



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

Fall/Winter 2012 Automne/Hiver 2012

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

INSIDE  
this issue

DANS  
ce numéro

Message from the President .....	3
Message du président .....	4
Message from the Editorial Board .....	5
Mot du comité de rédaction .....	6
Canada's Federal System and Investment Treaty Arbitration: .....	7
Le régime fédéral canadien et l'arbitrage de différends fondés sur des traités relatifs aux investissements : .....	12
International Investor-State Dispute Resolution: .....	19
Règlement des différends internationaux entre investisseurs et États : .....	22
Advocacy in Arbitration .....	25
Plaidoirie en arbitrage .....	26
Contemporary US Commercial Arbitration Meets Ancient Chinese Curse: .....	28
L'arbitrage commercial contemporain aux États-Unis soumis à une malédiction chinoise : .....	31
Caught between Arbitrators and the Courts: .....	36
Pris entre arbitres et tribunaux : .....	39
Who Are We When We Mediate? .....	42
La quête identitaire du médiateur .....	46
Arbitrator's Duties, Position and Status .....	52
Fonctions, situation d'emploi et statut de l'arbitre .....	53
Commercial Arbitration in Canada: .....	55
L'arbitrage commercial au Canada : .....	59

## 2012 Winners of the Lionel J. McGowan Awards of Excellence

### Lauréats du prix d'excellence Lionel J. McGowan 2012

The ADR Institute of Canada wishes to congratulate this year's winners of the Lionel J. McGowan Awards of Excellence. These awards recognize outstanding contribution to ADR as a profession on a regional or national basis.

L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada tient à féliciter les lauréats 2012 des Prix d'excellence Lionel J. McGowan. Ces prix reconnaissent la contribution exceptionnelle aux modes de PRD en tant que profession au niveau régional ou national.



National / national :  
J. Brian Casey, LL.B.,  
LL.M., FCI Arb.



Regional / régional :  
Pamela Large-Moran,  
LL.B., LL.M.  
(ADR), C. Med

# Who are we?

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

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

stitute and contributes to the development of the field of dispute resolution in Canada.

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

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

All members throughout Canada adhere to the Institute's Code of Ethics and are subject to its

disciplinary policies. Members who have achieved the required education and practical experience may apply for recognition as Chartered Arbitrators or Chartered Mediators.

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

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

## Qui sommes nous?

L'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada, Inc. est originaire de la Fondation des arbitres du Canada en 1974 comme la première association professionnelle 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 contribuent 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 régionales à travers le Canada pour développer et promouvoir des normes de pratique. Les Instituts Régionaux développent des programmes uniques à leurs besoins régionaux.

On exige de tous les membres qu'ils se soumettent au code de déontologie de l'Institut et aux procédures disciplinaires adoptées par celui-ci. Les membres qui ont acquis de l'expérience et de la formation requises, conformément aux normes de l'Ins-

titut 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 parties d'une différence avec une tierspartie professionnelle 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 régionales sont sur le point de devenir les dirigeants de résolution de différends au Canada. ❁

### ADR Institute of Canada Corporate Members

To inquire about the benefits of corporate memberships, please call Janet:

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

- Alberta Environmental Appeals Board
- Apache Canada Ltd.
- Borden Ladner Gervais LLP
- Burnet Duckworth & Palmer LLP
- Canadian Institute for Conflict Resolution
- Canada Safeway Limited
- Cox & Palmer
- Davis LLP
- ENMAX Corporation
- Fraser Milner Casgrain LLP
- Gowling Lafleur Henderson LLP
- Imperial Oil

- Ismaili Conciliation and Arbitration Board of Canada
- Insurance Bureau of Canada
- JAMS ADR Services ULC
- McInnes Cooper LLP
- Norton Rose Canada LLP
- Osler, Hoskin & Harcourt LLP
- Penn West
- Rogers Partners LLP
- Stewart McKelvey LLP
- The City of Calgary
- Torys LLP
- TransCanada Pipelines Limited





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

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

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

Vol. 21, No. 2  
Fall/Winter 2012

Automne/Hiver 2012

234 Eglinton Avenue East, Suite 405  
Toronto, Ontario M4P 1K5  
Tel/Tél: 416-487-4733

Toll Free/Sans frais: 1-877-475-4353  
Fax/Télé: 416-487-4429

E-mail/Courriel: [admin@adrCanada.ca](mailto:admin@adrCanada.ca)  
Internet: [www.adrCanada.ca](http://www.adrCanada.ca)

Executive Director / Directrice générale  
Mary Anne Harnick

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

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

Bookkeeper/Administrator /  
Aide-comptable / Administrateur  
Rob Linkiewicz

Administrative Assistant /  
Adjointe administrative  
Brenda Lesperance

Layout / Mise en page  
Whizard Graphics

Canadian Arbitration and Mediation Journal  
(ISSN 1192-537X) is published twice a year  
by the ADR Institute of Canada, Inc. © 2012,  
All rights reserved. Reproduction or trans-  
mittal, in whole or in part, in any form or by  
any means, or its storage in a retrieval sys-  
tem, without prior permission of the copy-  
right owner in writing, is forbidden.

Le Journal canadien d'arbitrage et de  
médiation (ISSN 1192-537X) est publié deux  
fois par année par l'Institut d'arbitrage et de  
médiation du Canada inc. c2012. Tous droits  
réservés. Sa reproduction ou sa transmission,  
en tout ou en partie, sous quelque forme  
ou par quelque moyen, ou son stockage  
dans un système d'extraction, sans  
l'autorisation préalable du propriétaire des  
droits d'auteur, sont interdits.

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

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



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



# Message from the President

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

As the new President of the ADR Institute of Canada (ADRIC), I would like to welcome you to this edition of our JOURNAL. I would also like to express my profound thanks to immediate Past President Randy Bundus for the many important contributions he has made to ADRIIC over the last 3 years. Under Randy's leadership, we have grown in numbers across the country; more of our members now hold ADRIIC designations; the Q.Med designation has been introduced and enthusiastically embraced by ADRIIC members; and the new "Qualified Arbitrator" (or "Q.Arb") designation is soon to follow. (The Q.Arb designation will be of interest to those of us with arbitration training, but without significant case experience yet). ADRIIC designations have become meaningful tools for the public and the professional community when selecting ADR professionals. Indeed, Randy leaves a legacy of positive, consensus-driven leadership, and I hope to emulate the same style during my tenure.

Randy's are hard shoes to fill. I will do my best, and with the support of a dedicated, enthusiastic and talented Board drawn from across Canada, and our able professional staff who are eager to move forward, we hope the future continues to bring opportunities and challenges that help us grow as an organization, as individuals, and as professionals in this important field of ADR. I am excited and humbled to be part of it all.

As the ADRIIC office implements powerful new association-management technology to serve you better and more effi-

ciently, the ADRIIC Board is immensely grateful to our Technology Committee, including volunteers Michael Erdle, Allan Revich, Joshua Protter, and our staff, who have started us on our bold journey into the future.

Implementation of this new technology platform is a challenge, but a worthwhile one. Bear with us, please, as we iron out the glitches. Technology like this is just a tool of course, but it is an important one. We will use this tool to radically improve service delivery for you, our members. And, the same tool will enable ADRIIC to begin important new initiatives that include increasing awareness about what our members and affiliates have to offer the marketplace; and actively recruiting new individual and corporate members. These initiatives, and many others, are in the offing, in addition to producing the excellent Journals turned out by our hard-working volunteer editorial board, and planning the 2013 edition of our national conference, which grows in breadth and depth every year.

