ou même un résultat déraisonnable, ne sont pas des motifs d'annulation de la décision de l'expert[50]. Comme l'a un jour dit un juge d'appel des États-Unis : [TRADUCTION] « Ces erreurs ne sont ni inhabituelles ni répréhensibles; même si elles sont parfois aussi déconcertantes pour l'esprit juridique que la découverte d'un caillou dans un morceau de tarte aux pommes. »[51]

Seule une erreur de l'expert faisant entraînant la non-conformité de la décision au contrat devrait donner lieu à une intervention judiciaire. Le juge McHugh (tel était alors son titre) de la Cour d'appel de New South Wales l'affirme dans l'affaire *Legal and General Life* :

> [TRADUCTION] Dans tous les cas, la question essentielle à se poser est la suivante : L'évaluation d'entreprise a-t-elle été faite en conformité avec les conditions d'un contrat? Si c'est le cas, il ne sert à rien de dire que l'évaluation d'entreprise est peut-être fondée sur une erreur ou qu'elle constitue une surévaluation ou une sous-évaluation grossière. Il n'est pas plus pertinent de savoir si l'expert a tenu compte de questions dont il n'aurait pas dû tenir compte, ni s'il a omis de tenir compte de questions dont il aurait dû tenir compte. La question ne consiste pas à savoir s'il y a une erreur dans le jugement discrétionnaire de l'expert. La question consiste à savoir si l'évaluation est conforme aux conditions du contrat[52].

Les tribunaux de l'Ontario ont adopté ce point de vue[53], ce qui est tout à fait logique compte tenu des objectifs du processus d'expertise. Si les parties conviennent que l'expert A doit décider d'une valeur, pourquoi devrait-on leur imposer l'opinion de l'expert B (ou d'un juge qui reçoit les éléments de preuve de l'expert B), qui est d'avis que l'expert A s'est trompé? Si les parties voulaient une bataille d'experts, elles auraient choisi le recours aux tribunaux ou l'arbitrage, et pas le processus d'expertise.

Ainsi, l'expert est un peu comme l'arbitre de sport, qui décide d'après ce qu'il voit, à tort ou à raison. Il n'y a que des avocats pour participer à un sport dans lequel les joueurs peuvent demander le contrôle judiciaire des décisions d'un arbitre! La plupart des joueurs veulent seulement qu'un arbitre qualifié décide et que la partie continue.

Contrôle judiciaire d'une décision déraisonnable : le cas particulier de l'évaluation légale

Cela étant dit, les tribunaux de l'Alberta

Les possibilités de commandites pour IAMC 2015 :

Conférence nationale annuelle de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada

Calgary, Alberta, Canada les 29 et 30 octobre 2015

La conférence de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada a pris beaucoup d'ampleur au fil des années, et nous sommes ravis de compter sur le soutien de nombreuses firmes et organisations généreuses! Voici quelques-uns des commanditaires qui nous offrent un soutien annuel :

- Bennett Jones
- Blake, Cassels & Graydon LLP
- Borden Ladner Gervais LLP
- Burnet, Duckworth & Palmer LLP
- Cox & Palmer
- Dentons
- FTI Consulting
- Bureau d'assurance du Canada
- Association internationale des animateurs
- JAMS ADR Services ULC
- Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes LLP
- Marsh Canada Limited Consumer Practice
- McCartneyADR Inc.
- Norton Rose Fulbright Canada LLP
- Osler, Hoskin & Harcourt s.e.n.c.r.l.
- William G. Horton Professional Corporation

Que vous désiriez devenir un commanditaire annuel ou simplement tirer avantage du temps que vous passerez à Calgary, c'est le temps pour vous d'agir!

En plus de démontrer votre engagement et votre soutien envers l'IAMC, vous profiterez de nombreux avantages offerts aux commanditaires, dont les suivants :

- Une précieuse exposition au « bon » public : votre nom et votre logo figureront dans les dépliants, brochures, publipostages électroniques et tous les autres documents associés à la conférence et produits avant celle-ci.
- Publicité électronique (diffusées en rotation dans de nombreuses salles) à la conférence.
- Occasions d'offrir des allocutions (niveaux argent, or, platine et diamant).
- Occasions d'avoir votre séance enregistrée (niveaux or, platine et diamant).
- Inscription gratuite pour vous, vos clients ou vos collègues.
- Accès à la version autorisée pour la publication de la liste des inscriptions.
- Occasions de tenir un kiosque ou de placer du matériel publicitaire préapprouvé sur la table du matériel de la communauté.

Participants potentiels

Nos campagnes publicitaires sont destinées à plus de 10 000 professionnels, dont des membres de l'IAMC, l'ACCJE, la CCI Canada, YCAP/JPCA, et d'autres organismes au Canada et aux États-Unis, notamment des professionnels en RH, des avocats, des arbitres, des médiateurs, des architectes, des ingénieurs, des travailleurs sociaux, des juristes d'entreprises et des comptables issus de tous les secteurs d'activités, y compris le commerce international, les ressources naturelles, l'industriel, la construction, l'assurance, les technologies de l'information, la propriété intellectuelle, le droit de la famille, l'évaluation, le franchisage, les transports, les soins de santé et plus encore.

Ne tardez pas. Téléchargez la trousse présentant les possibilités de commandite et d'allocution sur *www.adrcanada.ca* ou communiquez avec Janet McKay, directrice générale, au 1-877-475-4353 / 416-487-4447 poste 5, *janetmckay@adrcanada.ca*, pour réserver votre place!

ont toujours adopté une position différente : les décisions de fond des experts sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Cette jurisprudence albertaine tire son origine de la décision de 1924 de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta dans l'affaire *Rye Farms*[54], un cas d'évaluation légale d'assurance concernant un arbitre. L'arbitre, après avoir entendu les observations des experts des parties, a décidé en faveur de l'assuré, alors que l'assureur n'était pas présent. Le juge Beck, avec qui le juge Hydman est d'accord, aurait vicié la décision sur la base combinée de la procédure irrégulière et parce qu'il était d'avis que le prix était [TRADUCTION] « excessif »[55]. Le juge Clarke a également été convaincu par la [TRADUCTION] « grande différence entre le montant accordé et les estimations antérieures de différentes personnes »[56]. Deux des cinq membres de la Cour ne se sont pas prononcés sur le fond de la décision.

Bien que les décisions albertaines subséquentes confirment la capacité du tribunal d'examiner la substance de la décision d'un arbitre[57], ces décisions ont reconnu qu'un arbitre légal d'assurance est un décideur administratif, dont les décisions sont soumises au contrôle judiciaire sur le fond, dans le cadre du droit administratif[58]. Compte tenu de son contexte, cette tendance jurisprudentielle ne justifie pas le contrôle sur le fond d'un processus d'expertise purement contractuel. Les décisions du gouvernement ne doivent pas être déraisonnables ni arbitraires, en raison de la primauté du droit et de la présomption voulant que le législateur n'autorise pas les gouvernements à agir de manière déraisonnable. Toutefois, des parties privées peuvent être aussi déraisonnables, imprévoyantes ou sottes qu'elles le désirent, et elles sont libres d'accepter d'être contraintes par un résultat qui pourra sembler déraisonnable à un profane. La jurisprudence australienne, anglaise et ontarienne ci-dessus énonce correctement le droit et doit être suivie en dehors du contexte légal.

Certaines décisions ont également suggéré que les contrats prévoyant un processus d'expertise contiennent une clause implicite voulant que l'expert agisse de façon raisonnable[59]. Cette suggestion peut sembler intéressante de prime abord. (Qui accepterait d'être partie en toute connaissance de cause d'un contrat visant une décision déraisonnable?) Cependant, présumer de cette condition saperait la liberté contractuelle des parties. Les parties ont le droit de se passer d'une justice parfaite pour obtenir un résultat rapide. Dans le processus d'expertise, les parties ont présélectionné l'expert, d'une manière ou d'une autre. Une partie ne peut s'engager à accepter les compétences et le jugement d'un tiers, pour ensuite se plaindre qu'il manque de compétences ou de jugement[60]. Dans la même veine, il ne revient pas au tribunal de critiquer le choix de l'expert des parties.

Néanmoins, le risque d'intervention d'un juge en cas de décision « déraisonnable » demeure. Comment veiller à ce qu'un tribunal ou un arbitre respecte l'intention des parties et accepte le caractère contraignant de la décision de l'expert, même si elle est « mauvaise » ou « déraisonnable »? Il faut clairement préciser au contrat que [TRADUCTION] « La décision de l'expert est définitive et contraignante; elle n'est susceptible à aucune forme de contestation, d'appel ou de contrôle judiciaire, peu importe le motif, notamment l'erreur ou le caractère déraisonnable. »[61]

Éliminer contractuellement la contestation indirecte par une poursuite de l'expert

Un autre moyen pour une partie insatisfaite de contester la décision d'un expert est de poursuivre ledit expert pour négligence. Une telle contestation indirecte est possible, étant donné que les experts (à la différence des arbitres et des juges) ne sont pas à l'abri des poursuites[62]. De plus, et c'est malheureux pour la partie ayant mandaté l'expert, les lettres de mission des experts prévoient souvent des clauses d'indemnisation. Ainsi, une partie qui nomme et paie un expert peut se retrouver avec la décision d'un expert favorable, contraignante et non susceptible de contrôle judiciaire, pour ensuite être contrainte à indemniser l'expert pour un jugement de négligence dans la foulée d'une « mauvaise » décision.

Une solution évidente consiste en premier lieu à refuser d'octroyer une indemnité à l'expert. Toutefois, étant donné la difficulté de trouver un professionnel prêt à agir sans indemnité, il faut envisager une solution plus réaliste. La solution consiste à octroyer à l'expert une immunité contre les poursuites, en affirmant explicitement au contrat que les parties ne peuvent pas poursuivre l'expert. Cette immunité doit laisser un droit de poursuite limité en cas de violation du mandat par l'expert (y compris le fait ne pas rendre de décision dans un délai raisonnable), ou en cas de fraude ou de procédés illicites[63]. (Cependant, étant donné que la partie insatisfaite peut poursuivre l'autre partie au titre du contrat principal pour ces motifs, il ne lui sera pas nécessaire de poursuivre l'expert.)

Étant donné qu'il est difficile de savoir si un expert peut être tenu de témoigner[64], les parties qui désirent une décision définitive et contraignante doivent également prévoir au contrat que l'expert ne sera pas appelé à témoigner dans une procédure, sauf pour les exceptions limitées que sont la fraude ou la violation du mandat.

Ne pas recouper la compétence de l'expert et l'arbitre

Lorsqu'une clause de processus d'expertise et une clause d'arbitrage sont incluses dans un même contrat, il ne doit y avoir aucune impression de conflit de compétence ni de recoupement[65]. Les clauses d'arbitrage modernes sont généralement libellées de manière large pour permettre un arbitrage, malgré la nature définitive souhaitée du processus d'expertise[66]. De plus, le risque de considérer l'arbitre comme un expert de deuxième niveau (qui devra trancher la question si une partie est insatisfaite de l'avis du premier expert) demeure[67]. Pour éviter cela, la clause de processus d'expertise doit préciser très clairement que la décision de l'expert ne peut être susceptible d'appel ou de contrôle par arbitrage, et la clause d'arbitrage doit également préciser que l'arbitre ne peut contrôler la décision de l'expert.

Conclusion : un libellé précis peut garantir la rapidité et la prévisibilité du processus d'expertise

La plupart des problèmes associés au processus d'expertise ne sont pas issus du caractère incertain du processus, mais bien du manque de clarté au contrat concernant l'intention des parties. Un libellé ambigu peut entraîner de longs délais et une grande incertitude. Il est aussi susceptible d'enrichir certains avocats aux frais des parties, en plus de causer de la frustration et de la déception chez les parties. Cependant, en clarifiant les éléments essentiels, les parties peuvent obtenir exactement ce sur quoi elles s'entendent : la rapidité, la certitude et le caractère contraignant de la décision du tiers qualifié de leur choix.

1 Sir Robert Megarry, « Temptations of the Bench » (1978), 16 Alta. LR 406, page 411.
2 *Precision Drilling Corp v. Matthews Equipment Ltd*, 2000 ABQB 499, 267 AR 286, paragraphe 29 [***Precision Drilling***].
3 J. Kenneth McEwan et Lumilla B. Herbst, *Commercial Arbitration in Canada*, feuilles mobiles (Toronto : Canada Law Book), pages 1-19.
4 Voir, p. ex., *Arbitration Act*, R.S.A. 2000, ch. A-43, paragraphe 11(1). [*NdT* : les lois de l'Alberta ne sont pas traduites.]
5 Voir, p. ex., *id.*, article 19.
6 Voir, p. ex., *id.*, paragraphe 26(1).
7 Voir, p. ex., *id.*, articles 38 et 40.
8 Voir, p. ex., *id.*, articles 44, 45 et 48.
9 *Zitter c. Sport Maska Inc.*, [1988] 1 RCS 564, [1988] JCS no 19 [***Sport Maska***, QuickLaw].
10 Voir *Precision Drilling*, précitée, paragraphes 24-26.
11 *Ibid.* (La clause se lisait comme suit : [TRADUCTION] « chacune des parties a le droit de soumettre la question au bureau de Calgary de Deloitte & Touche [ou, de gré à gré, à un autre cabinet comptable national indépendant] pour régler le conflit dans les trente (30 jours) suivant sa nomination », au paragraphe 5).
12 John Kendall, Clive Freedman et James Farrell, *Expert Determination*, 4e éd. (Londres : Sweet & Maxwell, 2008), page 114; voir, par exemple, *Saputo Inc. v. Dare Holdings Ltd.*, 2012 ONSC 4981, 2012 CarswellOnt 10789, paragraphe 2 (SCJ, rôle commercial) [***Saputo***].
13 *Sport Maska*, précité, paragraphe 95; *Precision Drilling*, précitée, paragraphes 27, 34; *Cummings v. Solutia SDO Ltd.*, 49 B.L.R. (4e) 307, 2008 CarswellOnt 4922, paragraphe 32 [***Cummings no 1***], confirmée par 2009 ONCA 510, 59 B.L.R. (4e) 23.
14 *Id.*, *Sport Maska*, paragraphe 123.
15 *Id.*, paragraphe 98.
16 Kendall, précité, page 121.
17 Comparer *Sport Maska*, précité, paragraphe 96; *Cummings no 1*, précitée, paragraphe 37.
18 *Ibid.*
19 Comparer *id.*, *Sport Maska*, paragraphe 97.
20 *Cummings no 1*, précitée, paragraphe 41.
21 *Id.*, paragraphe 36.
22 Comparer *Sport Maska*, précité, paragraphe 96.
23 Hew R. Dundas, « A Retrograde Step in Expert Determination? *Halifax Vie SA v. Equitable Life Assurance Society* » (2007), 73 Arbitration 342, page 342. Voir aussi *Sport Maska*, précité, paragraphe 121; Kendall, précité, pages 101-103.
24 *Saputo*, précité, paragraphes 6-7.
25 *Legal and General Life of Australia Ltd. v. A Hudson Pty Ltd.*, [1985] 1 NSWLR 314-335 [***Legal and General Life***].
26 Voir *Jones v. Sherwood Computer Services Plc.*, [1992] 2 All ER 170-179 (C.A. Civ.) [***Jones***].
27 Kendall, précité, pages 242-243.
28 *Jones*, précité, 179; *id.*, paragraphes 226-227.
29 *Legal and General Life*, précitée, paragraphe 336; *id.*, Kendall, pages 216-217.
30 *Saputo*, précité, paragraphe 31.
31 Voir, p. ex., *Solutia SDO Ltd v. Cummings*, 2008 CarswellOnt 5168, paragraphes 42-43 [***Cummings no 2***], confirmée par 2009 ONCA 510, 59 BLR (4e) 23.
32 *Macro v. Thompson* (1996), [1997] 2 BCLC 36 (Angleterre, Cour divisionnaire), paragraphe 65 [***Macro***]; Kendall, précité, pages 230-31.
33 *Legal and General Life*, précitée, paragraphe 335D-E.
34 *Id.*, paragraphes 335D-E et 336C. Voir, p. ex., *Cummings no 2*, précitée, paragraphes 17 et 46.
35 Michael McHugh, « Expert Determination » (2008) 74 Arbitration 148, page 156; Kendall, précité, page 170.
36 *Id.*, Kendall, pages 134-135.
37 McHugh, précité, page 156.
38 *Ibid.*
39 Voir, p. ex., *Macro*, précitée, paragraphes 65-66; *Cummings no 2*, précitée, paragraphes 46-62 (où il est permis de penser que le test de partialité réelle a été appliqué).
40 *McPeak c. Herald Insurance Co.* (1991), 115 AR 83 (CBR).
41 Ainsi, nous estimons que l'affaire *McPeak* concerne davantage le contrôle judiciaire de la décision d'un expert imposé par la loi que le processus d'expertise en lui-même.
42 *JA Brink Investments Ltd. v. BCR Properties Ltd.*, 2009 BCSC 1369, 2009 CarswellBC 2658, paragraphe 55.
43 Par exemple, un contrat qui prévoit un expert doté de la désignation d'expert en évaluation d'entreprise exigera presque certainement que l'expert applique les normes établies par le *Canadian Institute of Chartered Business Valuators*.
44 Voir, p. ex., *Saputo*, précité, paragraphes 27-31 (quoique, dans cette affaire, une clause du contrat exigeait explicitement de l'expert qu'il [TRADUCTION] « applique les principes comptables et d'évaluation généralement reconnus », au paragraphe 2). Par ailleurs, voir *Legal and General Life*, précitée [TRADUCTION] (« Il est quand même possible, tout en respectant les conditions de l'entente, d'obtenir une évaluation qui soit le résultat de l'application erronée des principes d'évaluation d'entreprise », aux paragraphes 335-336).
45 *Id.*, *Legal and General Life*, au paragraphe 335E.
46 *Ivaco Inc. (Re)*, 2007 ONCA 746, 87 OR (3e) 561 [***Ivaco***].
47 *Saputo*, précité.
48 *Ivaco*, précité, paragraphe 3.
49 *Jones*, précité, paragraphe 180.
50 *Legal and General Life*, précité, paragraphes 334-336.
51 *Piedmont Publishing Co. v. Rogers*, 14 Cal. Rptr. 133, 193 Cal. App. 2d 171 (1961) (Cour d'appel, District de la Californie).
52 *Legal and General Life*, paragraphes 335-336, citée et approuvée par le juge Newbould dans *Saputo*, précité, paragraphe 4.
53 P. ex, dans *Saputo*, paragraphe 4, le juge Newbould (citant et approuvant le juge McHugh dans *Legal and General Life*).
54 *Rye Farm Co. v. British Oak Insurance Co.*, [1924] 3 D.L.R. 706 (Alta. S.C.A.D.) [***Rye Farm***].
55 *Id.*, paragraphes 47-48 (le juge d'appel Beck).
56 *Id.*, paragraphes 55 (le juge d'appel Clarke).
57 Voir *O'Brien v. Non-Marine Underwriters, Lloyd's London* (1991), 128 A.R. 165, paragraphe 20 (C.B.R.); *Mourits Trucking Ltd. v. Sovereign General Insurance Co.*, 2012 ABQB 206 [***Mourits Trucking***].
58 *Peace Hills General Insurance Co. v. Doolaege*, 2005 ABQB 217; *ibid.*, *Mourits Trucking*.
59 Voir McHugh, précité, paragraphes 159-160.
60 Voir *Jones*, précité, paragraphe 178; *Legal and General Life*, précitée, paragraphe 335.
61 En ce qui concerne la distinction entre « définitive » et « contraignante », voir Kendall, précité, page 117.
62 Voir, p. ex., *Sport Maska*, qui, bien que concernant le droit du Québec, traite également de la common law au Canada et en Angleterre sur ce sujet, y compris les décisions de principe *Sutcliffe v. Thackrah*, [1947] 1 All ER 859 (HL) et *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, [1975] 3 All ER 901 (HL).
63 Voir Kendall, précité, paragraphe 156. Voir, p. ex., la Cour d'appel de l'Angleterre dans l'affaire *Finnegan v. Allen*, [1943] 1 KB 425 (CA), qui, en l'absence de fraude ou de mauvaise foi, a accordé l'immunité à un comptable qui avait évalué certaines actions. Voir aussi la Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Sport Maska*, précité, qui a jugé que le comptable agissait à titre d'arbitre et qui aurait accordé l'immunité au comptable en cause, « en l'absence de fraude ou de mauvaise foi ».
64 Voir, en général, Kendall, précité, pages 246-247; *Jones*, précité, paragraphe 177. Pour un exemple dans lequel un expert a dû témoigner, voir *Saputo* au paragraphe 35.
65 Voir, p. ex., *Cummings no 1*, précitée, paragraphe 27.
66 Beverley M. McLachlin M., Wilfred J. Wallace et Arthur Grant, *The Canadian Law of Architecture and Engineering*, 2e éd. (Markham : Butterworth, 1994) p. 237.
67 *Beaufort Developments (N.I.) Ltd. v. Gilbert-Ash N.I. Ltd.* (1998), [1999] 1 AC 266, [1998] 2 All ER 778, paragraphe 273C-G, Lord Hoffman (H.L. (Irlande du Nord)).

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: *JOURNAL@adrcanada.ca*

Affichez votre publicité dans le JOURNAL canadien d'arbitrage et de médiation
Informez-vous sur les tarifs : *JOURNAL@adrcanada.ca*

416-487-4733 • 1-877-475-4353

Kelly VanBuskirk, B.A., LL.B., LL.M, PhD, C.Arb is a partner in the New Brunswick-based firm of Lawson Creamer and is also an assistant professor at St. Thomas University. Kelly practices workplace law and acts as a mediator and arbitrator.

Justice Beyond Law:

Why Litigators Should Embrace Mediation

*August, 2014**

**This article is a further development of a presentation made by the author to the Canadian Bar Association – NB Branch in 2013.*

"You're giving a speech about lawyers and conflict resolution?... I don't usually connect lawyers with conflict resolution."

- A Vancouver waiter in discussion with Professor Julie MacFarlane

At least some lawyers apply to and enter law school for the primary purpose of helping members of the public resolve their disputes in a legal and peaceful manner. That said, there is value in reconsidering the ability of the modern lawyer to facilitate effective conflict resolution in our existing legal system. It can be argued that our system fails miserably in providing litigants with the kinds of resolutions that they seek when they decide to take their disputes to the law. In the opening paragraph of her book *The New Lawyer* (2008), Professor Julie MacFarlane suggests that the public ". . . associates lawyers with conflict, not conflict resolution – whether as one's own advocate or as the agent of an adversary" (2008:1). Although this perception may be the product of our legal system's processes and remedies more than the attitudes of lawyers, it nevertheless invites sober reflection on how the legal profession undertakes the work of resolving disputes and it underscores the importance of lawyers' openness to the use of alternative dispute resolution mechanisms such as mediation.

The system facilitates conflict

It is doubtful that, on admission to law school, most law students envision the legal justice system as being:

a) relatively inaccessible to much of the population;
b) extraordinarily expensive for those litigants who are able to access legal justice;
c) time consuming and fraught with delays;
d) secretive and less than completely forthcoming;
e) formalistic rather than substantive; and
f) inflexible and self-limiting in respect of available resolutions.

Yet, it can be argued that our current legal model is all of these things (Stratton and Lowe, 2006). In *Hryniak v Mauldin*, 2014 SCC 7 (CanLII), Karakatsanis, J. made the observation that the complexities, delays and expense of our Canadian civil justice system "…can prevent the fair and just resolution of disputes." Karakatsanis, J. went further, stating that:

> The cost and delay associated with the traditional process means that…the trial process denies ordinary people the opportunity to have adjudication. And while going to trial has long been seen as a last resort, other dispute resolution mechanisms such as mediation and settlement are more likely to produce fair and just results when adjudication remains a realistic alternative. (para. 24)

Lawyers who intend to act in the best interests of their clients should, therefore, actively seek out ways to play a role in the rehabilitation of law as a relevant conflict resolution model.

What claimants want

The importance of the flexibility of mediation in respect of achieving meaningful dispute resolutions is underscored in the literature. Researchers have identified that, for some potential litigants, traditional legal remedies will answer only some of their desired outcomes. For example, in a study of the fairness expectations of medical patients, it was determined that the overwhelming majority believed that even minor medical errors should be disclosed by the practitioner (Mazor et al., 2004). Even beyond disclosure, research demonstrates that a high percentage of patients expect proactivity in response to medical errors, either in the form of an apology from the physician in question or actions to prevent the same mistake from occurring in the future (Mazor et al., 2004; Duclos et al., 2005). It has been found in the medical malpractice litigation context that patient-claimants seek the following hierarchy of responses to medical errors:

i. a clear statement that an error has occurred;
ii. an explanation of the full details of the error;
iii. a sincere apology;
iv. reassurances that something is being done to make sure the error does not occur in the future;
v. financial compensation for injury, pain or suffering; and
vi. accountability on the part of the physician. (Gallagher et al., 2003)

These litigation objectives of medical malpractice claimants may provide insights into the motives of other types of litigants. If at least some Canadians who make legal claims expect some or all of the outcomes sought by the medical malpractice patients referenced above, then it is important to observe that the procedural tenets of the Canadian common law legal system markedly depart from perceived fairness:

i. The law places the onus on alleged victims of errors and wrongdoings to identify the same and to initiate claims;
ii. As for the expectation of an explanation of the error or wrongdoing, the system requires the victim/claimant to elicit such information from the wrongdoer through sometimes complex and time-consuming procedural investigations;
iii. Not all Canadian jurisdictions have enacted apology legislation to require or encourage apologies;
iv. Assurances of altered future conduct, or even proactive efforts toward the same, are virtually unachievable in most claims, except if obtained voluntarily through negotiation; and
v. As for financial compensation, the legal system does offer this remedy. However, it is important to note that the compensatory relief made available to litigants frequently does not address, and is not intended to address, litigants' non-economic aims.

Additional shortcomings of the Canadian legal system have also been discussed in the context of the compensatory damages, which are a key aspect of civil litigation. For example, the enactment of legislation which "caps" awards of non-pecuniary compensation for pain and suffering in motor vehicle accident claims has illuminated questions of the utility and appropriateness of non-pecuniary damages compensation. The debate in respect of tort claims damages for non-pecuniary, intangible losses is canvassed by Shuman (2000), who states that:

> While the award of damages to compensate tangible out of pocket losses caused by another's tortuous acts enjoys firm support in the case law and commentary, the award of tort damages to compensate for intangible harm such as grief, loss of consortium, and pain and suffering has been much criticized. (Shuman, 2000)

As Shuman (2000) notes, much less concern has been expressed regarding legal compensation for pecuniary, out of pocket expenses arising from a defendant's wrongdoing. This may be so primarily because pecuniary damages are calculable and concrete; however, the more widespread acceptance of pecuniary damages award may also be founded on the social construct of humans as economic beings whose value is closely linked to earnings generation and material accumulation. Regardless of its cause, the fact is that non-pecuniary damages, which are designed to compensate victims for intangible losses and suffering that arise from another's wrongdoing, face criticism. Shuman (2000) observed opponents' rationale for criticizing non-pecuniary damages awards as follows:

> In a limited sense, damages for tangible loss undo the harm; damages for intangible loss cannot make a similar claim. Although the emotional pain that results from the loss of a child or spouse, for example, is undoubtedly horrific, it is difficult to understand how monetary damage that is paid by or on behalf of the party that caused the loss should be expected to salve that emotional pain. (Shuman, 2000)

In response, it has been argued that, if the law did not award damages for intangible losses, an "entitlement to injure" would arise. While this may be so, Shuman has suggested that the position has missed the fundamental point, since the use of non-pecuniary damages to discourage wrongdoing renders it a deterrence concept, rather than a mechanism for compensation (2000). The "substitute pleasure" principle has also been advanced by Ingber as a justification for non-pecuniary damages, suggesting that, while it is impossible to compensate intangible losses, it is possible (and reasonable) to provide the victim with the financial means to engage in alternate forms of enjoyment and fulfilment (Ingber, 1994). As Shuman contends, however, the substitute pleasure principle "rests on a precarious moral and clinical foundation", since the suggestion that grave emotional losses can be somehow erased or healed with substitute activities and belongings only cheapens the loss. From a clinical perspective, it has been noted that grief therapists actually recommend confrontation of losses as a means of healing. The substitute pleasure principle may dilute that benefit by encouraging victims to distract themselves from the difficulty of coping with losses through substitute activities and material goods (Shuman, 2000). Although the literature is not definitive on the utility of the law's remedy for intangible losses, Shuman's research supports the position that at least some litigants enter the legal process in search of remedies other than those promoted by the law (1994-1995). Shuman (1994-1995) has argued that:

> None of the research examined in this article proves that tort recovery has a therapeutic or anti-therapeutic effect on plaintiffs. Hopefully, this examination will generate research directed towards this issue. The existing research does, however, strongly suggest that there are both potential restorative benefits and serious restorative disadvantages to fault-based compensation….
>
> To discuss the therapeutic potential of tort law and other compensation systems recalls what therapists already know: No single therapy is right for everyone. (Shuman, 1994-1995)

Experience and research demonstrate that compensation-focused dispute resolution mechanisms, like the System, do not respond to the factors that motivate some legal claims. Returning to the medical malpractice field, non-compensatory initiatives including simple but sincere apologies reduce the likelihood of victims taking legal action (Kellett, 1987; Haley, 1986). Furthermore, and beyond the field of tort law, a study of the experiences of victims of sexual assault found that most claimants pursued their legal claims for therapeutic reasons, rather than for financial compensation (Des Rosiers et al., 1998).

There are other indications, as well, that litigants are often seeking dispute resolutions that do not fall within the law's bounds of financial compensation. For example, Goldberg et al. (1992) have studied the impact of apologies in dispute mediations, and have concluded that victims who receive apologies are often more willing to settle their claims than those who do not receive apologies. In one persuasive example, a legal claim had been made against the Catholic Diocese of Dallas for

alleged failure to protect eleven boys from sexual abuse inflicted by a priest. While a jury awarded the plaintiffs $119.6 million in compensation, the victims eventually settled the case for less than 25 percent of their award ($23.4 million) when the Diocese also agreed to issue an apology (Blaney & Dooley,1998). Although more complex factors may have operated to bring about the settlement of the case (including the risk of a successful appeal by the Diocese), the addition of an apology to the resolution significantly reduced the amount of financial compensation required. Historically, the litigation arena has not fostered the expression of apologies. In fact, apologies have been discouraged in the legal system due to their potential use as evidence to prove the apologist's liability and, in some cases, even the voiding of his or her insurance policy (MacLeod, 2008).

Do lawyers really understand their clients?

In her study regarding the disassociation of lawyers' understandings of litigant motives to make legal claims from/and the claimants' actual motives for doing so, Relis (2006) illustrated that 41 percent of claimants did not even articulate financial compensation in the spectrum of potential outcomes they were seeking. These findings are consistent with Shuman's observations that the legal model of damages compensation, particularly in respect of non-pecuniary losses, does not easily align with the expectations of laypeople.

While it seems indisputable that the law's fixation on financial compensation in the absence of other settlement measures is insufficient and generally unacceptable to litigants, the rules of evidence discourage the issuance of apologies and other forms of non-monetary dispute resolution (Shuman, 2000). Relis has demonstrated that admissions of fault, efforts to avoid future wrongdoing, information regarding the causation of wrongdoing, and apologies are all prominent objectives in the pursuit of legal claims, but, as noted previously, the legal system does not encourage (or even offer) these outcomes (2006). Once again, this complete departure from the expectations of its constituents may have contributed to questions regarding the law's relevance and cast doubt on the ability of lawyers to understand their clients' objectives.

The impact of the System's remedial shortcomings should not be underestimated. Research has suggested that the dispute outcomes that are made available by the law can shape the expectations of litigants so that individuals who initiated claims to pursue a non-compensatory result may become focused on the financial aspect that the law encourages them to consider (Relis, 2006). Markovits made the same point, quoting Trubek:

> Lawyers and the legal process support transformations in disputes that 'create ends so that clients come to want – or at least accept – what the system is prepared to deliver…The legal process, to put it bluntly, secures peace only by abandoning justice. (Markovits, 2008: 191)

On that point, Felstiner, Abel and Sarat argue that the objectives of disputing parties are influenced by a number of factors, including the mechanisms for resolution of their dispute (1980-1981). Regarding the effect of the court system on claims objectives, Felstiner et al. have referenced an argument made by Aubert that underscores the question of the legal system's effectiveness as a conflict resolution model:

> Because courts, for instance, often proceed by using a limited number of norms to evaluate an even more circumscribed universe of relevant facts, "the needs of the parties, their wishes for the future, cease to be relevant to the solution". (Aubert, 1963:33; Felstiner et al., 1980-1981:643)

Lawyers and the legalization of disputes

Lawyers control the course of a client's litigation (Rosenthal, 1974), and it has been suggested that we "…shape disputes to fit their own interests rather than those of their clients" (Felsteiner et al., 1980-1981:645). Trubek (1980-1981) has written that dispute possibilities are frequently defined by lawyers, who encourage or discourage disputants based on economic interests as well as their own social relations and definitions of society.

The courts also have the capacity to transform disputes "…because the substantive norms they apply differ from rules of custom or ordinary morality, and their unique procedural norms may narrow issues and circumscribe evidence" (Felstiner et al., 1980-1981: 647). Because legal rules and principles impact the prospect of success in claims, they also affect lawyers' cost-benefit calculations and how lawyers perceive relationships and disputes (Trubek, 1980-1981).

Legal claims arise when perceived injustices are not resolved (Felstiner et al., 1980-1981). Festiner et al. (1980-1981) have suggested that a 'perceived injurious experience' follows a transformational process that begins with 'naming' (or recognition of the experience as injurious). The

Submit Your Proposals

Présentez vos propositions

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 :

Janet Mckay, Executive Director
ADR Institute of Canada
234 Eglinton Ave. E, Suite 405,
Toronto, Ontario M4P 1K5
JOURNAL@adrcanada.ca

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

'naming' stage is followed by 'blaming', which involves the apportionment of responsibility for the injury to a third party. The final stage of the transformation is 'claiming', or a request by the injured party for a remedy. If the claim of the injured party is rejected, then the perceived injurious experience transforms further into a dispute. Felstiner et al. (1980-1981) have noted that a claim rejection is not necessarily express; it can also take a more passive form, such as a failure to respond. When a perceived injurious experience transforms into a dispute, the injured party must choose a mechanism for resolution, and that choice can be influenced by a number of factors, including the injured party's objectives. Two questions examined in this thesis are what causes employees to pursue legal claims and how well the legal system responds to their claims objectives.

The system as we know it today is best designed to address disputes amongst strangers. In fact, Barton suggests "that is perhaps its historical raison d'etre" (1999). He notes that the legal system was enhanced and expanded in response to the industrial revolution, which fostered worker mobility; as a consequence, "impersonal commercial transactions" increased substantially. Since the foundation for relational communication was thereby eroded, the law developed its value proposition as a dispassionate mechanism for dispute resolution in which "personal engagement is not only superfluous, but dangerous" (Barton, 1999).

Barton speculates that even when people invoke the legal system for resolution of interpersonal disputes, they are embarrassed that they had no better approach to the problem:

> They realize that with stronger communicative skills or relationships to begin with, matters might not have come to litigation. Legal discourse, therefore, may symbolize either surrender to expedience or a fear of becoming too closely involved with others. Lawyers may have come to represent a general loss of human accommodation or community, even while the power they hold is attractive (Barton, 1999).

Perhaps Barton has answered his own question when he asks "why is it that as law becomes more and more essential to daily life, its practitioners seem to become more and more socially despised?" In its 2005 report the Canadian Bar Association's Futures Committee confirmed the poor image of lawyers in this country as follows (2005: 20):

> Perhaps the biggest threat on the demand side is the current *poor image* of lawyers held by the public. This is in many ways unfortunate and unfair, because public views may be fashioned by weaknesses, inequities or failings in the current legal system (delays, appeal processes, filing costs, etc.) or from public misconceptions about the role of the legal profession vis-à-vis the justice system. Nevertheless, all lawyers are affected, especially when there is an actual case of impropriety or unprofessional behaviour. Stereotypes of unscrupulous lawyers are reinforced by unflattering portrayals in films, books and other media…. Intriguingly, common knowledge holds that the vast majority of the public have the highest regard for their personal lawyer, but an unfavorable view of the profession in general.