As 2012 comes to an end, I look forward to reporting again to you on our progress in 2013. 🌱

Yours truly,

*P.S. Hold the dates October 24-25, 2013 and October 17-18, 2013 (pending venue availability) in your calendar for next year's national conference in Toronto. You won't want to miss it!*



1-877-475-4353 • [admin@adrCanada.ca](mailto:admin@adrCanada.ca)

**ADR Connect:**

Find an ADR Professional

[www.adrOntario.ca/findapro.cfm](http://www.adrOntario.ca/findapro.cfm)

**Mediators**

Gold Standard

**Arbitrators**



# Message du président

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

En tant que nouveau président de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada (IAMC), je tiens à vous souhaiter la bienvenue à ce nouveau numéro de notre JOURNAL. J'aimerais également exprimer mes remerciements les plus chaleureux au président sortant, Randy Bundus, pour les innombrables et importantes contributions qu'il a apportées à l'IAMC au cours des trois dernières années. Sous sa direction, nous avons connu un accroissement de nos effectifs à l'échelle du pays. Désormais de plus en plus de nos membres détiennent un titre de l'IAMC; nous avons créé le titre de Médiateur qualifié (Méd. Q.) qui a été accueilli avec un grand enthousiasme par les membres de l'IAMC. Le nouveau titre d'Arbitre qualifié (Arb. Q.) suivra bientôt. (Ce titre est d'un grand intérêt pour ceux d'entre nous qui possèdent une formation en arbitrage, mais qui manquent d'expérience pertinente). Les titres décernés par l'IAMC sont devenus des outils reconnus auprès du public et dans le milieu professionnel lorsqu'il s'agit d'avoir recours à des spécialistes en PRD. Randy nous lègue un riche héritage en leadership, animé d'un esprit de consensus sans pareil, et j'espère arborer le même style pendant mon mandat.

Succéder à Randy est tout un défi. Je donnerai le meilleur de moi-même, et avec le soutien des membres du Conseil d'administration, enthousiastes et pleins de talent, provenant des quatre coins du Canada et épaulés par notre équipe compétente de professionnels qui ne demandent qu'à al-

ler de l'avant, nous espérons que l'avenir continuera d'offrir à notre Institut des occasions de poursuivre son expansion et des défis que nous saurons relever tant au niveau personnel que professionnel, dans ce domaine crucial que représente le règlement PRD. C'est un privilège d'y participer, que j'accepte avec enthousiasme et humilité.

Alors que le bureau de l'IAMC met en place de nouveaux outils technologiques puissants de gestion à l'échelle de l'association pour vous servir mieux et plus efficacement, le Conseil d'administration exprime toute sa reconnaissance au Comité de la technologie, notamment aux bénévoles Michael Erdle, Allan Revich, Joshua Protter, et à tout le personnel qui nous a aidés à nous lancer dans cette aventure audacieuse.

L'implantation de cette nouvelle plateforme technologique est un défi en soi, mais l'entreprise en vaut la peine. Faites preuve de patience; nous allons aplanir toutes les difficultés qui se présentent. Bien entendu, une technologie comme celle-ci n'est qu'un outil, mais il est important. Il nous permettra d'améliorer de manière radicale les services que nous vous offrons. Il nous permettra également de lancer de nouvelles initiatives importantes, comme faire valoir les services que nos membres et associés sont en mesure d'offrir sur le marché, ou encore recruter de nouveaux membres professionnels. Ces initiatives, parmi bien d'autres, sont pré-

## 2012-2013

### Board of Directors/ Conseil d'administration

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

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

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

**William J. Hartnett, Q.C., LL.B.**  
Vice President and Corporate Director /  
Vice Président et Directeur corporatif - AB

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

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

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

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

**Andrew D. Butt, C.Med**  
Regional Director / Directeur régional - AB

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

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

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

**Jim McCartney, LL.B., BA, C.Med, C.Arb**  
Director / Directeur - AB

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

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

**Louise Novinger Grant**  
Corporate Director /  
Directrice corporative - AB

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

**Karim Sunderji**  
Corporate Director / Directeur corporatif - ON

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

### Other Officers / Autres administrateurs

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

## Editorial Board /

## Comité de rédaction



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



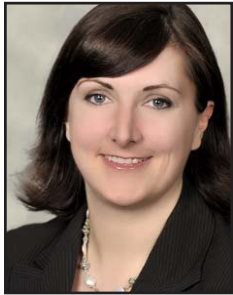
vues au programme; à tout cela viennent s'ajouter la production d'excellents numéros qui sont le fruit du travail et du dévouement des bénévoles du comité éditorial et la planification de l'édition 2013 de notre conférence nationale qui ne cesse de prendre de l'ampleur et de l'importance d'année en année.

L'année 2012 touche à sa fin et j'ai hâte de vous faire part de nos progrès en 2013. ❁

Je vous remercie et vous prie d'agréer l'assurance de mes meilleurs sentiments.



P.-S. Retenez les dates des 24 et 25 octobre 2013, et 17 et 18 octobre 2013 (en fonction des locaux disponibles) pour la conférence nationale qui se tiendra à Toronto l'année prochaine. Vous ne voulez certainement pas la manquer!



# Message from the Editorial Board

Mandy Moore

Welcome to the Fall/Winter 2012 Edition of the *Canadian Arbitration and Mediation JOURNAL*. This edition has a distinct arbitration focus, analyzing current issues encountered in investor-state treaty arbitrations, advocacy issues unique to arbitrations, the difficulties encountered in the US commercial arbitration system and how such difficulties can be avoided in Canada, international experience with requests for injunctive relief in commercial arbitrations, and the duties, position and status of arbitrators.

This issue includes an article by Barry Leon, Andrew McDougall and John Siwiec on Canada's experience with investor-state arbitration as a federal state. The article focuses on two interesting elements of this experience – the first, the impact of Canada's failure to ratify the *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States* (also known as the *ICSID Convention* or the *Washington Convention*) and the second, the debate concerning which level of government should ultimately be responsible to pay the financial compensation awarded through investor-state arbitration where the claims arise from measures taken by a province or territory.

Angus Gunn, in his article entitled "International Investor-State Dispute Resolution: Update on Canada's Ratification of the ICSID Contention", provides an update on the on-going efforts underway in Canada

to ratify the ICSID Convention.

William Horton provides insight on the advocacy differences between arbitration and litigation in his article entitled "Advocacy in Arbitration", highlighting that good advocacy requires an understanding of these differences and working with them in order to obtain all of the benefits that arbitration has to offer.

This issue includes two companion articles that comment on the commercial arbitration systems in the United States and Canada. In his article entitled "Contemporary US Commercial Arbitration Meets Ancient Chinese Curse: May You Live in Exciting Times", the Honourable Curtis von Kann comments on some of the worrisome developments in US commercial arbitration in recent years. Randy Pepper, in his companion article entitled "Commercial Arbitration in Canada: Tracking Up, Looking South", highlights some of the key historical benchmarks in the development of the Canadian commercial arbitration industry, the problems currently encountered in consumer arbitrations and the cautionary lessons to be learned from the US' disenchantment with commercial arbitration.

The article by the Honourable J. Edgar Sexton, Q.C. raises the interesting question of how the US Supreme Court would handle an application for an interlocutory injunction in support of a dispute governed by an arbitration agreement, noting the experience of the House of Lords in the *Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty*

*Construction* case, where the House of Lords refused to grant such an injunction.

David Bristow provides a commentary on the UK Supreme Court decision in *Jivraj v. Hashwani*, [2011] UKSC 40, in which the Court clearly defined the duties, position and status of arbitrators. Mr. Bristow provides a helpful reminder of how the Ontario courts have dealt with this issue.

And carrying the "mediation torch" for this edition is Elaine Newman, with her article entitled "Who Are We When We Mediate?". Her article raises a number of very interesting questions about the role of the mediator in the mediation process – is the mediator there to ensure that there is fairness of outcome? To enable party self-determination? To nurture a continuing relationship between the parties? What role does the mediator's values have a place in the mediation? To what extent should the mediator care about the lawfulness or fairness of the outcome? In raising these issues, the author highlights a number of ethical conundrums that arise in the mediation field.