One possible explanation for the public's growing suspicion of lawyers is offered by Markovits (2008). He suggests that the law and its administrators "penetrate" and "transform" the attitudes of disputants, and that the legal system "reconstitutes the issues" between the parties to a dispute (Markovits, 2008: 188). Additionally, Markovits submits that lawyers "objectify" their clients' concerns and separate them from the interests that they represent in order to make the concerns of the litigants fit within legal structures (Markovits, 2008: 188). A transformation and reconstitution of the perceptions of individuals who seek legal remedies would not be necessary, of course, if the law was able to adequately address those individuals' original concerns. Markovits points out lawyers have a duty to deflate at least some of their clients' expectations, and that the clients will only trust the "deflationary advice" of their lawyers if they perceive that the lawyers are nevertheless faithful and sympathetic to the clients in spite of their discouragement of the clients' true remedial wishes (Markovits, 2008: 198).

Behaviour in society is regulated by both legal rules and social norms (Macfarlane, 2008). While the law is often seen as the primary mechanism of dispute resolution, it is certainly not the only justice concept that is relied upon to settle conflicts. In one example of a ranching community in California, it was observed that a dispute resolution system had been developed "beyond the shadow of the law", founded on the community's own values and beliefs about justice (Ellickson, 1991). Although the law is only one mechanism for dispute resolution, it can be an effective ultimate recourse. Macfarlane makes the point that the "shadow" of the law is an important predictive tool for achievement of dispute settlements (Macfarlane, 2008: 168; see also Mnookin and Kornhauser, 1979).

It appears that the legal system is viewed by lay people as an impartial and objective construct that offers some equalization of power to the less powerful members of society (Macfarlane, 2008). In fact, Silbey and Ewick (1998) have found that disputants often place their faith in the legal system without having actual knowledge of its rules and principles. Although the legal system imposed demands and inconveniences such as lengthy waiting times on parties, it was found that these inefficiencies were widely accepted, likely due to the faith of the participants in the law (Silbey and Ewick, 1998). Macfarlane (2008) has made the point that the law can "get away with" time and expense inefficiencies because the public's tolerance is cultivated by a lack of understanding of the legal system.

The literature indicates that the law does not meet, and may not seek to meet, all of the expectations and objectives of the claimants who access it. While it does provide access to some explanations of and insights into what occurred in respect of an alleged wrong (subject to the restrictions imposed by evidentiary rules), the law ultimately transfers its attention to the

question of financial compensation, largely at the expense of all of the other factors considered important by the patients referenced in the Gallagher et al. study (2003) above and by the claimants investigated by Relis (2006). The literature demonstrates that claimants who take their disputes to the legal system do so primarily in search of non-economic outcomes which are more relational in nature than mere monetary compensation.

Why people don't sue

Some individuals who have experienced injustice choose not to initiate legal action. The reasons why they decide not to initiate legal claims to address injustices are relevant to this study. Brodsky et al. (2004) have suggested that there are eight main factors that dissuade victims of injustice from suing:

1. *Psychological contexts:* In some cases, emotional and personal circumstances simply influence the victim against suing.
2. *Clarity of negligence:* When the nature and extent of a wrongdoer's negligence is uncertain, victims are often less likely to sue.
3. *Physical impairment:* If the victim of injustice is either not injured by it or if the injury is expected to heal quickly, the victim is less likely to make a legal claim.
4. *Sense of injustice:* Individuals who perceive the world as being personally unfair to them are more likely to sue than those who perceive the world to be generally fair.
5. *Legal history:* People who have been engaged in the legal system previously are more likely to make legal claims than those who have not.
6. *Risk-benefit analysis:* The risk of social alienation or embarrassment does, in some cases, influence people against making claims.
7. *Time and energy:* Some victims of injustice are unwilling to expend the considerable amounts of time and energy required to pursue legal claims.
8. *Inertia:* Individuals who prefer to live in accordance with uninterrupted routines are less likely to commence legal actions.

A component of the risk-benefit consideration that Brodsky et al. (2004) found to be a significant discouragement of litigation is the potential for negative stigma that could result from the public process in which the victim's dispute and losses must be considered. In two of the case studies conducted by Brodsky et al., employees expressed concern that, if they sued, they would be viewed as a risk to potential new employers (2004).

Potential non-legal remedies achievable in mediation

The issue of potential non-legal remedies arises from a question posed by Lind (1997) in the wrongful dismissal context: what is the motivation of employees to consider litigation against their employers? Is it the violation of a legal contract or the violation of a psychological contract, and, if the latter, does apology legislation offer a worthwhile response? Regarding the intent of the study to identify the motives behind employee litigation, it has previously been concluded that emotional and behavioural responses to contract breaches may be reduced if the affected employees identify fair processes and treatment in the course of the breach (Rousseau, 1995). Since psychological contract considerations are influenced by all three aspects of organizational justice theory, however, and not solely the procedural justice subtheory, much remains to be known about the interaction of the legal and organizational justice models with employee perceptions of their work relationship.

Nevertheless, the inability of the legal system to fully respond to their concerns in ways that employees find meaningful and satisfactory may unnecessarily prolong litigation and, at the same time, may deprive the employees of the sense of closure which they are seeking. As Genn's (1998) research demonstrates, at least some disgruntled litigants who commence litigation do so for the primary objective of obtaining an apology. By making the provision of an apology a "safe" option for defendants, the New Brunswick legislature would give stakeholders in the litigation system an additional tool to implement in the search for efficient resolutions. While not available to claimants in a formal trial process, cost-efficient and personalized remedies such as apologies can form the basis of mediation. In fact, parties to mediation have significant flexibility to fashion acceptable dispute outcomes that address their real concerns, rather than attempting to uncomfortably fit into an "off the rack" solution.

How should lawyers approach mediations?

Lawyers have a duty to act in the best interests of their clients. As a consequence, and particularly in light of the Supreme Court of Canada's expression of concern regarding the utility of alternative dispute resolution mechanisms including mediation, it can be argued that lawyers have an ethical responsibility to review with their clients the option and potential benefits of mediation. For lawyers, a reasonable approach may be to de-legalize their clients' disputes in an effort to understand the real issues driving litigation. Reviewing again the findings of Gallagher et al. (2003) above, it is prudent for lawyers to recognize that their client-litigants may not want or even like the legal remedies that will be available to them at trial. Lawyers should remain mindful that "…the conventional trial no longer reflects the modern reality and needs to be re-adjusted" (*Hryniak v. Mauldin, supra).* If a faster, less expensive and more creative solution is to be achieved it may be that the lawyers have to think less like lawyers. In *A Handbook on Judicial Dispute Resolution for Canadian Lawyers*, Justice John Agrios (2004) underscores the need for a non-adversarial approach in mediations. Amongst other suggestions, Justice Agrios (2004) proposes that lawyers: advise their clients that the usual adversarial approach will not apply; ensure that their clients have realistic expectations; be prepared for the possibility that the lawyer and/or the client is wrong; be objective; and resist the temptation to return to an adversarial stance.

As was recommended in the 1996 CBA Report of the Task Force on Systems of Civil Justice, "…litigation lawyers must move away from a focus on rights-based thinking and adopt a wider problem-solving approach" (CBA National Task Force on Systems of Civil Justice, 1996).

Macfarlane notes that lawyers are, in the course of legal education and in the practice of law, steeped in a belief that rights-based conflict resolution is the best means of solving problems (Macfarlane, 2008). However, Macfarlane has properly observed that "…the rights-based model assumes that the source of conflict is in all circumstances an uncompromisable moral principle…" and that it encourages a right versus wrong approach to problem-solving rather than focusing on a solution that is "…expedient, feasible, or wise" (Macfarlane, 2008). Lawyers would likely agree with Macfarlane's suggestion that many disputes that are brought to lawyers are not suitable for the legal system's traditional rights-based approach to resolution.

An irony in all of this lies in the findings of research that suggests that aggressive adversarial conduct amongst lawyers actually increased in spite of the introduction of successful alternative dispute resolution processes in the 1980s (Gilson and Mnookin, 1994). The waiter who told Macfarlane that he doesn't connect lawyers with conflict resolution (2008) clearly had a point. In order to expand its collective capacity to facilitate a wider problem-solving approach, it is clear that the legal profession must critically examine its practice habits and beliefs, and must be willing to increase its relevance in response to society's dispute resolution needs.

The required paradigm change is especially difficult for many lawyers who gravitate to economic "legal" resolutions to disputes while underestimating the value of psychological factors, such as a sincere apology or a demonstration of remorse (Daicoff and Wexler, 2003). Further, the rights-based construct of legal dispute resolution encourages lawyers to reframe client litigation objectives so that they fit within the legal framework, and "The consequence is that many litigants feel that their original problem becomes transformed into something they do not readily recognize, molded into a stock story via a statement of claim or defence" (Macfarlane, 2008). Clift (2009) has made the point that, until recently, lawyers have not been well-trained in negotiation skills or dispute resolution and, consequently, the focus of the legal profession has been on the process of adjudicating disputes with less emphasis being placed on seeking out solutions. Oppositely, mediation invites lawyers and their clients to think about disputes as they actually exist, rather than within the confines of the legal construct, and to contemplate efficient and satisfactory solutions.

Mediation offers a potentially effective venue for lawyers to solve their clients' problems, and the profession must continually remind itself that solutions are what their clients normally want. In order to maximize clients' opportunities for achievement of agreeable resolutions to problems, however, lawyers must first recognize the limitations of the traditional litigation system and then be open to a paradigm-altering rationalization of interests and rights.

ADR Connect:
ADR Institute of Canada Inc. / Institut d'arbitrage et de Médiation du Canada Inc.
http://adrcanada.force.com/adrmembersearch
Find a Mediator, Arbitrator, Trainer or other ADR Specialist

BIBLIOGRAPHY

AGRIOS, JUSTICE JOHN A. and AGRIOS, JANICE A. A Handbook on Judicial Dispute Resolution for Canadian Lawyers, 2004.

AUBERT, V. Competition and dissensus: Two types of conflict and conflict resolution. *Journal of Conflict Resolution*, 1967, 7(1), 26-42.

BARTON, T. D. Therapeutic Jurisprudence, Preventive Law, and Creative Problem Solving: An Essay on Harnessing Emotion and Human Connection. *Psychology, Public Policy and Law*, 1999, 5(4), 921 – 943.

BLANEY and DOOLEY. Diocese Apologizes in Kos Case, 23.4 Million Deal Reached With Plaintiffs. *Fort Worth Star Telegram*, July 11th, 1998, 1.

BRODSKY, S.L., C. M. BRODSKY, and J. D. WOLKING. Why people don't sue: A conceptual and applied exploration of decisions not to pursue litigation. *The Journal of Psychiatry & Law*, 2004, 32, 273.

CANADIAN BAR ASSOCIATION SPECIAL COMMITTEE REPORT. *Crystal Clear: New Perspectives for the Canadian Bar Association, Presented to the Council of the Canadian Bar Association by the CBA Futures Committee*, ISBN 1-897086-00-8, August 2005.

CANADIAN BAR ASSOCIATION NATIONAL TASK FORCE ON SYSTEMS OF CIVIL JUSTICE. *Report of the Canadian Bar Association Task Force on Systems of Civil Justice*, ISBN 0-920742-59-9, August 1996.

CLIFT, R. The phenomenon of mediation: judicial perspectives and an eye on the future. *Journal of International Maritime Law*, 2009, 15, 508-517.

DAICOFF, S. and D.B. WEXLER. Therapeutic Jurisprudence. In: Allan M. GOLDSTEIN, and Irving WEINER, eds., *Handbook of Psychology*, Vol. 11, Hoboken: John Wiley and Sons, Inc., pp. 561 – 576.

DES ROSIERS, N., B. FELDTHUSEN and O.A.R. HANVISKY. Legal compensation for sexual violence: Therapeutic consequences and consequences for the judicial system. *Psychology, Public Policy and Law*, 1998, 4(1/2), 433-451.

DUCLOS, Christine W. et al., Patient Perspectives of Patient-Provider Communication after Adverse Events. *International Journal of Quality and Health Care*, 2005, 17(6), 479-486.

ELLICKSON, R. *Order without Law: How Neighbours Settle Disputes.* Cambridge: Harvard University Press, 1991.

FELSTINER, W.L.F., R.L. ABEL and A. SARAT. The Emergence and Transformation of Disputes, *Law and Society Review*, 1980-1981, 15, 631-654.

GALLAGHER, T.H. et al. Patients' and physicians' attitudes regarding the disclosure of medical errors. *Journal of the American Medical Association*, 2003, 289(8), 1001-1007.

GENN, H. *Paths to Justice: What People Do and Think about Going to Law*. Hart Publishing: Oxford, 1999.

GILSON, R. and R. MNOOKIN. Disputing through agents: cooperation and conflict between lawyers in litigation, *Columbia Law Review*, 1994, 94, 509.

GOLDBERG, S.B., N.H. ROGERS, F. SANDERS and S.R. COLE. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and other Processes*, 2nd ed., New York: Aspen Publishers, 1992, pp. 116 – 137.

HALEY, J. O. The implications of apology. *Law and Society Review*, 1986, 20(4), 499-508.

MACFARLANE, J. *The New Lawyer: How Settlement is Transforming the Practice of Law.* Vancouver: UBC Press, 2008.

INGBER, Stanley. Rethinking intangible injuries: A focus on remedy. *California Law Review*, 1985, 73(3), 772-856.

KELLETT, A.J. Healing angry wounds: the role of apology and mediation in disputes between physicians and patients. *Journal of Dispute Resolution*, 1987, 1987(10), 111-131.

LIND, E.A. Litigation and Claiming in Organizations: Anti-Social Behaviour or Quest for Justice? In: Robert A. GIACALONE and Jerald GREENBERG, eds. *Anti-Social Behaviour in Organizations.* Thousand Oaks: Sage Publications, Inc., 1997.

MACFARLANE, J. *The New Lawyer: How Settlement is Transforming the Practice of Law.* Vancouver: UBC Press, 2008.

MACLEOD, Leslie H. A time for apologies: The legal and ethical implications of apologies in civil cases. *Cornwall Public Inquiry, Phase 2 Research and Policy Paper,* April 12, 2008.

MARKOVITS, D. Luck Egalitarianism and Political Solidarity. *Theoretical Inquiry*, 2008, 9, 271.

MAZOR, K.M. et al. Health Plan Members' View About Disclosures of Medical Errors. *Annals of Internal Medicine*, 2004, 140(6), 409-418.

MNOOKIN, R. and C. KORNHAUSER. Bargaining in the shadow of the law: the case of divorce. *Yale Law Journal*, 1979, 88, 950.

RELIS, T. It's not about the money!: a theory on misconceptions of plaintiffs' litigation aims. *University of Pittsburgh Law Review,* 2007, 68(3), 341.

ROUSSEAU, D.M. *Psychological Contracts in Organizations: Understanding Written and Unwritten Agreements*, Newbury Park: Sage, 1995.

SHUMAN, D.W. The role of apology in tort law. *Judicature*, 2000, 83(4), 180-189.

SILBY, S. and P. EWICK. *The Common Place of the Law: Stories from Everyday Life.* Chicago: University of Chicago Press, 1998.

STRATTON, Mary and Diana LOWE. "Public Confidence and the Civil Justice System: What do we know about the issues?" The Canadian Forum on Civil Justice: A Report to the Justice Policy Advisory Subcommittee on Public Confidence Alberta Justice, 2006.

TRUBEK, David M. The construction and deconstruction of a disputes-focused approach: An afterword. *Law & Society Review*, 1980-1981, 15(3/4), 727-748.

WITMAN, Amy B., Deric M. PARK and Steven B. HARDIN. How Do Patients Want Physicians to Handle Mistakes?:A Survey of Internal Medicine Patients in an Academic Setting. *Archives of Internal Medicine*, 1996, 156(22), 2565-2569.

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 Breveté(e) ou Arbitre Breveté(e) :

New C.Meds / Nouveaux Méd.A :

Aaron Bourque, C.Med (Atlantic)

Yvan Dion, C.Med (ON)

Cecil R. Jaipaul, C.Med (ON)

Georgina Knitel, C.Med (AB)

Karen Mosewich, C.Med (AB)

Kim A. Parish, C.Med (ON)

Cathryn L. Paul, C.Med (ON)

New C.Arbs / Nouveaux Arb.A :

Justice Heather A. Lamoureux, C.Arb (AB)

Elaine Seifert, C.Arb (AB)

Michelle Simpson, C.Arb (AB)

Kelly VanBuskirk, C.Arb (Atlantic)

New Q.Meds / Nouveaux Méd.B :

Michael Braiden, Q.Med (ON)

Jaemi Michelle Bertrand, Q.Med (AB)

Mila Chavez Wong, Q.Med (ON)

Ruby Eversley, Q.Med (ON)

Nathan Fraser, Q.Med (AB)

Terry Wayne Hainsworth, Q.Med (ON)

Darrell Hayward, Q.Med (Atlantic)

Cindy Holovac-Leithead, Q.Med (ON)

Rocky L. Ieraci, Q.Med (ON)

Jonathan Jacobs, Q.Med (ON)

Ajit Jain, Q.Med (ON)

Marvin Kalchman, Q.Med (ON)

Elaine McCormack, Q.Med (BC)

Erin McLaughlin, Q.Med (AB)

Angela O'Leary, Q.Med (ON)

Maisie Robinson, Q.Med (ON)

Shelby Sawatzky, Q.Med (AB)

Robert Wm. Springer, Q.Med (BC)

Trish Thomas, Q.Med (ON)

Deborah Wiens, Q.Med (AB)

New Q.Arbs / Nouveaux Arb.B :

Tammy Borowiecki, Q.Arb (AB)

Dennis Callihoo, Q.Arb (AB)

Christopher Caruana, Q.Arb (ON)

Elena Czajkowski, Q.Arb (AB)

Benjamin M. Drory, Q.Arb (ON)

Michael Garcelon, Q.Arb (AB)

George Grams, Q.Arb (BC)

Deborah Herriot-Howes, Q.Arb (ON)

Marvin Kalchman, Q.Arb (ON)

Kevin Kelly, Q.Arb (AB)

Karina Kowal, Q.Arb (ON)

Sue Lambert, Q.Arb (AB)

Yves Lavallee, Q.Arb (AB)

Sharon Roberts, Q.Arb (AB)

William Sawchyn, Q.Arb (AB)

Craig Sherburne, Q.Arb (AB)

Jae Shim, Q.Arb (AB)

La justice au-déla du droit : pourquoi les avocats-plaideurs devraient-ils adhérer à la médiation ?

Août 2014*

** Cet article constitue l'élaboration d'une présentation donnée par l'auteur à l'Association du Barreau canadien, division du Nouveau-Brunswick, en 2013.*

« Vous faites un discours sur les avocats et le règlement des différends? . . . En général, je ne vois pas le lien entre avocats et règlement des différends ».

- Un serveur de Vancouver, lors d'une discussion avec la professeure Julie MacFarlane

Kelly VanBuskirk, B.A., LL. B., LL. M., Ph. D., Arb.A, est partenaire dans le cabinet d'avocats Lawson Creamer au Nouveau-Brunswick et aussi professeur adjoint à l'Université St. Thomas. Kelly pratique le droit du travail et agit à titre de médiateur et d'arbitre.

Au moins quelques avocats s'inscrivent à la faculté de droit dans le but principal d'aider les membres du public à résoudre leurs différends d'une manière légale et pacifique. Cela dit, il est utile de revenir sur la capacité de l'avocat moderne à favoriser le règlement efficace des différends dans le système juridique actuel. On pourrait faire valoir que notre système échoue lamentablement lorsque vient le temps d'offrir aux justiciables le type de règlements qu'ils désirent au moment de recourir à la justice. Dans le paragraphe d'introduction de son livre *The New Lawyer* (2008), la professeure Julie MacFarlane suggère que le public « [. . .] associe avocats et litige, et non avocats et règlement des différends — qu'il s'agisse de son propre avocat ou du représentant d'un adversaire » (2008 : 1). Bien qu'il soit possible que cette perception soit davantage le produit des procédures et des redressements offerts par notre système juridique que de l'attitude des avocats, elle nous invite néanmoins à réfléchir de manière sobre à l'approche des membres de la profession juridique à l'égard du règlement des différends. De plus, cette perception souligne l'importance pour les avocats de s'ouvrir aux mécanismes de règlement des différends comme la médiation.

Le système favorise les litiges

Il est improbable que la majorité des étudiants admis à la faculté de droit aient l'image suivante du système juridique et judiciaire :

a) relativement inaccessible à une grande partie de la population;
b) extraordinairement coûteux pour les justiciables qui peuvent y accéder;
c) chronophage et jonché de retards;
d) secret et loin d'être transparent;
e) formaliste plutôt que significatif;
f) inflexible et autolimitatif en ce qui concerne l'éventail des règlements possibles.

On pourrait pourtant soutenir que notre modèle juridique actuel est effectivement tout cela (Stratton et Lowe, 2006). Dans l'arrêt *Hryniak c Mauldin*, 2014 CSC 7 (CanLII), la juge Karakatsanis observe que la complexité, les délais et les coûts du système de justice civile canadien « ... peuvent faire obstacle au règlement juste et équitable des litiges . » La juge Karakatsanis va plus loin :

> Les coûts et les délais associés au processus traditionnel font en sorte que [...] le procès prive les gens ordinaires de la possibilité de faire trancher le litige. Alors que l'instruction d'une action en justice est depuis longtemps considérée comme une mesure de dernier recours, d'autres mécanismes de règlement des litiges, comme la médiation et la transaction, sont davantage susceptibles de donner des résultats justes et équitables lorsque la décision judiciaire demeure une solution de rechange réaliste. (paragraphe 24)

Les avocats qui souhaitent agir dans le meilleur intérêt de leurs clients devraient donc rechercher activement des moyens de réhabiliter le droit comme modèle pertinent de règlement des différends.

Que veulent les justiciables?

La littérature souligne à quel point la souplesse de la médiation est importante dans le règlement significatif des différends. Les chercheurs ont établi que certains justiciables ne pourront obtenir qu'une partie des résultats recherchés par le biais des recours judiciaires classiques. Par exemple, une étude sur les attentes en matière d'équité auprès des patients médicaux a déterminé que la grande majorité des patients croient que les erreurs médicales, même mineures, doivent être divulguées par le médecin (Mazor et autres, 2004). Au-delà de la divulgation, la recherche démontre qu'un pourcentage élevé de patients s'attendent à la proactivité en cas d'erreur médicale, soit sous la forme d'excuses de la part du médecin concerné, soit sous la forme de mesures visant à prévenir la répétition de la même erreur (Mazor et autres, 2004; Duclos et autres, 2005). Dans le contexte des litiges relatifs à la faute professionnelle médicale, on a constaté que des patients plaignants recherchent les réactions suivantes en cas d'erreur médicale, en ordre hiérarchique :

i. une admission claire de l'erreur;
ii. une explication de tous les détails de l'erreur;
iii. des excuses sincères;
iv. l'assurance que des mesures sont prises pour garantir que l'erreur ne se reproduira pas;
v. une indemnité financière pour les blessures, la douleur ou les souffrances;
vi. la reddition de comptes de la part du médecin. (Gallagher et autres, 2003)

Ces objectifs du recours aux tribunaux dans les dossiers de faute professionnelle médicale fournissent quelques indices sur les intentions d'autres types de justiciables. Si une certaine portion des Canadiens qui font des réclamations en justice s'attendent aux résultats recherchés (mentionnés ci-

dessus) par les patients victimes d'une faute professionnelle médicale, en tout ou en partie, on doit noter que les principes procéduraux du système de common law canadien s'éloignent nettement de la perception d'équité :

i. la loi impose aux victimes présumées d'erreurs et de fautes de détecter ladite erreur ou faute et d'entamer une réclamation en justice;
ii. en ce qui concerne l'attente d'une explication de l'erreur ou de la faute, le système exige que la partie victime ou demanderesse obtienne de telles informations auprès de l'auteur de l'acte répréhensible, par des enquêtes procédurales parfois complexes et chronophages;
iii. les provinces et les territoires du Canada n'ont pas tous adopté des lois exigeant ou favorisant les excuses;
iv. les assurances d'un changement de conduite futur, ou même d'efforts proactifs en ce sens, sont pratiquement irréalisables dans la plupart des cas, sauf si elles sont accordées volontairement dans un processus de négociation;
v. en ce qui concerne l'indemnisation financière, elle fait partie des options offertes par le système juridique actuel. Il faut toutefois souligner que bien souvent, le redressement compensatoire offert aux justiciables ne répond pas, et ne vise pas, les objectifs non économiques des justiciables.

D'autres lacunes du système juridique canadien ont également été examinées dans le contexte des dommages-intérêts compensatoires, un aspect clé des procès civils. Par exemple, l'adoption de lois imposant un « plafond » d'indemnité non pécuniaire pour la douleur et les souffrances en cas d'accident de véhicule automobile soulève des questions relatives à l'utilité et à la pertinence des indemnités pour dommages non pécuniaires. Shuman (2000) résume le débat sur les dommages-intérêts en cas de responsabilité civile pour des préjudices non pécuniaires et moraux :

> [TRADUCTION] Bien que l'octroi de dommages-intérêts pour l'indemnisation d'une perte effective subie en raison des actes répréhensibles d'un tiers est fermement appuyé par la jurisprudence et la littérature, l'octroi de dommages-intérêts résultant d'un délit civil pour l'indemnisation de préjudices moraux, comme le deuil, la perte de consortium, la douleur et les souffrances, a fait l'objet de vives critiques. (Shuman, 2000)

Comme le note Shuman (2000), on se préoccupe beaucoup moins de l'indemnisation légale des débours et des frais découlant de la faute du défendeur, peut-être surtout parce que les dommages-intérêts pécuniaires sont concrets et faciles à calculer. Cependant, l'acceptation plus large de l'octroi de dommages-intérêts pécuniaires repose peut-être aussi sur la conception sociale de l'être humain en tant qu'être économique, dont la valeur est étroitement liée à la génération de revenus et à l'accumulation de biens matériels. Peu importe la raison, le fait demeure : les dommages-intérêts non pécuniaires, conçus pour indemniser les victimes pour un préjudice moral et des souffrances à la suite de l'acte répréhensible d'un tiers, sont critiqués. Shuman (2000) a étudié le raisonnement de ceux qui critiquent les dommages-intérêts non pécuniaires :

> [[TRADUCTION] Dans un sens restreint, les dommages-intérêts pour les pertes matérielles réparent le mal; les dommages-intérêts pour un préjudice moral ne peuvent pas en faire autant. Bien que la douleur émotionnelle résultant de la perte d'un enfant ou d'un conjoint, par exemple, est sans aucun doute horrible, il est difficile de comprendre comment les dommages-intérêts pécuniaires versés par la partie ayant causé le préjudice, ou en son nom, peuvent apaiser cette douleur émotionnelle. (Shuman, 2000)

En réponse, on fait valoir que si la loi ne prévoyait pas de dommages-intérêts pour préjudices moraux, on se trouverait à créer un « droit de nuire ». Même si cela est peut-être vrai, Shuman suggère que cette position oublie l'élément fondamental, à savoir que les dommages-intérêts non pécuniaires constituent un mécanisme d'indemnisation, étant donné que l'emploi des dommages-intérêts non pécuniaires pour décourager la commission d'actes répréhensibles les transforme en élément dissuasif (2000). Le principe du « plaisir substitut » a également été avancé par Ingber comme justification des dommages-intérêts non pécuniaires. Ainsi, même s'il est impossible d'indemniser une victime pour des préjudices moraux, il est possible (et raisonnable) de fournir à la victime les moyens financiers qui lui permettront d'accéder à d'autres formes de plaisir et d'accomplissement (Ingber, 1994). Cependant, comme l'affirme Shuman, le principe du plaisir substitut [TRADUCTION] « repose sur un fondement moral et clinique précaire », étant donné que la suggestion voulant que des préjudices émotionnels importants puissent en quelque sorte être effacés ou guéris par des activités de substitution et des biens ne fait que dévaloriser le préjudice. D'un point de vue clinique, on a souligné que les thérapeutes du deuil recommandent plutôt de confronter le préjudice comme moyen de guérison. Le principe du plaisir substitut peut diluer ce bienfait, en encourageant les victimes à se détourner des difficultés du deuil en recourant à des activités et à des biens matériels de substitution (Shuman, 2000). Bien que la littérature ne soit pas définitive sur la question de l'utilité d'un redressement juridique pour les préjudices moraux, les recherches de Shuman appuient la position voulant qu'au moins une partie des justiciables aient recours à la justice dans le but d'obtenir des redressements autres que ceux promus par la loi (1994-1995). Shuman (1994-1995) fait valoir :

> [TRADUCTION] Aucune des recherches analysées dans le présent article ne prouve que le redressement en cas de responsabilité délictuelle ait un effet thérapeutique ou antithérapeutique sur les plaignants. Espérons que cette analyse donnera lieu à des recherches sur cet enjeu. Cependant, l'état actuel de la recherche suggère fortement que l'indemnisation basée sur la faute comporte des avantages potentiels et désavantages sérieux en matière de réparation [...]
>
> Les discussions sur le potentiel thérapeutique du droit de la responsabilité délictuelle et d'autres systèmes d'indemnisation rappellent ce que les thérapeutes savent déjà : il n'existe pas de traitement unique qui convienne à tous. (Shuman, 1994-1995)

L'expérience et la recherche démontrent que les mécanismes de règlement des différends axés sur l'indemnisation, comme le système juridique, ne répondent pas aux facteurs qui motivent certaines réclamations en justice. Pour revenir au domaine de la faute professionnelle médicale, les initiatives non indemnitaires, y compris les excuses, simples mais sincères, réduisent la probabilité que les victimes entament une action en justice (Kellett, 1987; Haley, 1986). En outre, et au-delà le domaine du droit de la responsabilité délictuelle, une étude sur les expériences des victimes d'agression sexuelle a permis de constater que la plupart des justiciables qui ont porté leur affaire en justice l'ont fait pour des motifs d'ordre thérapeutique, plutôt qu'en vue d'une indemnisation financière (Des Rosiers et autres, 1998).

Par ailleurs, d'autres indices laissent croire que les justiciables cherchent souvent un règlement de leurs différends qui ne s'inscrit pas dans les limites juridiques de l'indemnisation financière. Par exemple, Goldberg et autres (1992) ont étudié l'incidence des excuses dans la médiation des différends, en concluant que les victimes qui reçoivent des excuses sont souvent plus portées à accepter un règlement que celles qui n'en reçoivent pas. Un exemple convaincant est celui d'une réclamation en justice contre le diocèse catholique de Dallas pour avoir prétendument omis de protéger onze garçons contre les comportements sexuels abusifs d'un prêtre. Alors que le jury accordait aux demandeurs une indemnité de 119,6 millions de dollars, les victimes ont finalement réglé le dossier pour moins de 25 pour cent du montant accordé (23,4 millions de dollars), après que le diocèse ait également accepté de présenter ses excuses (Blaney et Dooley, 1998). Bien que des facteurs plus complexes puissent avoir joué dans le règlement du dossier (y compris le risque d'un appel couronné de succès par le diocèse), l'ajout d'excuses au règlement a réduit de façon significative le montant de l'indemnité exigée. Historiquement, le domaine des litiges n'a pas favorisé l'expression d'excuses. En fait, le système juridique a découragé les excuses, en raison de leur utilisation potentielle comme preuve de la responsabilité de la personne qui les offre et, dans certains cas, du risque potentiel d'une annulation de la police d'assurance de cette personne (MacLeod, 2008).

Les avocats comprennent-ils vraiment leurs clients?

Dans son étude portant sur la déconnexion des avocats relativement à leur compréhension des motivations derrière les réclamations en justice des justiciables et les motivations réelles de ces mêmes justiciables, Relis (2006) démontre que 41 pour cent des justiciables n'évoquent même pas l'indemnisation financière parmi l'éventail de résultats potentiels recherchés. Ce constat est cohérent avec les observations de Shuman, selon lesquelles le modèle juridique de l'indemnisation des dommages, particulièrement en ce qui concerne les préjudices non pécuniaires, ne s'arrime pas facilement aux attentes des profanes.

Bien qu'il semble incontestable que les parties considèrent comme étant insuffisante et généralement inacceptable la fixation du droit sur l'indemnisation financière en l'absence d'autres mesures de règlement, les règles de preuve découragent les excuses et d'autres formes de règlement non pécuniaire des différends (Shuman, 2000). Relis démontre que l'admission de la faute, les efforts pour éviter la répétition d'actes répréhensibles, l'information sur la causalité des actes répréhensibles et les excuses constituent tous des objectifs de premier plan des réclamations en justice. Cependant, comme nous l'avons vu, le système juridique n'encourage pas plus qu'il n'offre de tels résultats (2006). Une fois de plus, cette rupture totale avec les attentes des justiciables a peut-être contribué aux questions sur la pertinence du droit et jeté le doute sur la capacité des avocats à comprendre les objectifs de leurs clients.

L'impact des lacunes en matière de redressement du système juridique ne doit pas être sous-estimé. La recherche suggère que les résultats des différends possibles en vertu du droit peuvent façonner les attentes des justiciables. Ainsi, les personnes qui entament des réclamations en justice dans un but non indemnitaire peuvent finir par mettre l'accent sur l'aspect financier, que le droit les encourage à envisager (Relis, 2006). Markovits faisait la même remarque, en citant Trubek :

> [TRADUCTION] Les avocats et la procédure judiciaire appuient la transformation des différends « en créant des finalités, de sorte que les clients en viennent à vouloir — ou à tout le moins à accepter — ce que le système est prêt à leur offrir [...] La procédure judiciaire, pour le dire crument, garantit la paix au prix de l'abandon de la justice. » (Markovits, 2008 : 191)

Sur ce point, Felstiner, Abel et Sarat soutiennent que les objectifs des parties en litige sont influencés par un certain nombre de facteurs, y compris les mécanismes utilisés pour le règlement de leur différend (1980-1981). En ce qui concerne l'effet du système judiciaire sur les objectifs des réclamations en justice, Felstiner et autres renvoient à l'argument avancé par Aubert, qui soulève la question de l'efficacité du système juridique en tant que modèle de résolution des différends :

> [TRADUCTION] Parce que les tribunaux, par exemple, procèdent souvent à partir d'un nombre limité de normes pour évaluer un univers de faits pertinents encore plus circonscrit, « les besoins des parties, leurs désirs pour l'avenir,

Règles d'arbitrage de l'IAMC
et Régles nationales de médiation

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

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

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

Avantages d'être membre de l'IAMC

Devenez membre de la société affiliée dans votre région et vous profiterez des avantages suivants à l'échelle nationale :

- l'**affichage gratuit de votre profil sur « Se connecter à la PRD »**, la base de données centrale grâce à laquelle les utilisateurs de services de PRD pourront vous joindre;
- **une couverture d'assurance de responsabilité civile de premier choix extrêmement concurrentielle** (correspond au coût de l'adhésion à lui seul!);
- l'**utilisation du portail à l'intention des membres** avec accès en ligne à des produits spéciaux, des outils de soutien marketing, des documents et de l'information, des webinaires enregistrés et un centre où vous pouvez vous inscrire à des événements avec des rabais pour les membres;
- **de l'information importante mise à jour,** incluant la livraison électronique du ***JOURNAL d'Arbitrage* et de *Médiation Canadien*** deux fois par an et de ***Perspectives PRD*** six fois par an;
- **l'accès gratuit aux webinaires des réunions des sections d'intérêt spécial,** par l'entremise de notre société affiliée de l'Ontario, une ou deux soirées par semaine de 17 h 45 à 19 h 30 (HE). Les thèmes abordés sont les suivants : l'arbitrage familial, la facilitation, le milieu de travail, l'assurance, la construction, les conflits d'intérêts, le domaine commercial, la justice réparatrice, la médiation dans le domaine de la succession, etc.
- **des rabais accordés aux membres relativement aux activités de perfectionnement professionnel,** dont **la Conférence nationale de l'IAMC**;
- **le droit d'utiliser le logo de l'institut** sur vos cartes professionnelles, dans vos en-têtes de courrier, sur votre site Web et d'autres supports marketing pour faire valoir votre crédibilité en montrant que vous êtes membre d'un organisme reconnu et crédible;
- **des possibilités de sélection et d'emploi** offertes exclusivement aux membres de l'IAMC;
- **des avis d'emploi et débouchés particuliers communiqués** exclusivement aux membres de l'IAMC;
- l'accès aux **titres de membres agréés et brevetés** reconnus à l'échelle nationale et internationale (Méd.A et Arb.A, Méd.B et Arb.B), ainsi que la désignation de *l'International Mediation Institute (IMI);*
- l'accès aux **règles d'arbitrage de l'IAMC** et aux **règles nationales de médiation** pour nos clients;
- **des occasions de réseautage et en matière de leadership** et une voix unique pour les professionnels en PRD dans toutes les questions se rapportant à la pratique du mode PRD au Canada;
- des rabais spéciaux sur les produits et services relatifs à votre pratique tels que : des livres de Wolters Kluwer CCH; le logiciel de gestion de cas en utilisation en infonuagique **« Mediate to Go! »**; **« PAYD »** et **« Square »** – des modes de remplacement aux paiements en espèces ou par chèque pour vos clients; assurance de résidence et automobile de *Economical Select* extrêmement concurrentielle;
- *et bien plus...*

Votre société régionale affiliée vous offre de nombreux avantages et vous donne automatiquement le droit d'être membre de l'IAMC.