As 2012 comes to a close, we hope that these articles will cause you to take stock of the current state of arbitration and mediation practice in Canada and consider what role you may have in shaping their progress in 2013.

On behalf of the Editorial Board, I would like to wish each of you a healthy and happy holiday season. ❁



# Mot du comité de rédaction

Mandy Moore

Bienvenue à l'édition d'automne/hiver 2012 du *JOURNAL d'Arbitrage et de Médiation Canadien*. La présente édition est consacrée à l'arbitrage dans une perspective particulière. Les articles présentés portent sur l'analyse des aspects suivants : les problèmes actuels auxquels l'on se trouve confronté dans les cas d'arbitrage opposant les investisseurs et l'État, les questions liées à la plaidoirie, les difficultés rencontrées dans le système d'arbitrage commercial aux États-Unis et les manières de les éviter au Canada, l'expérience internationale en ce qui a trait aux demandes de mesures injonctives dans les arbitrages commerciaux, ainsi que les devoirs, la position et le statut des arbitres.

Ce numéro contient un article rédigé par Barry Leon, Andrew McDougall et John Siwec portant sur l'expérience du Canada en matière d'arbitrage entre les investisseurs et l'État dans le cadre d'un État fédéral. Cet article met l'accent sur deux volets intéressants de cette expérience – le premier se rapporte à l'incidence du refus du Canada de ratifier la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* (appelée aussi *Convention du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements* (CIRDI) ou *Convention de Washington*); le deuxième a trait au débat concernant le niveau du gouvernement qui doit assumer la responsabilité de payer la compensation financière accordée dans le cadre de l'arbitrage entre investisseurs et l'État, et ce, lorsque les plaintes sont formulées à la suite de mesures prises par une province ou un territoire.

Dans son article intitulé « Règlement des différends internationaux entre investisseurs et États : des nouvelles concernant la ratification par le Canada de la Convention du CIRDI » Angus Gunn présente une mise à jour des efforts en cours au Canada en vue de ratifier la Convention du CIRDI.

William Horton livre un aperçu des diffé-

rences dans les plaidoiries entre l'arbitrage et le règlement de litiges dans un article intitulé « Plaidoirie en arbitrage », soulignant qu'une bonne plaidoirie exige une bonne compréhension de ces différences et qu'il faut les assimiler afin d'obtenir tous les avantages que l'arbitrage offre.

Ce numéro comprend deux articles complémentaires qui apportent des commentaires sur les systèmes d'arbitrage commercial aux États-Unis et au Canada. Dans son article intitulé « L'arbitrage commercial contemporain aux États-Unis soumis à une malédiction chinoise : « Puissiez-vous vivre à une époque passionnante », l'Honorable Curtis von Kann commente certains des développements, dans l'Arbitrage aux États-Unis, qui sont devenus une source de préoccupations ces dernières années. Dans son article intitulé « Commercial Arbitration in Canada: Tracking Up, Looking South » (L'arbitrage commercial au Canada, remonter la piste, vers le sud), Randy Pepper souligne certains des jalons historiques clés qui ont marqué l'évolution du domaine de l'arbitrage commercial au Canada, les problèmes auxquels l'on se trouve actuellement confronté dans les cas d'arbitrage de consommation et les enseignements à tirer des désenchantements que cause l'arbitrage commercial aux États-Unis.

L'article rédigé par l'Honorable J. Edgar Sexton (c.r.) soulève la question qui est d'un grand intérêt, à savoir comment la Cour suprême des États-Unis traiterait une demande visant une injonction interlocutoire pour soutenir un différend régi par une entente d'arbitrage, citant l'expérience de la Chambre des lords dans l'affaire « *Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Construction* » (L'affaire Tunnel Group canal v. Balfour Beatty Construction), dans laquelle la Chambre des lords a refusé d'accorder une telle injonction.

David Bristow a apporté un commentaire à la décision de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Jivraj contre*

*Hashwani*, [2011] UKSC 40, dans laquelle cette dernière définit clairement les devoirs, la position et le statut des arbitres. M. Bristow a rappelé la manière selon laquelle les tribunaux de l'Ontario ont traité cette question.

Dans ce numéro, Elaine Newman porte littéralement la « torche de la médiation » avec un article intitulé « La quête identitaire du médiateur ». Son article soulève un ensemble de questions particulièrement dignes d'intérêt sur le rôle que joue le médiateur dans le processus de médiation – est-il là pour garantir l'impartialité des résultats? Pour permettre l'auto-détermination des parties? Pour entretenir des relations de continuité entre les parties? Quel rôle est dévolu aux valeurs défendues par le médiateur dans le cadre de la médiation? Dans quelle mesure, le médiateur doit-il se soucier de l'équité ou du caractère licite des résultats obtenus? En traitant de ces questions, l'auteur relève un certain nombre d'interrogations de nature éthique qui se posent dans le domaine de la médiation.

L'année 2012 touche à sa fin; nous espérons que ces articles auront pu vous aider à faire le point sur la situation actuelle de la pratique de l'arbitrage et de la médiation au Canada et à réfléchir au rôle que vous jouez pour favoriser son développement en 2013.

Au nom du comité éditorial, je vous souhaite, à tous et à toutes, une excellente période des Fêtes pleine de bonheur et santé. ❁



# Canada's Federal System and Investment Treaty Arbitration:

## ICSID Ratification and Claims from Provincial and Territorial Measures<sup>1</sup>

### I. Introduction

The large majority of investor-state disputes arise within the context of Bilateral Investment Treaties (BITs) – known as Foreign Investment Promotion and Protection Agreements (FIPAs) in Canada. BITs provide standards of protection for investors of the contracting state and their investments in the host state. They also provide procedural mechanisms for the settlement of disputes through arbitration directly between the investor and the host state. Canada is currently a party to twenty-four FIPAs and four Free Trade Agreements (FTAs)<sup>3</sup> that provide for investor-state arbitration, most notably Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement (NAFTA)<sup>4</sup> between Canada, the United States and Mexico. For ease of reference, both FIPAs and FTAs that include investor-state arbitration will be referred to as Investment Treaty Agreements (ITAs).

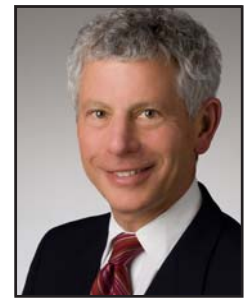
This article addresses two issues of particular interest regarding Canada's experience with investor-state arbitration as a federal state. The first issue relates to the fact that Canada has not ratified the *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States* (the *ICSID Convention* or *Washington Convention*)<sup>5</sup> and is therefore not a member of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). The second issue concerns the debate about which level of government should ultimately be responsible to pay the financial compensation awarded through investor-state arbitration where the claim arises from measures taken by a province or territory. The debate arises out of Canada's federal structure and the fact that the Canadian federal government has increasingly been called upon to pay compensation for measures taken by its provinces and territories. The article concludes that, Canada faces some prominent issues related to investment treaty arbitration because of its federal system which it needs to address.