Pour de plus amples renseignements au sujet de l'adhésion et des différentes catégories, visitez le site Web de votre société régionale affiliée :

C.-B. - *bcami.com*
Alb. - *adralberta.ca*
Saskat. - *adrsaskatchewan.ca*
Man. - *adrmanitoba.ca*
Ont. - *adrontario.ca*
Québ. - *imaq.org*
Provinces de l'Atlantique - *adratlantic.ca*

Occasions d'adhésion d'entreprise disponibles aussi.

Suivez-nous @ADRCanada

Bureau 405 - 234, rue Eglinton est • Toronto (Ontario) • Canada M4P 1K5 Tél. : 416-487-4733/ 1-877-475-4353, Téléc. : 416-487-4429

cessent d'être pertinents pour la solution ». (Aubert, 1963 : 33; Felstiner et autres, 1980-1981 : 643)

Les avocats et la judiciarisation des différends

Les avocats maitrisent le déroulement du litige de leur client (Rosenthal, 1974). On a déjà suggéré que nous « [...] façonnons les différends en fonction de [nos] propres intérêts plutôt que ceux de [nos] clients » (Felsteiner et autres, 1980-1981 : 645). Trubek (1980-1981) écrit que les possibilités d'un différend sont souvent définies par les avocats, qui encouragent ou découragent les parties au litige en fonction d'intérêts économiques, ainsi qu'en fonction de leurs propres relations sociales et de leurs propres définitions de la société.

Les tribunaux ont également la capacité de transformer les différends [TRADUCTION] « [...] étant donné que les normes de fond qu'ils appliquent se distinguent des règles de la coutume ou de la morale ordinaire, et que leurs règles de procédure uniques sont susceptibles de circonscrire les problèmes et la preuve » (Felstiner et autres, 1980-1981 : 647). Étant donné que les règles et les principes juridiques ont une incidence sur les chances de succès des réclamations en justice, ils ont aussi des effets sur les calculs de rentabilité des avocats et sur la perception des avocats relativement aux relations et aux différends (Trubek, 1980-1981).

Les réclamations en justice surviennent lorsque les perceptions d'injustice ne sont pas résolues (Felstiner et autres, 1980-1981). Festiner et autres (1980-1981) suggèrent que [TRADUCTION] « l'expérience de la perception d'un préjudice » fait suite à un processus transformationnel qui commence par « nommer » (ou reconnaître l'expérience comme étant préjudiciable). L'étape « nommer » est suivie par « blâmer », ce qui implique l'imposition de la responsabilité du préjudice à un tiers. La dernière étape de la transformation est « réclamer », alors que la partie lésée réclame un redressement. Si la réclamation de la partie lésée est rejetée, l'expérience de la perception d'un préjudice se transformera alors en différend. Festiner et autres (1980-1981) remarquent que le rejet de la réclamation n'est pas nécessairement exprimé : il peut aussi prendre une forme plus passive, comme l'absence de réponse. Lorsque l'expérience de la perception d'un préjudice se transforme en différend, la partie lésée doit choisir un mécanisme de règlement. Ce choix peut être influencé par un certain nombre de facteurs, y compris les objectifs de ladite partie lésée. Cette thèse examine notamment deux questions : quelles sont les causes des réclamations en justice chez les membres du personnel et à quel point le système juridique répond-il à leurs objectifs de réclamation?

Le système, tel que nous le connaissons aujourd'hui, est mieux conçu pour régler les litiges entre inconnus. En fait, Barton suggère que [TRADUCTION] « c'est peut-être là sa raison d'être historique » (1999). Il note que le système juridique a été amélioré et élargi en réaction à la révolution industrielle, qui a favorisé la mobilité des travailleurs. En conséquence, [TRADUCTION] « les transactions commerciales impersonnelles » ont considérablement augmenté. À partir du moment où le fondement de la communication relationnelle s'est ainsi érodé, le droit a élaboré sa proposition de valeur comme un mécanisme impartial de règlement des différends, dans lequel [TRADUCTION] « l'engagement personnel est non seulement superflu, mais dangereux » (Barton, 1999).

Barton suppose que même lorsque les gens font appel au système juridique pour régler des conflits interpersonnels, ils sont gênés de n'avoir pu trouver de meilleure approche pour régler le problème :

> [TRADUCTION] Ils se rendent compte qu'avec de meilleures compétences en communication ou des relations plus solides, dès le départ, les choses n'en seraient pas venues là. Le discours juridique peut donc symboliser le fait de s'en remettre à l'opportunisme, ou la crainte de créer des liens trop étroits avec des tiers. Les avocats ont fini par représenter une perte générale d'entente ou de communauté, même lorsque leur pouvoir est attrayant (Barton, 1999).

Barton répond peut-être à sa propre question, à savoir [TRADUCTION] « pourquoi, alors que le droit est de plus en plus essentiel à la vie de tous les jours, ses praticiens semblent-ils de plus en plus méprisés socialement? » Dans son rapport de 2005, le Comité sur l'avenir de l'ABC confirme la mauvaise image des avocats au pays (2005 : 20) :

> La plus grande menace pesant sur la demande de services est peut-être l'*image négative* des avocats aux yeux du public. Ce phénomène est regrettable et injuste, car l'opinion publique peut être influencée par les faiblesses, les injustices ou les lacunes du système juridique actuel (retards, processus d'appel, frais de dépôt, entre autres) ou par les idées erronées du public concernant le rôle des avocats dans le système juridique. Quoi qu'il en soit, cela affecte [sic] tous les avocats, particulièrement lorsque surgit un cas réel d'irrégularité ou de manque de professionnalisme. Le stéréotype de l'avocat sans scrupules [sic] est renforcé par le portrait propagé par les films, les livres et les autres médias. [...] Cependant, un fait notoire et certainement intrigant est que la grande majorité des membres du public éprouvent un profond respect pour leur avocat

« 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 de l'IAMC et Règles nationales de médiation sont reconnu comme étant la norme idéale en matière de règlement des conflits à l'échelle national.

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

personnel, mais ont une opinion négative envers les avocats en général.

Une explication possible de la méfiance croissante du public envers les avocats est offerte par Markovits (2008), qui suggère que le système juridique et ses administrateurs doivent [TRADUCTION] « pénétrer » et « transformer » les attitudes des parties en litige, et que le système juridique doit [TRADUCTION] « redéfinir les enjeux » entre les parties à un litige (Markovits, 2008 : 188). En outre, Markovits soutient que les avocats doivent [TRADUCTION] « objectiver » les préoccupations de leurs clients et les distinguer des intérêts qu'ils représentent, afin que les préoccupations des justiciables cadrent dans les structures juridiques (Markovits, 2008 : 188). La transformation et la redéfinition des perceptions des personnes à la recherche d'un redressement juridique ne seraient pas nécessaires, bien sûr, si le droit était en mesure de répondre correctement aux préoccupations d'origine de ces personnes. Markovits souligne que les avocats ont le devoir d'atténuer au moins en partie des attentes de leurs clients. Il ajoute que les clients ne feront confiance aux « conseils atténuateurs » de leurs avocats que s'ils perçoivent que lesdits avocats demeurent néanmoins fidèles et sympathiques à leur cause, en dépit du fait qu'ils les découragent par rapport à leurs véritables désirs de redressement (Markovits, 2008 : 198).

Les comportements en société sont régis par des règles juridiques et des normes sociales (Macfarlane, 2008). Alors que le droit est souvent considéré comme le principal mécanisme de règlement des différends, il n'est certainement pas le seul concept de justice employé pour régler les différends. Par exemple, une collectivité d'élevage de la Californie a élaboré un système de règlement des différends [TRADUCTION] « hors de portée de l'ombre de la loi », fondé sur les valeurs et les croyances en matière de justice propres à la collectivité (Ellickson, 1991). Bien que le droit ne soit qu'un mécanisme de règlement des différends parmi d'autres, il peut être un dernier recours efficace. Macfarlane fait valoir que « l'ombre » de la loi est un outil prédictif important de la réussite des règlements des différends (Macfarlane, 2008 : 168; voir également Mnookin et Kornhauser, 1979).

Il semble que les profanes perçoivent le système juridique comme un concept impartial et objectif, qui offre un certain équilibrage des pouvoirs aux moins puissants de la société (Macfarlane, 2008). Effectivement, Silbey et Ewick (1998) ont constaté que les parties à un litige placent souvent leur confiance dans le système juridique, sans en connaître réellement les règles et les principes. Bien que le système juridique impose aux parties des exigences et des inconvénients, comme de longs délais, on a constaté que ces inefficacités sont généralement acceptées, probablement en raison de la confiance dans la justice des participants (Silbey et Ewick, 1998). Macfarlane (2008) fait valoir que la justice peut [TRADUCTION] « s'en tirer » malgré des inefficacités en matière de temps et de coûts, parce que la tolérance du public est cultivée par son absence de compréhension du système.

La littérature indique que le droit ne répond pas, et ne cherche peut-être pas à répondre, à toutes les attentes et à tous les objectifs des justiciables qui ont accès au système juridique. Malgré un certain accès à des explications et à un aperçu de ce qui s'est produit concernant une faute alléguée (sous réserve des restrictions imposées par les règles de preuve), le droit finit par mettre l'accent sur la question de l'indemnisation financière, en grande partie au détriment de tous les autres facteurs considérés comme étant importants par les patients cités dans l'analyse de Gallagher et autres (2003) ci-dessus et par les justiciables ayant participé à l'enquête de Relis (2006). La littérature démontre que les justiciables qui recourent au système juridique pour régler leurs différends sont principalement à la recherche de résultats non économiques, qui concernent davantage la nature relationnelle de l'indemnisation, plutôt que son aspect purement pécuniaire.

Pourquoi les gens ne poursuivent-ils pas ?

Certaines personnes qui subissent une injustice choisissent de ne pas entamer de poursuites judiciaires. Les raisons pour lesquelles elles décident de ne pas faire de réclamation en justice pour obtenir un redressement sont pertinentes à la présente analyse. Brodsky et autres (2004) suggèrent l'existence de huit facteurs principaux qui dissuadent les victimes d'une injustice de recourir aux tribunaux.

1. *Contextes psychologiques :* Dans certains cas, des circonstances émotionnelles et personnelles convainquent tout simplement la victime de ne pas entamer de poursuites.
2. *Évidence de la négligence :* Lorsque la nature et l'étendue de la négligence de l'auteur d'un acte répréhensible sont incertaines, les victimes sont souvent moins susceptibles d'entamer des poursuites.
3. *Déficience physique :* Si elle n'a pas été blessée, ou si on prévoit que sa blessure guérira rapidement, la victime d'une injustice est moins susceptible de faire une réclamation juridique.
4. *Sentiment d'injustice :* Les personnes qui perçoivent le monde comme étant particulièrement injuste à leur égard sont plus susceptibles d'entamer des poursuites que ceux qui perçoivent le monde comme étant généralement juste.
5. *Histoire juridique :* Les personnes qui ont déjà eu affaire au système juridique sont plus susceptibles de faire des réclamations en justice que les autres.
6. *Analyse risque-bénéfice :* Le risque d'aliénation sociale ou de gêne, dans certains cas, décourage certaines personnes de faire des réclamations en justice.
7. *Temps et énergie :* Certaines victimes d'injustice ne sont pas disposées à perdre le temps et l'énergie considérables nécessaires aux réclamations en justice.
8. *Inertie :* Les personnes qui préfèrent vivre selon des habitudes ininterrompues sont moins susceptibles d'entamer des poursuites judiciaires.

Une composante de l'évaluation risque-bénéfice, jugée par Brodsky et autres comme étant un facteur démotivant relativement aux recours aux tribunaux, est le potentiel d'aliénation sociale, possiblement causée par le processus public dans le cadre duquel le différend et les préjudices de la victime doivent être

étudiés. Dans deux des études de cas réalisées par Brodsky et autres, des membres du personnel ont dit craindre d'être perçus comme un risque pour de nouveaux employeurs potentiels s'ils entamaient une réclamation en justice (2004).

Les redressements non juridiques potentiels de la médiation

Le sujet des recours non juridiques potentiels découle d'une question posée par Lind (1997) dans un contexte de renvoi injustifié : quelle est la motivation des membres du personnel qui envisagent de recourir aux tribunaux contre leurs employeurs? Est-ce la violation d'un contrat juridique ou la violation d'un contrat psychologique, et, s'il s'agit de ce dernier, une loi sur les excuses offrirait-elle une réponse utile? En ce qui concerne le but de l'analyse, soit de déterminer quelles étaient les motivations derrière les recours aux tribunaux des membres du personnel, on avait auparavant conclu que les réponses émotionnelles et comportementales aux violations d'un contrat peuvent être amenuisées si les membres du personnel concernés ont l'impression que la violation s'inscrit dans un processus et un traitement équitables (Rousseau, 1995). Toutefois, étant donné que les considérations psychologiques des contrats sont influencées par les trois aspects de la théorie de la justice organisationnelle, et non seulement par la sous-théorie de la justice procédurale, il nous reste encore beaucoup à apprendre sur l'interaction des modèles de justice organisationnelle et juridique avec la perception de la relation de travail par les membres du personnel.

Néanmoins, l'incapacité du système juridique à répondre pleinement aux préoccupations des membres du personnel de manière significative et satisfaisante peut prolonger inutilement les litiges et, en même temps, priver les membres du personnel du sentiment de résolution recherché. Comme le démontre la recherche de Genn (1998), au moins une partie des justiciables mécontents qui entament un recours devant les tribunaux le font dans le but principal d'obtenir des excuses. En faisant des excuses une option « sure » pour les défendeurs, la législature du Nouveau-Brunswick donnerait aux intervenants du système de règlement des différends un outil supplémentaire, à mettre en œuvre dans la recherche de règlements efficaces. Quoique non accessible aux demandeurs d'un procès formel, des redressements économiques et personnalisés comme les excuses peuvent constituer une base pour la médiation. En fait, la médiation offre aux parties une grande souplesse lorsque vient le temps de façonner des résultats acceptables à leurs différends, pour répondre à leurs préoccupations réelles, plutôt que d'essayer de s'adapter tant bien que mal à une solution « générique ».

Quelle approche les avocats devraient-ils adopter à l'égard de la médiation?

Les avocats ont le devoir d'agir dans le meilleur intérêt de leurs clients. Par conséquent, et particulièrement à la lumière de la préoccupation exprimée par la Cour suprême du Canada concernant l'utilité des mécanismes de règlement des différends, dont la médiation, on peut affirmer que les avocats ont la responsabilité éthique d'examiner avec leurs clients la possibilité et les avantages potentiels de la médiation. Pour les avocats, une approche raisonnable pourrait consister à déjudiciariser les différends de leurs clients, en s'efforçant de comprendre les véritables enjeux derrière un litige. Une fois de plus à la lumière des constatations de Gallagher et autres (2003) ci-dessus, les avocats doivent faire preuve de prudence et reconnaître que leurs clients parties à un différend pourraient ne pas vouloir, voire ne pas aimer, les redressements juridiques offerts par un procès. Les avocats devraient garder à l'esprit que « [...] le procès conventionnel ne correspond plus à la réalité actuelle et doit être rajusté » (*Hryniak c Mauldin*, précité). S'il faut trouver une solution plus rapide, moins coûteuse et plus créative, les avocats seront peut-être forcés à moins penser comme des avocats. Dans *A Handbook on Judicial Dispute Resolution for Canadian Lawyers*, le juge John Agrios (2004) souligne la nécessité d'une approche non conflictuelle dans la médiation. Parmi d'autres suggestions, le juge Agrios (2004) propose que les avocats : informent leurs clients que l'approche contradictoire habituelle ne s'appliquera pas; veillent au caractère réaliste des attentes de leurs clients; soient prêts à la possibilité que l'avocat ou le client ait tort; soient objectifs; et résistent à la tentation de revenir à une position contradictoire.

Comme le recommande le rapport du Groupe de travail sur les systèmes de justice civile de l'Association du Barreau canadien « [...] les avocat(e)s plaidant(e)s doivent délaisser une approche fondée sur les droits pour adopter une approche élargie de résolution des problèmes » (Groupe de travail sur les systèmes de justice civile de l'Association du Barreau canadien, 1996). Macfarlane souligne que la formation en droit et la pratique du droit ancrent les avocats dans la conviction que la résolution des différends fondée sur les droits est le meilleur moyen de résoudre les problèmes (Macfarlane, 2008). Cependant, Macfarlane observe avec raison que [TRADUCTION] « [...] le modèle fondé sur les droits suppose que la source du différend est dans tous les cas un principe moral sur lequel tout compromis est impossible [...] » et que ce modèle favorise une approche du bien contre le mal à l'égard de la résolution de problèmes, plutôt que de mettre l'accent sur une solution qui soit [TRADUCTION] « [...] opportune, possible ou sage » (Macfarlane, 2008). Les avocats seraient sans doute d'accord avec la suggestion de Macfarlane, qui croit que de nombreux différends soumis aux avocats ne sont pas adaptés à l'approche classique du règlement fondé sur les droits du système juridique.

L'ironie, dans tout cela, est que les résultats de la recherche suggèrent que la conduite agressive et contradictoire entre avocats est en hausse, en dépit de la mise en place de processus de règlement des différends couronnés de succès dans les années 1980 (Gilson et Mnookin, 1994). Vraisemblablement, le serveur qui disait à Macfarlane ne pas voir de lien entre avocats et règlement des différends (2008) avait mis le doigt sur quelque chose. Afin d'accroitre sa capacité collective à favoriser une approche élargie de la résolution des problèmes, il est évident que la profession juridique doit examiner de façon critique ses habitudes et ses croyances en

matière de pratique, et que ses membres doivent être prêts à accroitre sa pertinence pour répondre aux besoins de règlement des différends de la société.

Le changement de paradigme nécessaire sera particulièrement difficile pour de nombreux avocats qui gravitent autour des règlements économiques « juridiques » des différends, et qui sous-estiment la valeur des facteurs psychologiques, comme les excuses sincères ou l'expression de remords (Daicoff et Wexler, 2003). En outre, le concept du règlement des différends fondé sur les droits encourage les avocats à recadrer les objectifs de leurs clients, de sorte à les insérer dans le cadre juridique, avec [TRADUCTION] « pour conséquence que de nombreux justiciables ont l'impression que leur problème initial s'est transformé en une chose qu'ils ne reconnaissent pas, moulée dans une histoire d'argent par une déclaration de réclamation ou de défense » (Macfarlane, 2008). Clift (2009) fait remarquer que jusqu'à tout récemment les avocats n'étaient pas bien formés aux techniques de négociation ou de règlement des différends. Par conséquent, la profession juridique a mis l'accent sur le processus de jugement des litiges, avec moins d'emphase sur la recherche de solutions. À l'opposé, la médiation invite les avocats et leurs clients à réfléchir aux différends comme ils sont dans la réalité, plutôt que dans les limites du concept juridique, et à envisager des solutions efficaces et satisfaisantes.

La médiation offre aux avocats un moyen potentiellement efficace pour résoudre les problèmes de leurs clients. La profession doit continuellement se rappeler que les clients sont le plus souvent à la recherche de solutions. Cependant, afin de maximiser les chances que leurs clients parviennent à une résolution acceptable de leurs problèmes, les avocats doivent d'abord reconnaître les limites du système de règlement des différends classique, et s'ouvrir à une rationalisation qui modifie le paradigme des intérêts et des droits.

BIBLIOGRAPHIE

AGRIOS, JUSTICE JOHN A. et AGRIOS, JANICE A. A Handbook on Judicial Dispute Resolution for Canadian Lawyers, 2004. [en anglais seulement]

AUBERT, V. Competition and dissensus: Two types of conflict and conflict resolution. *Journal of Conflict Resolution*, 1967, 7(1), 26-42. [en anglais seulement]

BARTON, T. D. Therapeutic Jurisprudence, Preventive Law, and Creative Problem Solving: An Essay on Harnessing Emotion and Human Connection. *Psychology, Public Policy and Law*, 1999, 5(4), 921-943. [en anglais seulement]

BLANEY et DOOLEY. Diocese Apologizes in Kos Case, 23.4 Million Deal Reached With Plaintiffs. *Fort Worth Star Telegram*, le 11 juillet 1998, 1. [en anglais seulement]

BRODSKY, S.L., C. M. BRODSKY, et J. D. WOLKING. Why people don't sue: A conceptual and applied exploration of decisions not to pursue litigation. *The Journal of Psychiatry & Law*, 2004, 32, 273. [en anglais seulement]

RAPPORT DU COMITÉ SPÉCIAL DE L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN. *Clair comme le cristal — Perspectives novatrices pour l'Association du Barreau canadien, Présenté au Conseil de l'Association du Barreau canadien par le Comité sur l'avenir de l'ABC*, ISBN 1-897086-00-8, août 2005.

GROUPE DE TRAVAIL SUR LES SYSTÈMES DE JUSTICE CIVILE DE L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN. *Rapport du Groupe de travail sur les systèmes de justice civile*, ISBN 0-920742-61-9, août 1996.

CLIFT, R. The phenomenon of mediation: judicial perspectives and an eye on the future. *Journal of International Maritime Law*, 2009, 15, 508-517. [en anglais seulement]

DAICOFF, S. et D.B. WEXLER. Therapeutic Jurisprudence. Dans : Allan M. GOLDSTEIN, et Irving WEINER, éd., *Handbook of Psychology*, Vol. 11, Hoboken: John Wiley and Sons, Inc., 561-576. [en anglais seulement]

DES ROSIERS, N., B. FELDTHUSEN et O.A.R. HANVISKY. Legal compensation for sexual violence: Therapeutic consequences and consequences for the judicial system. *Psychology, Public Policy and Law*, 1998, 4(1/2), 433-451. [en anglais seulement]

DUCLOS, Christine W. et autres. Patient Perspectives of Patient-Provider Communication after Adverse Events. *International Journal of Quality and Health Care*, 2005, 17(6), 479-486. [en anglais seulement]

ELLICKSON, R. *Order without Law: How Neighbours Settle Disputes.* Cambridge: Harvard University Press, 1991. [en anglais seulement]

FELSTINER, W.L.F., R.L. ABEL et A. SARAT. The Emergence and Transformation of Disputes, *Law and Society Review*, 1980-1981, 15, 631-654. [en anglais seulement]

GALLAGHER, T.H. et autres. Patients' and physicians' attitudes regarding the disclosure of medical errors. *Journal of the American Medical Association*, 2003, 289(8), 1001-1007. [en anglais seulement]

GENN, H. *Paths to Justice: What People Do and Think about Going to Law*. Hart Publishing: Oxford, 1999. [en anglais seulement]

GILSON, R. et R. MNOOKIN. Disputing through agents: cooperation and conflict between lawyers in litigation, *Columbia Law Review*, 1994, 94, 509. [en anglais seulement]

GOLDBERG, S.B., N.H. ROGERS, F. SANDERS et S.R. COLE. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and other Processes*, 2e éd., New York: Aspen Publishers, 1992, 116-137. [en anglais seulement]

HALEY, J. O. The implications of apology. Law and Society Review, 1986, 20(4), 499-508. [en anglais seulement]

MACFARLANE, J. *The New Lawyer: How Settlement is Transforming the Practice of Law.* Vancouver: UBC Press, 2008. [en anglais seulement]

INGBER, Stanley. Rethinking intangible injuries: A focus on remedy. *California Law Review*, 1985, 73(3), 772-856. [en anglais seulement]

KELLETT, A.J. Healing angry wounds: the role of apology and mediation in disputes between physicians and patients. *Journal of Dispute Resolution*, 1987, 1987(10), 111-131. [en anglais seulement]

LIND, E.A. Litigation and Claiming in Organizations: Anti-Social Behaviour or Quest for Justice? Dans : Robert A. GIACALONE et Jerald GREENBERG, éd. *Anti-Social Behaviour in Organizations*. Thousand Oaks: Sage Publications, Inc., 1997. [en anglais seulement]

MACFARLANE, J. *The New Lawyer: How Settlement is Transforming the Practice of Law.* Vancouver: UBC Press, 2008. [en anglais seulement]

MACLEOD, Leslie H. A time for apologies: The legal and ethical implications of apologies in civil cases. *Cornwall Public Inquiry, Phase 2 Research and Policy Paper,* le 12 avril 2008. [en anglais seulement]

MARKOVITS, D. Luck Egalitarianism and Political Solidarity. *Theoretical Inquiry*, 2008, 9, 271. [en anglais seulement]

MAZOR, K.M. et autres. Health Plan Members' View About Disclosures of Medical Errors. *Annals of Internal Medicine*, 2004, 140(6), 409-418. [en anglais seulement]

MNOOKIN, R. et C. KORNHAUSER. Bargaining in the shadow of the law: the case of divorce. *Yale Law Journal*, 1979, 88, 950. [en anglais seulement]

RELIS, T. It's not about the money!: a theory on misconceptions of plaintiffs' litigation aims. *University of Pittsburgh Law Review*, 2007, 68(3), 341. [en anglais seulement]

ROUSSEAU, D.M. *Psychological Contracts in Organizations: Understanding Written and Unwritten Agreements*, Newbury Park: Sage, 1995. [en anglais seulement]

SHUMAN, D.W. The role of apology in tort law. *Judicature*, 2000, 83(4), 180-189. [en anglais seulement]

SILBY, S. and P. EWICK. *The Common Place of the Law: Stories from Everyday Life.* Chicago: University of Chicago Press, 1998. [en anglais seulement]

STRATTON, Mary et Diana LOWE. "Public Confidence and the Civil Justice System: What do we know about the issues?" The Canadian Forum on Civil Justice: A Report to the Justice Policy Advisory Subcommittee on Public Confidence Alberta Justice, 2006. [en anglais seulement]

TRUBEK, David M. The construction and deconstruction of a disputes-focused approach: An afterword. *Law & Society Review*, 1980-1981, 15(3/4), 727-748. [en anglais seulement]

WITMAN, Amy B., Deric M. PARK et Steven B. HARDIN. How Do Patients Want Physicians to Handle Mistakes? A Survey of Internal Medicine Patients in an Academic Setting. *Archives of Internal Medicine*, 1996, 156(22), 2565-2569. [en anglais seulement]

ADR Outsourcing

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

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

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

Félicitation aux lauréats régionaux et nationaux 2014 des prix d'excellence Lionel J. McGowan!

Prix d'excellence Lionel J. McGowan 2014 pour l'excellence du service à l'échelle nationale

Ce prix est décerné chaque année à une personne qui a contribué de façon remarquable au développement et à la réussite de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada : ses politiques, ses programmes ou la promotion de l'IAMC à l'échelle nationale.*

James (Jim) Musgrave, c.r., Méd.A, Cox & Palmer, ancien président de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada (2012-2014)

On a décerné le prix McGowan à Jim pour saluer « son travail inlassable en tant que président en faveur de la progression et de l'organisation, du développement de la structure de l'Institut, des relations nationales-régionales et des programmes nationaux, et le fait qu'il n'a jamais baissé les bras devant une tâche ardue, tout en démontrant un leadership admirable. »

Jim a aiguillé l'Institut sur la bonne voie grâce à un Plan stratégique, à la Table ronde des présidents, à un nouveau Règlement général, à de nouvelles Règles d'arbitrage, à de nouveaux programmes de formation nationaux, à une nouvelle section régionale affiliée au Manitoba, à une relation améliorée avec notre section affiliée du Québec, à une responsabilisation accrue des comités, et bien plus encore.

Félicitations, Jim, et merci beaucoup!

Jim Musgrave, David McCutcheon

Prix d'excellence Lionel J. McGowan 2014 pour l'excellence du service à l'échelle régionale

Ce prix est décerné chaque année à une personne dont on désire reconnaître la contribution remarquable au développement et à la réussite d'une section affiliée de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, ou encore à la promotion et au développement de la prévention et du règlement des différends au sein d'une région.*

Thierry Bériault, Claude Métras, David McCutcheon, Pierre Grenier

Claude Métras, Arb.A, Méd.A, Raymond Chabot Grant Thornton

Depuis 1987, la carrière de Claude est étroitement liée à l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ), notamment à titre de membre du conseil d'administration de 1994 à 2013. Il a offert un solide soutien au développement de l'IMAQ de multiples façons, par exemple en négociant un partenariat avec l'Université de Sherbrooke qui désirait offrir une formation de haut niveau en médiation et en arbitrage.

Il est également président du comité d'agrément de l'IMAQ depuis 2007, ce qui lui demande de s'assurer que les membres sont hautement qualifiés, et offre de plus son appui au comité de sélection et de nomination de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada depuis 2010. En 2013, l'IMAQ a reconnu Claude parmi ses Bâtisseurs, et nous sommes ravis de l'honorer davantage en lui décernant le prix McGowan.

Félicitations, Claude, et merci beaucoup!

* L'enseignement professionnel de la PRD, le simple traitement de dossiers de PRD et les autres pratiques de PRD usuelles ne sont pas admissibles. De la même façon, le simple fait de siéger au conseil de l'IAMC et de l'une de ses sections affiliées n'est pas admissible, sauf en cas de contributions extraordinaires.

Reasons Why Scheduled Grievance Arbitrations Do Not Go Ahead To A Hearing:

Results From An Alberta Based Research Project

Roger Gunn is an Instructor at the JR Shaw School of Business at NAIT in Edmonton and is also a practicing labour arbitrator in the province of Alberta.

Introduction

Conventional wisdom says that only one in ten scheduled grievance arbitrations actually goes to a hearing. Anecdotal evidence from arbitrators in Alberta have indicated a recent decline in the number of arbitrations that are going ahead to a hearing. Why is that? Why are so many scheduled arbitrations being cancelled?

Research has been conducted on the reasons for the delay, from giving notice to take a grievance to arbitration and the actual arbitration taking place. A review of databases uncovered only one article by Berkley (1989) who examined some of the faults with Labor-Management Arbitration in the United States, some of which were the delay in scheduling of arbitrations, the delay in the issuing of the awards and the shortage of arbitrators. A literature review revealed no papers on the scheduling or cancellation of arbitration hearings.

Picher and Mole (1993) described the problem of delay at arbitration but did not mention the reasons for the cancellation of scheduled arbitrations, nor did Ponak and Olson (1996) in their paper on delay in grievance arbitration.

Foisy (2001) examined the Quebec experience and noted that 97% of grievances are resolved without the need for an arbitration hearing but did not examine why they did not go to a hearing.

The reasons why the arbitrations do not happen is unknown except to the parties directly involved. Examining and publishing the reasons why arbitrations do not happen would allow the entire Labour Relations community to increase their awareness and understanding of this aspect of Labour Relations. Increased understanding might lead to increased efficiencies in the arbitration process.

The purpose of this study was to gather data by means of a questionnaire sent to the various unions and employers who are unionized, in Alberta, to explore the reasons why scheduled grievance arbitrations do not go ahead to a hearing and the proportion of scheduled arbitrations which are cancelled prior to the hearing.

Methodology
Sample and Procedure

With the assistance of Mediation Services, Human Services Department of the Government of Alberta, a questionnaire was sent out, using Mediation Services' database of email addresses and contact persons for the unions in Alberta and the employer organizations which are unionized, in Alberta.

It should be noted that it is the role of Mediation Services to maintain a roster of arbitrators who are appointed to hear and rule on grievances as the last step in the grievance process. This database includes the email addresses and contact persons for each of the unions and employers contained therein. Permission from Mediation Services was obtained to use their database and legal advice had been obtained by them that this use of their database was compliant with Section 42 of the FOIP legislation. Thus, all of the unions and employers which have unionized employees that are in this Government of Alberta database, were invited to participate in this study.

The questionnaire was sent to 259 unions, unionized employers and arbitrators in the province of Alberta, in December 2013.

Questionnaire results were collected anonymously. Research results, outlined in this report, are a description of general findings and are based on aggregate data.

All responses were kept confidential. No employer, union or arbitrator is identified by name.

The results included questionnaire answers received from a 43 day period from December 2013 to early January 2014. Forty completed responses were received during this period. This represents a 15% response rate and is composed of 11 union respondents, 26 employer respondents and 3 arbitrator respondents.

Survey

The questionnaire asked the target organizations questions on the number of grievance arbitrations they had scheduled in the last four years (2010, 2011, 2012 and 2013) and of those scheduled how many did not go to a hearing. Additional questions explored reasons why the grievance arbitrations were cancelled and did not go ahead.

The information collected included the following:

1. Whether the respondent was a union or an employer representative.
2. Whether they were in the public or the private sector.
3. The number of arbitrations that were scheduled in each of 2010, 2011, 2012 and 2013.
4. The number of arbitrations that actually took place in each of those years.
5. Whether the reasons the arbitrations did not take place was due to:
   a. Union and management negotiated a settlement, b. the grievance was withdrawn or c. other reasons.
   The respondents were asked to identify the number of arbitrations which were settled for each of the above reasons.
6. Respondents were asked to identify if there were other reasons for the arbitration not proceeding, including:
   i) going to arbitration was cost prohibitive.
   ii) the passage of time between filing the grievance and the arbitration hearing made the issuance of a binding award less important to the parties.
   iii) continuing with the arbitration would have adversely affected the relationship between the parties.
   iv) the grievor did not want to continue with the arbitration.
   v) other reasons.
7. The top three reasons for going ahead with the hearing and receiving an award:
   i) The matter to be decided is important to the grievor.
   ii) The matter is an important policy issue.
   iii) Other reasons.
8. Arbitrators were asked to provide the following information for the period January 1, 2010 to December 31, 2013:
   Number of arbitrations they were appointed to.
   Number of hearings scheduled.
   Number of hearings held.
   Number of hearings scheduled, but yet to be heard.
9. Arbitrators were asked to report on the amount of notice they received of a hearing being cancelled as follows:
   Number of times they were given less than fourteen days' notice.
   Number of times they were given more than fourteen days' notice but less than thirty days' notice.
   Number of times they were given more than thirty days' notice.

Analysis of the Data

a. Union Data

Responses from unions were examined separately from the responses from the employers as to not double count the data. The following table summarizes the responses from the 11 **union** respondents.