### II. Canada and the ICSID Convention

ITAs contain the host state's consent to arbitrate and provide the means by which a

disputing investor can submit a claim. As investor-state arbitration has evolved, the *ICSID Convention* has established a widely accepted method for the adjudication of investor-state disputes. The *ICSID Convention* was formulated by the World Bank in the 1960s, and has risen to prominence as 148 states have ratified the Convention, while an additional 11 – including Canada – have signed but not yet ratified it.<sup>6</sup>

As is made clear in its preamble, the *ICSID Convention* focuses on “the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment” and “the possibility that from time to time disputes may arise in connection with such investment between” a foreign investor and the state in which the foreign investor has invested.<sup>7</sup> The *ICSID Convention* provides a system for investor-state dispute settlement by offering standard clauses, detailed rules of procedure and institutional support, which extends to the selection of arbitrators and to the conduct of arbitration proceedings. Article 25(1) of the *ICSID Convention* states that “[t]he jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent sub-



Barry Leon<sup>2</sup>



Andrew McDougall<sup>2</sup>



John Siwiec<sup>2</sup>

division or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre.”<sup>8</sup>

Perhaps the most distinguishing feature of ICSID is that it provides a binding agreement that Convention members will comply with an arbitral award rendered in a dispute.<sup>9</sup> Each Contracting State to the *ICSID Convention* is required to recognize an ICSID award as binding and equivalent to a judgment of the highest court in their country.<sup>10</sup> Moreover, ICSID awards are not open to appeal and are subject to limited review only by a second ICSID tribunal, known as an ICSID annulment committee, rather than by any country's courts.<sup>11</sup>

ICSID also adopted *Additional Facility Rules* that authorize the ICSID Secretariat to administer certain categories of proceed-



ings between states and nationals of other states that fall outside the scope of the *ICSID Convention*.<sup>12</sup> In particular, the *Additional Facility Rules* cover arbitration proceedings for investment disputes where only one of the parties is a Contracting State to the *ICSID Convention* or a national of a Contracting State. A glaring difference, and disadvantage in the eyes of foreign investors, between the *ICSID Convention* and the *Additional Facility Rules* is that an award rendered under the *Additional Facility Rules* can be subject to review by national courts at the place of enforcement whereas an ICSID tribunal award cannot.<sup>13</sup>

Given that the *ICSID Convention* has achieved such wide acceptance, one would expect that Canada – a G8 and G20 country with the desire to attract foreign investment and with so many businesses and individuals that invest internationally and engage in international projects – would be a party to it. ICSID membership would benefit Canada’s international investors and enhance Canada’s reputation as a foreign investor-friendly country by giving foreign investors in Canada access to the protections and benefits of ICSID arbitration.

## Canada’s Investment Treaty Practice

Canada’s ITAs generally provide that an investor can submit a claim to arbitration under four sets of rules: (i) the ICSID Arbitration Rules; (ii) the ICSID Additional Facility Rules; (iii) the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules; or, (iv) another body of rules such as the London Court of International Arbitration (LCIA) Arbitration Rules.<sup>14</sup>

Although ICSID arbitration is specified in Canada’s ITAs as a potential dispute resolution mechanism, Canada has not ratified the *ICSID Convention*. As a result, both Canadian investors investing abroad and

foreign investors in Canada cannot invoke the *ICSID Convention* to govern their arbitration. Canada’s reference to the *ICSID Convention* in its ITAs suggests that Canada intends to one day become a member. However, the fact remains that the *ICSID Convention* has been open for signature since 1965 and Canada has yet to ratify the treaty.

This is not to say that there has not been any movement by Canada. On December 15, 2006, Canada signed the *ICSID Convention*, and Canada’s federal government passed implementing legislation to ratify the Convention in March 2008.<sup>15</sup> However, the Canadian federal government has yet to issue an order that would implement it. This delay can largely be attributed to the fact that only four of ten provinces (British Columbia, Newfoundland and Labrador, Ontario and Saskatchewan) and two of three territories (Nunavut and Northwest Territories) have passed legislation to implement the Convention.<sup>16</sup>

Of the provinces yet to adopt supporting legislation, Alberta and Quebec stand out. The benefits of ICSID membership to these provinces could be significant given the nature of their economies and the international involvement of their companies. Both provinces have vast natural resources including oil and gas, hydro-electric power and forestry. They also have companies in these sectors and in others, such as aerospace and engineering, which are active around the world. As discussed below, Alberta and Quebec have never indicated that they oppose the substance of the Convention, leading some to believe that they have been using their resistance to adopt supporting legislation as a means to seek concessions in other areas of federal-provincial relations.

## Canada’s Federal Structure

Before ratifying the *ICSID Convention*, it

appears that Canada would prefer to have the support of all of its provinces and territories. As in most federal states, powers are allocated by Canada’s constitution between its federal government and its ten provinces and three territories. Canada’s constitution allocates treaty-making authority at the federal level.<sup>17</sup> However, when the subject matter of a treaty is in a field in which Canada’s provinces and territories have authority, they have the power to implement the treaty.<sup>18</sup>

Whether constitutionally, by practice, or as a matter of political pragmatism, the federal government seeks provincial and territorial support when the subject matter of a treaty includes areas that fall within their jurisdiction. Because the *ICSID Convention* relates to areas of provincial and territorial jurisdiction, including “the administration of justice” and “property and civil rights”, provincial and territorial implementing legislation is needed or at least desirable before Canada’s ratification.<sup>19</sup>

This is not the first time Canada has been slow to ratify a treaty relating to international arbitration. Canada took almost 30 years to ratify the *1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention)*.<sup>20</sup> The *New York Convention* entered into force in June 1959 and provides common legislative and judicial standards for the recognition of arbitration agreements and the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. However, unlike with the *ICSID Convention*, once Canada’s federal government decided to sign the *New York Convention*, it quickly received provincial and territorial support,<sup>21</sup> and was ratified in August 1986.<sup>22</sup>

Given the apparent desire for consensus in ratifying the *ICSID Convention*, the possibility exists that some provinces are

## ADR Outsourcing

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

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





using the implementing legislation as a bargaining chip in federal-provincial negotiations with regard to other issues. It is also possible that since legislative agendas are crowded, seeking consensus to put forward ratification legislation for an international treaty is simply not a political priority. Unfortunately, Canadian corporations that invest internationally have done little to press for ratification. Moreover, it may be an unfortunate political reality that treaty ratification is not a “vote-getting” issue.

Regardless of the reasons for the delay, it has never been suggested that concerns about the merits of ICSID are any part of the problem. When Canada’s House of Commons considered ratification legislation, Members of Parliament from all parties and regions generally agreed that ratification is in Canada’s interest.<sup>23</sup> Indeed, in the many years since ICSID came into existence, irrespective of the governing political party at any point in time, Canada’s federal government has been trying to get the provincial and territorial governments to not only commit to act, but to actually act.<sup>24</sup>

### Moving without full support?

There are signs indicating that Canada’s federal government might move to ratify the Convention despite the lack of all provinces and territories having passed implementing legislation. One indication came during parliamentary debates and hearings when Parliament was considering federal implementing legislation.<sup>25</sup> Parliamentarians and officials stated that Canada could designate the provinces and territories that wish to be party to ICSID as “constituent subdivisions” in accordance with the Convention’s “federal clause.” Article 70 of the *ICSID Convention* would allow Canada to identify, by written notice, the provinces and territories to which the treaty would not apply. Using this approach, Canada could designate which provinces and territories the treaty would not apply to, and these provinces and territories could join subsequent to passing the proper implementing legislation.<sup>26</sup>

This “constituent subdivision” approach,

however, is not without dissent. Some opposition members in the federal Parliament maintained that it would violate Canada’s constitutional division of powers and would constitute a “wrongful abrogation” of the federal government’s control over international relations.<sup>27</sup> A definitive constitutional position on the part of the Federal government, if it has one, has not been made public.

Another argument is that moving forward with the ratification process without full provincial and territorial concurrency could be seen as a deviation from Canada’s ordinary treaty implementation practice, which could have political implications in Canada. Few would disagree that unanimous provincial and territorial ratification is preferable in Canada’s federal state environment. Moreover, partial applicability of ICSID in Canada could complicate investment transactions and distort economic relations among provinces and territories.

In the absence of unanimity after an unduly prolonged time and considerable effort, using the “constituent subdivision” approach to ratify the Convention may be the best achievable option and may “put feet to the fire” in the foot-dragging provinces and territories. Given the history described above, and the benefits that would likely flow from ICSID membership, proceeding by this approach would seem to many to be in the best interests of the Canadian economy and Canadian businesses that invest internationally.