Table 1.
Union Responses on Arbitrations Scheduled and Held from 2010 to 2013

	2010	2011	2012	2013
Scheduled Arbitrations	41	53	76	59
Hearings Held	10	7	12	8
Percent	24%	13%	16%	14%

The average percent of scheduled arbitrations going ahead to a hearing, over the four year period is 17%. This is over the number which conventional wisdom would indicate of one in ten hearings going ahead. As can be seen from the table, in 2010, 24% of scheduled arbitrations went ahead to a hearing. The following year, only 13% went ahead.

b. Employer Data

The following table summarizes the responses from the 26 **employers** who responded to the survey.

Table 2.
Employer Responses on Arbitrations Scheduled and Held from 2010 to 2013

	2010	2011	2012	2013
Scheduled Arbitrations	42	55	109	97
Hearings Held	4	7	21	14
Percent	10%	13%	19%	14%

The average percent of scheduled arbitrations going ahead to a hearing, over the four year period is 14%, slightly more than the one in ten hearings conventional wisdom would indicate. From the table, one can see that the percent of scheduled arbitrations that went ahead to a hearing, ranged from a high of 19% in 2012 to a low of 10% in 2010.

c. Combined Data

Of the eighty-three total reported arbitrations that **did go ahead** to a hearing, (from January 1, 2010 to the end of December 2013), respondents from both the unions and the employers, where asked to provide the frequency with which the reasons fell under the categories shown below in Table 3.

Table 3.
Reasons Why Arbitrations Went Ahead to a Hearing

The matter to be decided was important to the grievor	The matter was an important policy issue	If there were other reasons, please describe them
38 or 46%	31or 37%	3 went ahead as group issues (4%)

Eleven of the arbitrations went ahead for other reasons.

Of the 532 total reported scheduled arbitrations which **did not go ahead** to a hearing, the respondents were asked to indicate the number of times the reasons for not going ahead fell under the

following three categories: union and management negotiated a settlement; the grievance was withdrawn and other reasons. The data is summarized below in Table 4.

Table 4.
Reasons Why Scheduled Arbitrations Did Not Go Ahead to a Hearing

	Negotiated a settlement	Grievance was withdrawn	Other reasons
2010	51	7	9
2011	55	15	9
2012	78	25	34
2013	79	28	15
Total	263 (49%)	75 (14%)	67 (13%)

Some of the comments from the union and management respondents for other reasons included such things as: "sick leave followed by quitting", "alternative dispute resolution eg. mediation", "adjourned, held in abeyance or put on hold" (4 mentions), "employees accepted an offer and moved on", "costs for arbitration were too high", "long standing policy issue with 50/50 chance of success – forced to resolve at bargaining" and "employer missed timelines so grievance conceded to union".

When asked to indicate the number of times the reasons the arbitration did not go ahead fell into the categories provided, the union and management respondents provided the following data. See Table 5 below.

Table 5.
Other Reasons Why Scheduled Arbitrations Did Not Go Ahead

Going to arbitration was cost prohibitive	The passage of time made the issue less important to the parties	Continuing on to arbitration would have adversely affected the relationship	The grievor did not want to continue with the arbitration	Other reasons
116 (22%)	9 (2% approx.)	11 (2% approx.)	28 (5%)	See below

The data provided on other reasons included the following:

- "Grievor died
- Last minute settlements (31 instances)
- Grievance withdrawn by the union (23 instances)
- Employee wanted to move on
- Grievor could not be located
- How much time taken out of the grievor's life to prepare for arbitration
- The grievance was not winnable at arbitration
- The employer was testing us to see how far we were willing to take the grievance…the employer agreed to settle and admit they were in the wrong".

d. Data From Two Unions in Particular

Two unions in particular (for the sake of anonymity they will be called Union #100 and Union #145) had the greatest number of scheduled arbitrations of all the 11 unions which responded to the questionnaire. Since these two unions reported the most scheduled arbitrations their data is another way of examining the percentage of scheduled arbitrations that did not go ahead. Their data on the number of scheduled arbitrations versus the number of arbitration hearings actually held is shown below in Table 6.

Table 6.
Two Unions' Responses on Arbitrations Scheduled and Held from 2010 to 2013

	Arbitrations scheduled	Hearings held	Percent
Union #100	33	4	12%
Union #145	125	16	13%

e. Arbitrator Data

Arbitrators were asked to provide their data on the number of arbitrations they were scheduled to hear and how many actually went ahead from January 1, 2010 and the end of December 2013. Although only three arbitrators responded to the survey, their data is shown in Table 7 below.

Table 7.
Arbitrator Responses on Arbitrations Scheduled and Held from 2010 to 2013

Number of hearings scheduled	Number of hearings held	Percent
407	172	42%

Arbitrators were also asked to indicate the number of days' notice they received on cancellation of the hearing. The data received is summarized below in Table 8.

Table 8.
Notice Given to Arbitrators Cancelling Hearings

Less than 14 days' notice	14 to 30 days' notice	More than 30 days' notice
197	53	17
74%	20%	6%

In the vast majority of cases, arbitrators are given less than 14 days' notice of a cancellation of a hearing. This may be because the parties to the grievance only really start to prepare for the hearing a couple of weeks prior to the hearing or only put their minds to the matter of a possible settlement just days prior to the hearing. The reasons why such little notice is given to the arbitrators could be the subject of further study.

Conclusions

What conclusions can be drawn from the results of this research? The small number of respondents, a 15% response rate, (composed of 11 union respondents, 26 employer respondents and 3 arbitrator respondents) may make any conclusions problematic.

The data shows the number of grievance arbitrations which went ahead to a hearing compared to the number of scheduled arbitrations, to be between 10% and 24%. The greatest number of scheduled arbitrations going ahead was in 2010, 24%, according to the

union data. Employer data indicated that 2010 had the least number of arbitrations going ahead at 10%. The average percent of scheduled arbitrations going ahead over the four year period, 2010 to 2013, was 17%, using the union responses. The employer average for the same period was 14%. This is slightly above the 12% and 13% reported by Union #100 and Union #145. It should be remembered the data collected was from 11 unions and 26 employers in the province of Alberta. Their responses represent an accurate picture of these particular unions and employers.

What conclusions can be reached about the reasons why scheduled grievance arbitrations go ahead or do not go ahead to a hearing? Clearly the data on reasons why scheduled arbitrations did go ahead was because the matter at hand was important to either the greivor or to the union, 38 mentions or 46% of the total, and in the case of policy grievances, 31 mentions or 37% of the total.

Concerning the reasons why scheduled grievance arbitrations did not go ahead, they are varied and diverse. In 263 cases from 2010 to 2013 a settlement was reached between the union and the employer. This represents 49% of the total scheduled arbitrations. In 75 cases the grievance was withdrawn, or 14% of the total. There were 67 cases of other reasons being given, representing 13% of the total. When asked to respond to five specific categories of reasons, the most frequently mentioned reason was: the cost of going to arbitration was cost prohibitive, 116 mentions or 22% of the total. The next most frequently cited reason was: the grievor did not want to continue with the arbitration, 28 mentions or 5% of the total. There were many other reasons mentioned, as can be seen from the sample comments shown in the Analysis section above.

As for the responses from the arbitrators, only three responded, making any conclusions difficult to reach. They recorded 42% of scheduled arbitrations going ahead to a hearing, which is three to four times the percent recorded by the union and employer responses. When it comes to the amount of notice received, cancelling the scheduled grievance arbitration, the data indicates that 74% of the time arbitrators receive less than 14 days' notice.

Overall one can conclude, based on the data received from the respondents, on average, 14% to 17% of scheduled grievance arbitrations go ahead to a hearing. The primary reason the scheduled arbitrations to not go ahead is that the parties to the dispute reach a settlement and that settlement is usually reached within two weeks of the date the hearing was to take place.

References

Berkeley, Arthur Eliot. (November 1989) The Most Serious Faults in Labor-Management Arbitration Today and What Can Be Done to Remedy Them. Labor Law Journal Vol. 40 Issue 11, p728-733. Retrieved May 28, 2013 from http://web.ebscohost.com.libezproxy.nait.ca.

Foisy, Claude. (2001-2002) Cost & Delay in Arbitration: The Quebec Experience. Labour Arbitration Yearbook 2001-2002 Volume 2, Lancaster House, Toronto.

Picher, Michel & Mole, Ellen (1993) The Problem of Delay at Arbitration: Myth & Reality. Labour Arbitration Yearbook, Lancaster House, Toronto.

Ponak, Allen & Olson, Corliss et. al., (1996) Using Event History Analysis to Model Delay in Grievance Arbitration. Industrial & Labor Relations Review. Retrieved May 28, 2013 from http://web.ebscohost.com.libezproxy.nait.ca.

Pourquoi les auditions d'arbitrage de grief inscrites au calendrier n'ont-elles pas lieu? Les résultats d'un projet de recherche albertain

Roger Gunn est instructeur à la JR Shaw School of Business de l'entreprise au NAIT d'Edmonton. Il est aussi arbitre des relations du travail, en exercice dans la province de l'Alberta.

Introduction

Selon les idées reçues, seulement un arbitrage de grief sur dix donne réellement lieu à une audition. Les récits anecdotiques d'arbitres albertains indiquent une baisse récente du nombre de procédures d'arbitrage qui se rendent jusqu'à l'étape de l'audition. Pourquoi en est-il ainsi? Pourquoi annule-t-on un si grand nombre d'auditions d'arbitrage déjà prévues?

Des recherches ont été faites sur les raisons des longs délais entre la notification de soumission d'un grief à l'arbitrage et la tenue réelle de l'audition. Les bases de données ont permis de trouver un seul article (Berkley [1989]) qui analyse certains problèmes de l'arbitrage patronal-syndical aux États-Unis, dont les retards dans la planification des arbitrages, les longs délais avant les décisions et la pénurie d'arbitres. Notre analyse documentaire n'a permis de trouver aucun document sur l'inscription au calendrier ou l'annulation des auditions d'arbitrage.

Picher et Mole (1993) décrivent le problème des longs délais de l'arbitrage, sans cependant mentionner les motifs d'annulation des auditions prévues. Ponak et Olson (1996) n'abordent pas non plus cette question dans leur étude sur les longs délais de l'arbitrage des griefs.

Foisy (2001) a analysé la situation au Québec, faisant remarquer que 97 % des griefs se résolvent sans recourir à l'audition d'arbitrage, sans toutefois examiner pourquoi ces griefs ne donnent pas lieu à une audition.

Les raisons pour lesquelles les arbitrages ne donnent pas lieu à une audition demeurent inconnues, sauf pour les parties directement concernées. L'examen et la publication de ces raisons permettraient à tous les intervenants des relations de travail de mieux comprendre et de mieux connaître cet aspect des relations du travail. Une plus grande compréhension pourrait donner lieu à des gains d'efficiences dans la procédure d'arbitrage.

La présente analyse avait pour but de collecter des données au moyen d'un questionnaire envoyé aux différents syndicats et employeurs de personnel syndiqué de l'Alberta, afin d'explorer les raisons pour lesquelles les auditions d'arbitrage de grief prévues n'ont pas lieu, ainsi que la proportion des auditions prévues

annulées avant le jour de l'audition.

Méthodologie

Échantillon et procédure

Avec l'aide des [TRADUCTION] Services de médiation du ministère des Ressources humaines du gouvernement de l'Alberta, nous avons fait parvenir un questionnaire aux adresses courriel et aux coordonnées des personnes-ressources des syndicats et des regroupements d'employeurs de personnel syndiqué en Alberta qui figuraient dans la base de données des Services de médiation.

Soulignons que les Services de médiations sont tenus de maintenir une liste d'arbitres nommés pour entendre et trancher les griefs à la dernière étape de la procédure de règlement des griefs. Cette base de données comprend les adresses courriel et les coordonnées des personnes-ressources de chaque syndicat et employeur qui s'y trouve. Les Services de médiation nous ont donné leur permission d'utiliser cette base de données, après avoir obtenu un avis juridique garantissant qu'une telle utilisation est conforme à l'article 42 de la [TRADUCTION] *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*. Ainsi, tous les syndicats et tous les employeurs de personnel syndiqué figurant dans cette base de données du gouvernement de l'Alberta ont été invités à participer à cette étude.

Le questionnaire a été transmis en décembre 2013 à 259 syndicats, employeurs de personnel syndiqué et arbitres de la province de l'Alberta.

Les réponses ont été recueillies de façon anonyme. Les résultats de la recherche, résumés dans le présent rapport, sont décrits par des conclusions générales et reposent sur les données agrégées.

Toutes les réponses demeurent confidentielles. Aucun employeur, syndicat ou arbitre n'est identifié nommément.

Les résultats comprennent les réponses au questionnaire reçues sur une période de 43 jours, soit de décembre 2013 au début de janvier 2014. Nous avons reçu quarante questionnaires remplis au cours de cette période, soit un taux de réponse de 15 %. Les répondants se répartissent entre 11 syndicats, 26 employeurs de personnel syndiqué et trois arbitres.

Sondage

Le questionnaire envoyé aux organismes ciblés portait sur le nombre d'auditions d'arbitrage de grief prévues au cours des quatre années précédentes (2010, 2011, 2012 et 2013) et, parmi ce nombre, le nombre d'auditions annulées. D'autres questions portaient sur les raisons pour lesquelles les arbitrages de grief ont été annulés sans aller plus loin.

Les informations recueillies comprennent :

1. le type de répondant (syndicat ou employeur);
2. le secteur (public ou privé);
3. le nombre d'auditions d'arbitrage prévues dans chaque année de référence, soit 2010, 2011, 2012 et 2013;
4. le nombre d'auditions d'arbitrage qui ont effectivement eu lieu, chacune de ces années;
5. les raisons pour lesquelles les auditions d'arbitrage n'ont pas eu lieu :
   a. la négociation d'un règlement entre le syndicat et la direction; b. le retrait du grief; ou c. autres raisons. Les répondants devaient préciser le nombre d'arbitrages réglés pour chacune des raisons ci-dessus.
6. Les répondants devaient préciser si d'autres raisons expliquaient l'annulation de l'arbitrage, y compris :
   i) une audition d'arbitrage aurait été trop coûteuse;
   ii) le passage du temps entre le dépôt du grief et l'audition de l'arbitrage a réduit l'importance d'une décision exécutoire pour les parties;
   iii) poursuivre la procédure d'arbitrage aurait nui à la relation entre les parties;
   iv) le plaignant ne voulait pas poursuivre la procédure d'arbitrage;
   v) autres raisons.
7. Les trois principales raisons pour tenir l'audition et faire trancher le grief :
   i) la question à trancher est importante pour le plaignant;
   ii) la question est un enjeu de principe important;
   iii) autres raisons.
8. On a demandé aux arbitres de fournir les renseignements suivants pour la période allant du 1er janvier 2010 au 31 décembre 2013 :
   le nombre d'auditions d'arbitrage attribuées;
   le nombre d'auditions prévues;
   le nombre d'auditions tenues;
   le nombre d'auditions prévues, mais qui n'ont pas encore eu lieu.
9. On a demandé aux arbitres de documenter le nombre d'avis d'annulation d'audition, comme suit :
   le nombre de fois où ils ont reçu un préavis de moins de quatorze jours;
   le nombre de fois où ils ont reçu un préavis de plus de quatorze jours, mais de moins de trente jours;
   le nombre de fois où ils ont reçu un préavis de plus de trente jours.

Analyse des données

a. Données des syndicats

Les réponses des syndicats et des employeurs ont été étudiées séparément, afin d'éviter tout dédoublement. Le tableau suivant résume les réponses des 11 **syndicats** qui ont répondu au sondage.

Tableau 1.
Réponses des syndicats concernant les auditions d'arbitrage prévues et tenues, de 2010 à 2013

	2010	2011	2012	2013
Auditions d'arbitrage prévues	41	53	76	59
Auditions tenues	10	7	12	8
Pourcentage	24%	13%	16%	14%

Le pourcentage moyen de procédures d'arbitrage ayant donné lieu à une audition au cours de la période de quatre ans est de 17 %.

Ce chiffre est supérieur aux idées reçues, qui veulent que seulement une audition sur dix ait lieu. Comme l'illustre le tableau, en 2010, 24 % des auditions d'arbitrage prévues ont eu lieu. L'année suivante, seulement 13 % avaient lieu.

b. Données des employeurs

Le tableau suivant résume les réponses des 26 **employeurs** qui ont répondu au sondage.

Tableau 2.
Réponses des employeurs concernant les auditions d'arbitrage prévues et tenues, de 2010 à 2013

	2010	2011	2012	2013
Auditions d'arbitrage prévues	42	55	109	97
Auditions tenues	4	7	21	14
Pourcentage	10%	13%	19%	14%

Le pourcentage moyen de procédures d'arbitrage ayant donné lieu à une audition au cours de la période de quatre ans est de 14 %. Ce chiffre est légèrement supérieur à la perception conventionnelle (d'une sur dix). Le tableau illustre que le pourcentage d'auditions d'arbitrage prévues ayant eu lieu varie, d'un sommet de 19 %, en 2012, à un creux de 10 %, en 2010.

c. Données combinées

Sur les quatre-vingt-trois (83) auditions d'arbitrage **ayant eu lieu** (du 1er janvier 2010 à la fin de décembre 2013), les répondants des syndicats et des employeurs devaient indiquer à quelle fréquence les raisons de procéder s'inscrivaient dans les catégories illustrées au Tableau 3 ci-dessous.

Tableau 3.
Raisons pour lesquelles les procédures d'arbitrage ont donné lieu à une audition

La question à trancher était importante pour le plaignant.	La question était un enjeu de principe important.	S'il y avait d'autres raisons, veuillez préciser.
38 % ou 46 %	31 % ou 37 %	Trois (3) griefs ayant donné lieu à une audition étaient des griefs collectifs (4 %).

Onze (11) arbitrages ont donné lieu à une audition pour d'autres raisons.

Sur un total de 532 auditions d'arbitrage prévues qui **n'ont pas eu lieu**, les répondants devaient indiquer le nombre de fois où les raisons de ne pas procéder s'inscrivaient dans les trois catégories suivantes : le syndicat et la direction ont négocié un règlement; le grief a été retiré; et d'autres raisons. Les données sont résumées au Tableau 4 ci-dessous.