### Examples Where Access to ICSID Arbitration Might be Relevant

Four gold mining companies with operations in Venezuela represent apt examples of Canadian foreign investors that could benefit from Canada’s ratification of the *ICSID Convention*. Before President Hugo Chavez nationalized all gold mines in Venezuela in August 2011,<sup>28</sup> three Canadian companies, Vanessa Ventures Ltd. (now Infinito Gold Ltd.), Gold Reserve Inc., and Crystallex International Corporation, had outstanding claims against the country.<sup>29</sup> A fourth company, Rusoro Mining Ltd., launched a claim on July 17, 2012.<sup>30</sup> Although Canada has a FIPA with Venezu-

ela,<sup>31</sup> all four cases are proceeding by way of the ICSID Additional Facility Rules. Under these rules, any award in favor of an investor that the investor attempts to enforce in Venezuela would be subject to review by Venezuelan courts.

### Next Steps

Canadian international arbitration and trade law practitioners have long attempted to persuade senior Canadian federal and provincial government officials that it is in Canada’s interest to join ICSID. Canada’s ratification of the *ICSID Convention* is now regularly raised by Canadian international arbitration and trade law organizations, including through the Canadian Chamber of Commerce and the Canadian Bar Association.<sup>32</sup> The availability of binding ICSID arbitration would increase investor confidence in Canada because it would reduce investor risk and make Canada an even more attractive location for foreign investment. Moreover, Canadians investing in foreign countries would similarly enjoy reduced risks and reduced costs in their foreign investment activities. The majority of countries in which Canadian companies invest most frequently and most heavily are ICSID members (excluding Mexico, India, and Brazil).

Until the necessary implementing legislation is brought into force throughout the country, or Canada’s federal government decides to proceed with ratification without all of the provinces and territories on board, the *ICSID Convention* does not protect Canadian international investors or foreign investors investing in Canada. Until such time, Canada is risking significant economic benefits. As one of the two G-8 countries<sup>33</sup> and one of the three OECD members<sup>34</sup> that have not ratified the *ICSID Convention*, Canada seems long overdue to provide foreign investors and Canadians investing internationally with the full protections and benefits that come with ICSID membership.<sup>35</sup>

### III. ITAs and Canadian Federalism: Who’s Left Holding the Bill?

Another issue that arises due to Canada’s federal structure is who should be liable



for the damages awarded against Canada in an ITA arbitration when the actions of a constituent subdivision (a sub-federal entity) amounted to the breach of the treaty obligation. This issue is illustrated by Canada's recent settlement with AbitibiBowater. In April 2009, AbitibiBowater, a forestry company incorporated in the United States, initiated NAFTA Chapter Eleven arbitration for CDN \$500 million claiming that Canada had breached its obligations as a result of Newfoundland and Labrador's Bill 75, entitled *An Act to Return to the Crown Certain Rights Relating to Timber and Water use Vested in Abitibi-Consolidated and to Expropriate Assets and Lands Associated with the Generation of Electricity Enabled by Those Water Use Rights (Act)*.<sup>36</sup> In effect, the Act expropriated most of AbitibiBowater's investments in the province, including its timber and water rights. As with all ITAs, only a state party to NAFTA (Canada, United States, or Mexico) can be liable to compensate an investor from another NAFTA party for a breach of Chapter Eleven. One of the key investment protection provisions of Chapter Eleven is Article 1110 which prevents a NAFTA party from expropriating the investments of an investor from another NAFTA party without fair compensation.<sup>37</sup>

Canada settled the claim for CDN \$130 million in August 2010, leading to a consent award in December 2010.<sup>38</sup> The settlement was not without controversy as some commentators questioned whether Canada should have settled, and the amount for which it settled.<sup>39</sup> The federal government could have continued the arbitration, covered all related costs, and ultimately tried to distance itself from an unfavorable award. Instead, the settlement demonstrates that the investment treaty protection system under NAFTA works and that Canada recognizes its importance and, in appropriate circumstances, the need to voluntarily honor its investor protection commitments.

The settlement highlights a particular challenge posed by ITAs, such as NAFTA, in federal states. The claim arose from the actions of a Canadian provincial govern-

ment rather than those of the federal government. However, in accordance with NAFTA, the claim was brought against the federal state which had to defend and ultimately settle the claim, vividly demonstrating how a state can be financially responsible for its constituent subdivisions and left to pay for actions that it did not take but had no constitutional or practical authority to prevent.

Following the settlement, Canadian Prime Minister Stephen Harper stated that the federal government did not intend to seek reimbursement from Newfoundland and Labrador, but that in the future, "should provincial actions cause significant legal obligations for the government of Canada, the government of Canada will create a mechanism so that it can reclaim monies lost through international trade processes."<sup>40</sup> There has been no clarification of what that mechanism would be or whether it would be imposed unilaterally. Nonetheless, financial arrangements between the federal government and provinces and territories are most often established by cooperative negotiation.<sup>41</sup>

Whatever the arrangement, the federal government may have to move quickly because NAFTA Chapter Eleven complaints continue to be brought as a result of provincial and territorial actions.<sup>42</sup> Many aspects of environmental, human health and property regulation fall under provincial and territorial constitutional jurisdiction and are likely to continue to be a source of future claims.

A recent NAFTA award has further demonstrated the urgency of this issue. In May 2012, a NAFTA panel ruled in favour of Mobil Investments Inc. and Murphy Oil Corp. against Canada based on measures taken by Newfoundland and Labrador. The panel found Canada responsible for breaching its performance obligations under Article 1106.<sup>43</sup> The exact figure of the quantum of damages to be awarded has yet to be determined, but the outcome of the case is similar to AbitibiBowater in that the federal government will once again be responsible for paying damages as a result a provincial

measure violating the NAFTA.

## Recent NAFTA Cases Relating to Provincial Measures

Canada had two new NAFTA notices filed against it in 2011 arising from Ontario's environment regulations and one new notice filed in 2012 based on regulations of the British Columbia government. First, St. Mary's Cement, a United States corporation, filed a Notice of Intent on May 11, 2011 alleging that the denial of a quarry permit by the Ontario government was discriminatory and motivated by political concerns in breach of NAFTA Chapter Eleven's fair and equitable treatment obligations.<sup>44</sup> Second, Mesa Power served its Notice of Intent on July 6, 2011, complaining that Ontario's *Green Energy Act*<sup>45</sup> resulted in denials of access to the feed-in-tariff (FIT) program for a number of wind power projects in southwestern Ontario owned by the United States corporation.<sup>46</sup> Mesa Power Group asserts that changes in regulations for granting access to the electricity grid and awarding wind power contracts led to a decline in the value of its projects under the FIT program and contravened Canada's NAFTA obligations.<sup>47</sup> Lastly, Mercer International Inc. filed a Notice of Intent on January 26, 2012 alleging that provincial energy regulations in British Columbia have discriminated against it and are unfairly restricting it from selling self-generated power.<sup>48</sup>

It appears that the issue of constituent subdivision responsibility for actions giving rise to ITA claims will need to be dealt with in Canada sooner rather than later. In response to Canada's settlement with AbitibiBowater, one lead editorial in Canada's principal mainstream newspaper has already called for a solution:

[T]he federal government should not simply wait for the next problem of this kind to come up. It should diplomatically, but firmly, make clear to the provinces that it is thinking about specific options. The taxpayers of Canada need some concrete assurance that they will not have to pick up another such tab.<sup>49</sup>

Following the recent ruling in *Mobil and Murphy Oil*, the same editorial echoed



similar sentiments once again:

The federal government cannot simply be a guarantor for the consequences of the provinces' actions. A compromise is needed; it would be unfortunate if Ottawa had to threaten the provinces with making deductions from its payments to the provinces – from health and social transfers or equalization.<sup>50</sup>

Until the federal government establishes an arrangement with its provinces and territories respecting the costs of ITA claims based on the actions of a constituent subdivision, it is left in the position of defending these claims without any assurance that its sub-federal entities will cooperate and help cover the associated financial costs. Canada's NAFTA partners, the United States and Mexico, both of which are federal states, may also need to consider developing comprehensive solutions to this issue.<sup>51</sup>

## V. Conclusion

Canada has been, and likely will continue to be a dynamic participant in international investment arbitration. While Canadian foreign investors are increasingly active internationally and Canada continues to be an attractive venue for foreign investment, Canada's ratification of the *ICSID Convention* would only further complement both fronts. There are some encouraging signs as Canada's business and legal communities are drawing greater attention to Canada's failure to ratify the *ICSID Convention*.