Tableau 4.
Raisons pour lesquelles les auditions d'arbitrage prévues n'ont pas eu lieu

	Négociation d'un règlement	Retrait du grief	Autres raisons
2010	51	7	9
2011	55	15	9
2012	78	25	34
2013	79	28	15
Total	263 (49 %)	75 (14 %)	67 (13 %)

Parmi les autres raisons, les syndicats et les employeurs ont indiqué dans les commentaires : « congé de maladie suivi d'une démission », « règlement alternatif du différend, p. ex., médiation », « ajournement, en suspens ou mis en attente » (quatre occurrences), « les employés ont accepté une offre et sont passés à autre chose », « les frais d'arbitrage étaient trop élevés », « enjeu de principe de longue date, avec des chances de réussite 50-50 - nous avons dû résoudre la question par la négociation » et « l'employeur n'a pas respecté les échéanciers, le grief a été accordé au syndicat ».

Lorsqu'on leur a demandé d'indiquer le nombre de fois où les raisons pour lesquelles la procédure d'arbitrage n'a pas donné lieu à une audition s'inscrivent dans les catégories offertes, les répondants des syndicats et des employeurs ont transmis les données figurant au Tableau 5, ci-dessous.

Tableau 5.
Autres raisons pour lesquelles les auditions d'arbitrage prévues n'ont pas eu lieu

Une audition d'arbitrage aurait été trop coûteuse.	Le passage du temps a réduit l'importance de l'enjeu pour les parties.	La poursuite de la procédure d'arbitrage aurait nui à la relation entre les parties.	Le plaignant ne voulait pas poursuivre la procédure	Autres raisons.
116 (22 %)	9 (environ 2 %)	11 (environ 2 %)	28 (5 %)	Voir ci dessous.

Les données fournies quant aux autres raisons étaient les suivantes :

- « Le plaignant est décédé. »
- « Il y a eu règlement de dernière minute. » (31 occurrences)
- « Le grief a été retiré par le syndicat. » (23 occurrences)
- « L'employé souhaitait passer à autre chose. »
- « Le plaignant n'a pu être retrouvé. »
- « Le temps passé par le plaignant pour se préparer à l'arbitrage. »
- « Le grief ne pouvait être remporté par l'arbitrage. »
- « L'employeur nous testait pour voir jusqu'où nous étions prêts à amener le grief... L'employeur a accepté de régler le grief et a admis qu'il avait tort. »

d. Données de deux syndicats en particulier

Deux syndicats en particulier (par souci d'anonymat, nous les appellerons le Syndicat 100 et le Syndicat 145) avaient le plus grand nombre d'auditions d'arbitrage prévues parmi les 11 syndicats qui ont répondu au questionnaire. Étant donné que ces deux syndicats ont fait état du plus grand nombre d'auditions d'arbitrage prévues, leurs données constituent un autre moyen d'examiner le pourcentage d'auditions prévues qui n'ont pas eu lieu.

Les données sur le nombre d'auditions d'arbitrage prévues par rapport au nombre d'auditions d'arbitrage ayant effectivement eu lieu du Syndicat 100 et du Syndicat 145 sont illustrées au Tableau 6 ci-dessous.

Tableau 6.
Réponses de deux syndicats concernant les auditions d'arbitrage prévues et tenues, de 2010 à 2013

	Auditions d'arbitrage prévues	Auditions tenues	Pourcentage
Syndicat 100	33	4	12%
Syndicat 145	125	16	13%

e. Données des arbitres

On a demandé aux arbitres de préciser le nombre d'auditions d'arbitrage qui leur avaient été attribuées, et le nombre d'auditions qui ont effectivement eu lieu, du 1er janvier 2010 à la fin de décembre 2013. Même si seulement trois arbitres ont répondu à l'enquête, leurs données sont présentées au Tableau 7 ci-dessous.

Tableau 7.
Réponses des arbitres concernant les auditions d'arbitrage prévues et tenues, de 2010 à 2013

Nombre d'auditions prévues	Nombre d'auditions tenues	Pourcentage
407	172	42%

On a également demandé aux arbitres de préciser le nombre de jours du préavis d'annulation de ces auditions. Les données reçues sont résumées au Tableau 8 ci-dessous.

Tableau 8.
Avis d'annulation d'audition donnés aux arbitres

Préavis de moins de 14 jours	Préavis de 14 à 30 jours	Préavis de plus de 30 jours
197	53	17
74%	20%	6%

Dans la grande majorité des cas, les arbitres reçoivent un préavis d'annulation d'audition de moins de 14 jours. Cela peut s'expliquer par le fait que les parties au grief ne commencent vraiment à se préparer à l'audition que quelques semaines avant cette dernière, ou qu'ils se mettent à travailler sur un règlement négocié quelques jours seulement avant l'audition. Les raisons pour lesquelles un si court préavis est donné aux arbitres pourraient faire l'objet d'une étude plus approfondie.

Conclusion

Quelles conclusions peut-on tirer des résultats de cette recherche? Le petit nombre de répondants, un taux de réponse de 15 % (composé de 11 syndicats, 26 employeurs et 3 arbitres), rend toute conclusion problématique.

Les données illustrent que le pourcentage d'arbitrages de grief qui ont réellement donné lieu à une audition par rapport au nombre d'auditions prévues varie de 10 % à 24 %. Selon les données des syndicats, c'est en 2010 que le plus grand nombre d'auditions d'arbitrage ont eu lieu, soit 24 %. Selon les données des employeurs, 2010 a connu le moins grand nombre d'auditions d'arbitrage, soit 10 %. Selon les données des syndicats, le pourcentage moyen d'auditions d'arbitrage tenues au cours de la période de quatre ans est de 17 %. La moyenne de l'employeur pour la même période était de 14 %. Ces chiffres sont légèrement supérieurs aux 12 % et 13 % rapportés par le Syndicat 100 et le Syndicat 145. Il convient de rappeler que les données recueillies proviennent de 11 syndicats et 26 employeurs de la province de l'Alberta. Les réponses dressent un tableau précis pour ces syndicats et ces employeurs en particulier.

Quelles conclusions peut-on tirer quant aux raisons pour lesquelles les auditions d'arbitrage prévues ont lieu ou pas? À l'évidence, les données indiquent que les raisons pour lesquelles les auditions prévues ont eu lieu sont : l'importance de l'enjeu pour le plaignant ou le syndicat, avec 38 mentions (ou 46 %); et les griefs de principe, avec 31 mentions (37 %).

En ce qui concerne les raisons pour lesquelles les auditions d'arbitrage de grief prévues n'ont pas eu lieu, elles sont diverses et variées. Dans 263 cas, de 2010 à 2013, un règlement a été négocié entre le syndicat et l'employeur, ce qui représente 49 % de toutes les auditions prévues. Dans 75 cas, le grief a été retiré, soit 14 %. Dans 67 cas, d'autres raisons ont été données, ce qui représente 13 % de l'ensemble. Lorsqu'on leur a demandé de classer les raisons en cinq catégories, la raison la plus invoquée a été « Une audition d'arbitrage aurait été trop coûteuse », avec 116 mentions, ou 22 %. La deuxième raison la plus invoquée a été « Le plaignant ne voulait pas poursuivre la procédure d'arbitrage. », avec 28 mentions, ou 5 %. Beaucoup d'autres raisons ont été invoquées, comme on peut le constater en lisant les échantillons de commentaires de la section Analyse des données, ci-dessus.

En ce qui concerne les réponses des arbitres, il est difficile de tirer des conclusions, étant donné que nous avions seulement trois répondants. Ces répondants ont indiqué que 42 % des auditions d'arbitrage prévues ont eu lieu, ce qui correspond à trois à quatre fois le pourcentage calculé au moyen des réponses des syndicats et des employeurs. En ce qui concerne les préavis annulant des auditions d'arbitrage de grief prévues, les données indiquent que 74 % des arbitres reçoivent des préavis de moins de 14 jours.

Dans l'ensemble, sur la base des données reçues des répondants, on pourrait conclure qu'en moyenne, 14 % à 17 % des auditions d'arbitrage prévues ont réellement lieu. La principale raison pour laquelle les auditions d'arbitrage n'ont pas lieu est que les parties au différend parviennent à un règlement, et que ce règlement est généralement négocié dans les deux semaines précédant la date prévue de l'audition.

Références

Berkeley, Arthur Eliot. (Novembre 1989) The Most Serious Faults in Labor-Management Arbitration Today and What Can Be Done to Remedy Them. Labor Law Journal Vol. 40, numéro 11, pages 728-733. Accès, le 28 mai 2013, http://web.ebscohost.com.libezproxy.nait.ca.

Foisy, Claude. (2001-2002) Cost & Delay in Arbitration: The Quebec Experience. Labour Arbitration Yearbook 2001-2002 Volume 2, Lancaster House, Toronto.

Picher, Michel & Mole, Ellen (1993). The Problem of Delay at Arbitration: Myth & Reality. Labour Arbitration Yearbook, Lancaster House, Toronto.

Ponak, Allen & Olson, Corliss et. al., (1996). Using Event History Analysis to Model Delay in Grievance Arbitration. Industrial & Labor Relations Review. Accès, le 28 mai 2013, http://web.ebscohost.com.libezproxy.nait.ca.

Benefits of Membership

Join our affiliate in your region to access these national benefits:

- **Complimentary listing on ADR CONNECT,** the central database that allows ADR users to find you;
- **Extremely competitive Preferred Liability Insurance rates** (worth the price of membership alone!);
- **Your own Member Portal** with online access to special products, marketing aids, documents and information, recorded webinars, and where you can register for events with member discounts;
- **Important up-to-date information** including electronic delivery of the ***Canadian Arbitration and Mediation JOURNAL*** twice annually and ***ADR Perspectives*** six times annually;
- **Free Special Interest Section Meeting Webinars** via our Ontario affiliate, one to two evenings a week from 5:45-7:30 pm ET. Topics include issues around: Family Arbitration, Facilitation, Workplace, Insurance, Construction, Public Conflict, Commercial, Restorative Justice, Estate Mediation, etc.
- **Special member discounts on professional development opportunities** including the **ADRIC Annual National Conference**;
- **Access to the Member logo** for use on your business cards, letterhead, website and other marketing material to boost your credibility by showing that you are a member of an established, credible organization;
- **Roster calls and work opportunities** available only to ADRIC members;
- **Notices of jobs and unique work opportunities** circulated only to members;
- Access to nationally and internationally recognized **Chartered and Qualified Designations** (C.Med and C.Arb, Q.Med and Q.Arb) and to the International Mediation Institute (IMI) designation;
- Access to the **ADRIC Arbitration Rules** and **National Mediation Rules** for your clients;
- **Networking and leadership opportunities,** and a unified voice for ADR practitioners in all matters relating to the practice of ADR in Canada;
- Special discounts on products and services relevant to your practice, such as: Wolters Kluwer CCH books; "**Mediate to Go!"** cloud-based case management software; **"PAYD "** and **"Square"** - alternatives to cash or cheque payments for your clients; Economical Select Home and Auto insurance at preferred rates;
- ***and more...***

Your regional affiliate offers many more benefits and **your membership with them includes membership with ADR Institute of Canada.**

For more information about Membership and categories, please visit your regional ADRIC affiliate website:

BC - *bcami.com*
AB - *adralberta.ca*
SK - *adrsaskatchewan.ca*
MB - *adrmanitoba.ca*
ON - *adrontario.ca*
QC - *imaq.org*
Atlantic Provinces - *adratlantic.ca*

Corporate Membership Opportunities also available.

Follow @ADRCanada

405-234 Eglinton Avenue East, Toronto, Ontario, Canada, M4P 1K5, Tel: 416-487-4733 / 1-877-475-4353, Fax: 416-487-4429

ADR INSTITUTE OF CANADA
INSTITUT D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION DU CANADA

Past Presidents/ Anciens présidents

1974-1975 L. J. McGowan
1975-1976 J. T. Fisher
1977-1979 W. E. Hickey
1979-1981 P. B. Walters, C.Arb
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, C.Med, C.Arb
2001-2002 Kent Woodruff, C.Med, C.Arb
2002-2004 Barry C. Effler, C.Arb
2004-2007 P. David McCutcheon, C.Arb
2007-2009 Donald E. Short, C.Arb, FCIArb
2009-2012 R.J. (Randy) Bundus
2012-2014 James (Jim) Musgrave, Q.C., C.Med

Fellows/ Distingués

Archie M. Doyle, BSc (EE), MEIC, PEng.
Basil V. Orsini, CMP, CIE, MCIQS, FCIArb
Carson F. Morrison, BE, MSc, FEIC, PEng.
Charles H. Laberge, BComm, MBA, C.Arb.
David C. Elliott, C.Arb.
David Lemco, C.Arb.
Donald M. Batten, FCIArb., FIIC, FAIC
E. Leonard Weldon, Q.C.
H.D.C. Hunter, BA, MA, C.Arb.
Harold J. Wilkinson, PEng.
John A. Tuck, Q.C.
Joseph W. Myers
Lionel J. McGowan
Paul B. Walters, BASc, MBA, MEIC, PEng.
Philippe Ferland
Professor Roger Fisher
W. John Stikeman, MBE
William G. Geddes, LL.B., BSc, Civil Eng, C.Arb., Mediator
William R. Kay
Winston E. Hickley, LLD, FEIC, PEng.

Honorary Fellows/ Distingués honoraires

B.W. Vigrass
Past Director and Secretary,
The Chartered Institute of Arbitrators

Cedric Barclay
Past President
The Chartered Institute of Arbitrators

Robert Coulson
Past President
American Arbitration Association

Richard J. Soper
Past President
The Chartered Institute of Arbitrators

Directors Emeritus/ Directeurs émérite

Alex S. Hamilton
Andrew G. Farquharson, BSc, PEng.
Angus McClaskey
Archie M. Doyle, BSc (EE), MEIC, PEng.
Carson F. Morrison, BE, MSc, FEIC, PEng.
Clifford A. Lincoln, FCIArb, FCII, FHC.
D.M. Batten, FCIArb., FIIC.
David L. Campbell, BSc, PEng.
Douglas V. Gonder
Francois Beauregard
Frank A. Wright, LLB, FCIArb, FCIS.
Gervin L. Greasley, C.Arb.
H.D.C. Hunter, BA, MA, C.Arb.
R.F. Legget, O.C. Deng, FRSC
W.F. James, PhD, FRSC, PEng
William J. Hartnett, Q.C.
William R. Kay
Winston E. Hickley, LLD, FEIC, PEng.

Recipients of the Lionel J. McGowan Awards of Excellence/ Lauréats du prix d'excellence Lionel J. McGowan

National/Nationale :

1999 Roman Evancic (BC)
2000 NIL
2001 William J. Hartnett (AB)
2002 Barry Effler, C.Arb (MB)
2003 P. David McCutcheon, C.Arb (ON)
2004 Noel Rea (AB)
2005 Gervin L. Greasley (MB)
2006 Gerald Ghikas, C.Arb (BC)
2007 Bill Remmer (AB)
2008 Harold J. Wilkinson, C.Arb (ON)
2009 Donald E. Short, C.Arb (ON)
2010 William G. Horton, C.Arb (ON)
2011 Nil
2012 Brian J. Casey (ON)
2013 Jeffrey Smith (ON)
2014 James (Jim) Musgrave, Q.C., C.Med (Atlantic)

Regional/Régionale :

1999 Harry Hunter (BCAMI)
2000 Kent Woodruff, C.Med/C.Arb (BCAMI)
2001 Annette Strug, C.Med (ADRAI)
2002 Bernie McMullan, C.Arb (ADRIM)
2003 Randy A. Pepper (ADRIO)
2004 Gary Fitzpatrick, C.Arb (BCAMI)
2005 Gary T. Furlong, C.Med (ADRIO)
2006 Kenneth A. Gamble, C.Med/C.Arb (ADRSK)
2007 Mary T. Satterfield, C.Med/C.Arb (ADRIO)
2008 Sheila Begg, C.Med/C.Arb (BCAMI)
2008 Bill Diepeveen (ADRIA)
2009 Tom W. Smith, C.Med (ADRIA)
2010 Richard H. McLaren, C.Arb (ADRIO)
2011 Camilla Witt (ADRIA)
2011 Dr. Barbara Landau, C.Med, Cert.F.Med (ADRIO)
2012 Pamela Large-Moran, C.Med, C.Arb (ADRAI)
2013 Dr. Barbara Benoliel (ADRIO)
2014 Claude Métras, Méd.A/Arb.A (IMAQ)

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

National Office / Bureau national

ADR Institute of Canada, Inc.
L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc.
Suite 405, 234 Eglinton Avenue East
Toronto, ON M4P 1K5

Toll-free: 1-877-475-4353
Tel: 416-487-4733
Fax: 416-487-4429
Email: *admin@adrcanada.ca*
Internet: *www.adrcanada.ca*

Affiliates / Affiliées

BRITISH COLUMBIA
British Columbia Arbitration and Mediation Institute
510 - 700 West Pender St.
Vancouver, BC V6C 1G8
Toll-free: 1-877-332-2264 (in BC)
Tel: 604-736-6614
Fax: 604-736-6611
Email: *info@bcami.com*
Internet: *www.bcami.com*

ALBERTA
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*
Internet: *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@adrsaskatchewan.ca*
Internet: *www.ardsaskatchewan.ca*

MANITOBA
ADR Institute of Manitoba Inc.
Toll-free: 1-877-489-7452
Fax: 1-855-487-4429
Email: *admin@adrmanitoba.ca*
Internet: *www.adrmanitoba.ca*

ONTARIO
ADR Institute of Ontario, Inc.
Suite 405, 234 Eglinton Avenue East
Toronto, ON M4P 1K5
Tel: 416-487-4447
Toll-free: 1-844-487-4447
(Outside of GTA)
Fax: 416-487-4429
Email: *admin@adrontario.ca*
Internet: *www.adrontario.ca*

QUÉBEC
Institut de médiation et d'arbitrage du Québec
C.P. 874, Succursale B
Montréal, (Québec) H3B 3K5
Tél: 514-282-3327
Téléc. 514-282-2214
Email *info@imaq.org*
Internet: *www.imaq.org*

ATLANTIC PROVINCES
ADR Atlantic Institute
Box 123
Halifax CRO, NS B3J 2M4
Email: *admin@adratlantic.ca*
Internet: *www.adratlantic.ca*