Canada's federal structure plays an important part in its situation respecting ICSID, just as it plays an important part in its inability to hold its constituent subdivisions accountable for their breaches of Canada's ITA obligations. However, the knife cuts both ways. Critics argue that Canada's federal government should not use its treaty-making

power to impose broad foreign investor rights that constrain the ability of provincial and territorial governments to legislate and regulate on behalf of their citizens in areas of exclusive provincial and territorial jurisdiction.<sup>52</sup> One commentator has gone so far as to say that “[w]e are witnessing a constitutional train wreck in slow motion.”<sup>53</sup> Whether this train wreck will ever happen remains to be seen. In moving forward, Canada can remain confident that the dispute settlement mechanisms in its investment treaties can and do work. One thing is clear, however. Canada faces some prominent issues related to investment treaty arbitration because of its federal system that it needs to address. ❄️

*Barry Leon is a Partner and Head of the International Arbitration Group, Andrew McDougall is Special Counsel and John Siwiec is an Associate in the International Arbitration Group at Perley-Robertson, Hill & McDougall LLP/s.r.l.*

1 The original article, “Canada and Investment Treaty Arbitration: Three Prominent Issues – ICSID Ratification, Constituent Subdivisions, and Health and Environmental Regulation”, authored by Barry Leon, Andrew McDougall & John Siwiec appeared previously in the *South Carolina Journal of International Law & Business*, Vol. 8, Fall 2011.

2 Barry Leon ([bleon@perlaw.ca](mailto:bleon@perlaw.ca)) is a Partner and Head of the International Arbitration Group, Andrew McDougall ([amcdougall@perlaw.ca](mailto:amcdougall@perlaw.ca)) is Special Counsel and John Siwiec ([jsiwiec@perlaw.ca](mailto:jsiwiec@perlaw.ca)) is an Associate in the International Arbitration Group at Perley-Robertson, Hill & McDougall LLP/s.r.l., [www.perlaw.ca](http://www.perlaw.ca).

3 Listing of Canada's FIPAs and FTAs, FOREIGN AFFAIRS AND INTERNATIONAL TRADE CANADA, available at <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?view=d> (last modified Sept. 26, 2011).

4 North American Free Trade Agreement, Dec. 17, U.S.-Can-Mex., 1992, 32 I.L.M. 605, 639-49 (1993) [hereinafter *NAFTA*].

5 Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, Mar. 18 1965, 17 U.S.T. 1270 [hereinafter *ICSID*], available at <http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20575/volume-575-I-8359-English.pdf>.

6 ICSID, List of Contracting States and Other Signatories of the Convention, available at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English>.

7 *ICSID*, supra note 5, preamble.

8 *ICSID*, supra note 5, art. 25(1).

9 *ICSID*, supra note 5, art. 53(1).

10 *Id.*

11 See *ICSID*, supra note 5, arts. 50-55.

12 ICSID, *Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, [hereinafter *Additional Facility Rules*], available at [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/AFR\\_English-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/AFR_English-final.pdf).

13 Compare *Additional Facility Rules*, supra note 12, arts. 52-57, with *ICSID*, supra note 5, arts. 50-55.

14 See *NAFTA*, supra note 4, art. 1137; Agreement for the Promotion and Protection of Investments, Can.-Thai., art. 13, Sept. 28, 1998, available at <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/THAILAND-E.PDF>; Agreement for the Promotion and Protection of Investments. Can.-Jordan, art. 27, June 28 2009, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/jordan-agreement-jordanie-accord.aspx?lang=eng&view=d>.

15 Settlement of International Investment Disputes Act, S.C. 2008, c. 8.

16 See Settlement of International Investment Disputes Act, S.B.C. 2006, c. 16 (Can. B.C.); Settlement of International Investment Disputes Act, S.N.L. 2006, c. S-13.3 (Can. N.L.); Settlement of International Disputes Act, S.O. 1999, c. 12, Schedule D (Can. Ont.); Settlement of International Investment Disputes Act, S.S. 2006, c. S-47.2 (Can. Sask.); Settlement of International Investment Disputes Act, S.Nu. 2006, c. 13 (Can. Nu.); Settlement of International Investment Disputes Act, S.N.W.T. 2009, c. 15 (Can. N.W.T.)

17 The federal government's treaty-making authority is not explicitly conferred under any constitutional provision though is a power that is recognized to have devolved upon it. This stems from Canada's British tradition, where international relations are a prerogative of the Crown, which is exercised by the federal executive branch of the government as the Crown's representative. See LAURA BARNETT, LEGAL LEGIS. AFFAIRS DIV., CANADA'S APPROACH TO THE TREATY MAKING PROCESS (2008), <http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/prb0845-e.htm>; see also *Capital Cities Comm'ns Inc. v. Canadian Radio-Television Comm'n*, [1978] 2 S.C.R. 141 (Can.).

18 See *Canada (Att'y Gen.) v. Ontario (Att'y Gen.)*, (1937) 1 D.L.R. 673 (Can.) (Labour Conventions Case); see also PETER W. HOGG, Q.C. CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA, 11.5 (b), (Carswell, 5th ed. Supp. 2007).

19 *ICSID*, supra note 5 (The ICSID Convention addresses issues of arbitral procedure and the recognition and enforcement of arbitral awards, both of which fall within provincial jurisdiction over the administration of justice (ss. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*) and property and civil rights (ss. 92(13)).

20 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10, 1958, 330 U.N.T.S. 38, (1968) 7 I.L.M. 1046, available at [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html).

21 Edward C. Chiasson, *Canada No Man's Land No More*, 3 J. INT'L ARB. 67 (1986).

22 E.g. Edward C. Chiasson & Marc Lalonde, *Recent Canadian Legislation on Arbitration* 2 ARB. INT'L 370 (1986); Chiasson, supra note 20.

23 Canada, Parliament, House of Commons, *Debates*, 39<sup>th</sup> Parliament, 1<sup>st</sup> Session, vol. 141, issue 154, May 15, 2007, available at <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=2945948&Language=E&Mode=1&Parl=39&Ses=1>.

24 *Id.*

25 *Id.*

26 Canada, Parliament, House of Commons, Standing Committee on Foreign Affairs and International Development, *Evidence*, (November 22, 2007), 39<sup>th</sup> Parliament, 2<sup>nd</sup> Session, available at <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=3133571&Mode=1&Parl=39&Ses=2&Language=E#Int-2214104>.

27 See generally comments of Mrs. Vivian Barbot, MP, supra note 22.

28 Hugo Chavez Officially Nationalizes Venezuela's Gold Industry, HUFFINGTON POST, Aug. 23, 2011, [http://www.huffingtonpost.com/2011/08/24/venezuela-gold-industry-huge-chavez\\_n\\_934968.html](http://www.huffingtonpost.com/2011/08/24/venezuela-gold-industry-huge-chavez_n_934968.html).

29 See ICSID, *List of Pending Cases*, supra note 49, (listing *Vanessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, Filed (Oct. 28, 2004); *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Filed (Nov. 9, 2009); *Crystalline Int'l Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Filed (Mar. 9, 2011)).

30 Alison Ross, *Rusoro in time to file ICSID claim against Venezuela*, GLOBAL ARBITRATION REVIEW, (July 23, 2012), <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/30710/rusoro-time-file-icsid-claim-against-venezuela>.

31 Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Venezuela for the Promotion and Protection of Investments, Can.-Venez., Jul. 1, 1996,



- 2221 UNTS 7, available at <http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Vol-ume%202221/v2221.pdf>.
- 32 Andrew McDougall & Barry Leon, *Upcoming G20 Meeting in Canada Presents an Opportunity for Canada to Join ICSID*, N. AM. FREE TRADE & INV. REPORT, March 31, 2010, [http://www.perlaw.ca/media/Lawyer\\_Articles\\_PDF/Published\\_BLeon\\_and\\_AMcDougall\\_Upcoming\\_G20\\_Meeting\\_in\\_Canada\\_Presents\\_an\\_Opportunity\\_for\\_Canada\\_to\\_Join\\_ICSID\\_Article\\_Only.pdf](http://www.perlaw.ca/media/Lawyer_Articles_PDF/Published_BLeon_and_AMcDougall_Upcoming_G20_Meeting_in_Canada_Presents_an_Opportunity_for_Canada_to_Join_ICSID_Article_Only.pdf).
- 33 Russia has yet to ratify the Convention though also signed the treaty in 1992.
- 34 Mexico and Poland have not signed the Convention.
- 35 See Barry Leon & Andrew de Lotbinière McDougall, *Why has Canada Not Ratified the ICSID Convention?*, KLUWER ARB. BLOG (August 24, 2010, 9:15 PM), <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/08/24/why-has-canada-not-ratified-the-icsid-convention/>.
- 36 Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act, R.S.N.L. 2008, c. A-1.01.
- 37 *Id.* at art.1110(1).
- 38 AbitibiBowater Inc. v. The Gov't of Canada, (ICSID) Consent Award, Dec. 15, 2010, [http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Abitibi\\_Consent\\_Award\\_Dec\\_15\\_2010.pdf](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Abitibi_Consent_Award_Dec_15_2010.pdf).
- 39 Scott Sinclair, *\$130 Million NAFTA Payout Sets Troubling Precedent*, CANADIAN CTR. FOR POLICY ALT. (March 22, 2011), <http://www.policyalternatives.ca/publications/commentary/130-million-nafta-payout-sets-troubling-precedent>.
- 40 Bertrand Marotte & John Ibbitson, *Provinces on Hook for Future Trade Disputes: Harper*, THE GLOBE & MAIL (August 26, 2010), <http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/abitiibi-deal-best-available-harper/article1686431/?cmpid=rsl1>.
- 41 See HOGG, *supra* note 17, at ¶ 6.9.
- 42 Clayton/Bilcon (U.S.) v. Gov't of Canada, Statement of the Claim (Jan. 30, 2009); St. Marys VCNA, LLC (U.S.) v. Gov't of Canada, Notice of Intent (May 13, 2011); Mesa Power Group LLC (U.S.) v. Gov't of Canada, Notice of Intent (July 6, 2011), and Mercer International Inc. v. Gov't of Canada, Notice of Intent (January 26, 2012). See Foreign Affairs and International Trade Canada, Cases Filed Against the Government of Canada, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/gov.aspx?lang=en&view=d>
- 43 Jarrod Hepburn, *Canada Loses NAFTA Claim; Provincial R&D Obligations Imposed on US Oil Companies Held to Constitute Prohibited Performance Requirements*, INVESTMENT ARBITRATION REPORTER (June 1, 2012), <http://www.iareporter.com/articles/20120601>.
- 44 See St. Marys VCNA, LLC v. Gov't of Canada, Notice of Intent (filed May 13, 2011) available at [http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/st\\_marys\\_vcna.aspx?lang=eng&view=d](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/st_marys_vcna.aspx?lang=eng&view=d).
- 45 Green Energy Act, S.O. 2009, c. 12, Sch. A (Can.).
- 46 Mesa Power Group LLC v. Gov't of Canada, Notice of Intent (filed July 6, 2011) available at <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/mesa.aspx?lang=eng&view=d>.
- 47 *Id.*
- 48 Mercer International Inc. v. Gov't of Canada, Notice of Intent (filed January 26, 2012) available at <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/mercer.aspx?view=d>.
- 49 Editorial, *How Ottawa could avoid getting stuck with the provinces' bills*, GLOBE & MAIL, Aug. 29, 2010, <http://www.theglobeandmail.com/news/opinions/editorials/how-ottawa-could-avoid-getting-stuck-with-the-provinces-bills/article1688337/>.
- 50 Editorial, *Ottawa should not have to pay for provinces' trade obligations*, GLOBE & MAIL, June 10, 2012, <http://www.theglobeandmail.com/commentary/editorials/ottawa-should-not-have-to-pay-for-provinces-trade-violations/article4246206/>.
- 51 See also Barry Leon & Andrew McDougall, *Left Holding the Bill: Can the NAFTA Countries Recover from Their Constituent Territories?*, N. AM. FREE TRADE & INV. REP., Vol. 21, No. 1, Jan. 1, 2011, available at <http://www.perlaw.ca/en/newsroom/publications/2011/1/left-holding-the-bill-can-the-nafta-countries-recover>.
- 52 SINCLAIR, *supra* note 39.
- 53 *Id.*

# Le régime fédéral canadien et l'arbitrage de différends fondés sur des traités relatifs aux investissements :

la ratification de la Convention du CIRDI et les demandes découlant du fait de provinces et de territoires<sup>1</sup>

Barry Leon, Andrew McDougall et John Siwiec<sup>2</sup>

## I. Introduction

En grande partie, les différends entre un investisseur et un État surviennent dans cadre de traités bilatéraux d'investissement (TBI) : au Canada, ce sont les Accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE). Les TBI fournissent les normes de protection des investisseurs de l'État signataire et de leurs investissements dans l'État d'accueil. En outre, ils fournissent des mécanismes procéduraux de règlement de différends par voie d'arbitrage directement entre l'investisseur et l'État d'accueil. À ce jour, le Canada a conclu vingt-quatre APIE et quatre Accords de libre-échange (ALE)<sup>3</sup> qui prévoient l'arbitrage entre l'investisseur et l'État, plus particulièrement le chapitre onze de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)<sup>4</sup> intervenu entre le Canada, les États-Unis et le Mexique. Par souci de commodité, les APIE et les ALE qui comprennent des dispositions sur l'arbitrage entre un investisseur et l'État sont ci-après appelés des accords en vertu de traités d'investissement (ATI).

Cet article traite de deux questions qui présentent un intérêt particulier à l'égard de l'expérience du Canada en matière d'arbitrage entre un investisseur et un État qui est un État fédéral. La première question a trait au fait que le Canada n'a pas ratifié la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* (la *Convention du CIRDI* ou la *Convention de Washington*)<sup>5</sup> et, de ce fait, n'est pas membre du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). La seconde question concerne le débat portant sur le palier de

gouvernement qui doit être tenu responsable en dernier ressort de verser la compensation financière adjugée à la suite d'un arbitrage entre un investisseur et l'État dans le cas d'une demande fondée sur des mesures prises par une province ou un territoire. Le débat découle du régime fédéral canadien et du fait que de plus en plus, le gouvernement fédéral canadien doit verser une compensation à la suite de mesures prises par ses provinces et ses territoires. Cet article arrive à la conclusion qu'en raison du régime fédéral en vigueur, le Canada est confronté à d'importantes questions liées à l'arbitrage de différends fon-

dés sur des traités relatifs aux investissements et devra y répondre.

## II. Le Canada et la Convention du CIRDI

Le consentement de l'État d'accueil à l'arbitrage est compris dans les ATI qui donnent à l'investisseur contestant les moyens de soumettre une demande. Au fil de l'évolution de l'arbitrage entre un investisseur et l'État, la Convention du CIRDI a établi un mode de règlement de différends largement accepté entre un investisseur et un État. La Convention du CIRDI a été élaborée par la Banque mondiale dans les



années soixante, et a pris de l'importance grâce à sa ratification par 148 États, et sa signature par 11 autres États, notamment le Canada, qui ne l'ont pas encore ratifiée<sup>6</sup>.

Comme en fait foi son préambule, la Convention du CIRDI est axée sur « la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux » et sur le fait « que des différends peuvent surgir à toute époque au sujet de tels investissements entre » un investisseur étranger et l'État dans lequel l'investisseur étranger a investi<sup>7</sup>. La Convention du CIRDI établit des mécanismes pour le règlement de différends entre un investisseur et un État en offrant des clauses type, des règles de procédure détaillées et un soutien administratif, ce qui comprend la sélection des arbitres et la conduite des procédures d'arbitrage. L'article 25(1) de la Convention du CIRDI indique que « la compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre<sup>8</sup> ».

Sans doute, la caractéristique la plus importante du CIRDI est l'accord contraignant en vertu duquel les parties à la Convention s'engagent à se conformer à une sentence arbitrale rendue dans un différend<sup>9</sup>. Chaque État contractant est requis de reconnaître toute sentence rendue dans le cadre de la Convention du CIRDI comme obligatoire et comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État<sup>10</sup>. En outre, les sentences rendues dans le cadre de la Convention du CIRDI ne sont pas sujettes à appel et peuvent être l'objet d'une révision restreinte uniquement par un deuxième tribunal du CIRDI, un Comité *ad hoc* qui est habilité à annuler la sentence en tout ou en partie, et non par les tribunaux d'un pays<sup>11</sup>.

Le CIRDI a en outre adopté le Règlement régissant le Mécanisme supplémentaire autorisant le Secrétariat du CIRDI à admi-

nistrer certaines procédures entre États et ressortissants d'autres États qui ne relèvent pas de la compétence de la Convention du CIRDI<sup>12</sup>. En particulier, le Règlement du mécanisme supplémentaire s'applique aux procédures d'arbitrage de différends relatifs aux investissements entre des parties dont seulement une des parties est un État contractant selon la Convention du CIRDI ou un ressortissant d'un État contractant. Une différence manifeste, et un inconvénient selon les investisseurs étrangers, entre la Convention du CIRDI et le Règlement du mécanisme supplémentaire est qu'une sentence rendue en vertu du Règlement du mécanisme supplémentaire peut être l'objet d'un examen par les tribunaux nationaux du lieu de l'exécution alors qu'une sentence rendue par un tribunal du CIRDI ne peut pas en être l'objet<sup>13</sup>.

Étant donné que la Convention du CIRDI est si largement acceptée, on s'attendrait à ce que le Canada, un pays membre du G8 et du G20 qui souhaite attirer l'investissement étranger et dont tellement d'entreprises et d'individus investissent à l'international et participent à des projets internationaux, y adhère. L'adhésion à la Convention du CIRDI serait à l'avantage des investisseurs internationaux du Canada et soulignerait la réputation du Canada à titre de pays favorable aux investisseurs étrangers étant donné que les investisseurs étrangers au Canada auraient accès aux protections et aux avantages de l'arbitrage du CIRDI.

### La pratique des accords d'investissement du Canada

En général, les ATI du Canada stipulent qu'un investisseur peut soumettre une demande d'arbitrage selon quatre ensembles de règlements : i) les Règlements d'arbitrage du CIRDI; ii) le Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI; iii) le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI); ou, iv) un autre ensemble de règles comme le Règlement d'arbitrage de la Cour d'arbitrage international de Londres (CAIL)<sup>14</sup>.

Bien que dans les ATI du Canada, l'arbitrage du CIRDI est indiqué comme un mode possible de règlement de différends,

le Canada n'a pas ratifié la Convention du CIRDI. En conséquence, les investisseurs canadiens qui investissent à l'étranger et les investisseurs étrangers au Canada ne peuvent pas avoir recours à la Convention du CIRDI pour régler leur arbitrage. La mention de la Convention du CIRDI dans les ATI du Canada donne à penser que le Canada a l'intention de devenir un jour un État contractant. Toutefois, il n'en demeure pas moins que la Convention du CIRDI est ouverte à la signature depuis 1965 et que le Canada n'a pas encore ratifié le traité.

Cela ne veut pas dire que le Canada n'a rien fait. Le 15 décembre 2006, le Canada a signé la Convention du CIRDI, et, en mars 2008, le gouvernement fédéral canadien a adopté une loi de mise en œuvre afin de pouvoir ratifier la Convention<sup>15</sup>. Toutefois, le gouvernement fédéral canadien n'a pas encore adopté un décret fixant la date d'entrée en vigueur de la loi. Ce délai peut être attribué en grande partie au fait que seulement quatre des dix provinces (la Colombie-Britannique, Terre-Neuve et Labrador, l'Ontario et la Saskatchewan) et deux des trois territoires (le Nunavut et les Territoires du Nord-Ouest) ont adopté des lois de mise en œuvre de la Convention<sup>16</sup>.

Parmi les provinces qui n'ont pas encore adopté une loi de mise en œuvre, se distinguent l'Alberta et le Québec. Les avantages d'une adhésion au CIRDI seraient importants pour ces provinces, étant donné la nature de leurs économies et la participation de leurs sociétés à l'échelle internationale. Les deux provinces possèdent de vastes ressources naturelles, y compris le pétrole et le gaz naturel, l'énergie hydroélectrique et la foresterie. En outre, elles ont des sociétés dans ces secteurs et d'autres, comme l'aérospatiale et l'ingénierie, qui sont présentes dans le monde entier. Tel qu'il est mentionné ci-après, ni l'Alberta ni le Québec n'ont indiqué qu'ils s'opposent à la Convention, ce qui donne à penser à certains qu'ils utilisent leur résistance à adopter des lois de mise en œuvre comme un moyen pour obtenir des gains dans d'autres secteurs de relations fédérales provinciales.



## Le régime fédéral au Canada

Avant de ratifier la Convention du CIRDI, il appert que le Canada préfère obtenir l'appui de toutes ses provinces et territoires. Comme dans bien des États fédéraux, la Constitution du Canada répartit les pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les dix provinces et trois territoires. En vertu de la Constitution du Canada, la compétence en matière de conclusion de traité appartient au gouvernement fédéral<sup>17</sup>. Toutefois, lorsque l'objet d'un traité relève d'un champ de compétence provinciale et territoriale, il appartient aux provinces et aux territoires de mettre en œuvre le traité<sup>18</sup>.

En vertu de la Constitution, selon la pratique ou un pragmatisme politique, le gouvernement fédéral tente d'obtenir l'appui des provinces et des territoires à un traité

dont l'objet comprend des champs qui relèvent de leur compétence. Étant donné que la Convention du CIRDI concerne des champs de compétence provinciale et territoriale, y compris « l'administration de la justice » et « la propriété et les droits civils », une législation provinciale et territoriale qui met en œuvre la Convention est requise ou du moins souhaitable avant la ratification par le Canada<sup>19</sup>.

Ce n'est pas la première fois que le Canada tarde à ratifier un traité relatif à l'arbitrage international. Le Canada a mis près de 30 ans pour ratifier la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (la Convention de New York)<sup>20</sup>. La Convention de New York est entrée en vigueur en juin 1959 et établit les normes législatives et judiciaires communes de reconnaissance

des conventions d'arbitrage et de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères. Toutefois, à la différence de la Convention du CIRDI, dès que le gouvernement fédéral canadien a décidé de signer la Convention de New York, les provinces et les territoires ont rapidement signifié leur appui<sup>21</sup>, et la Convention de New York fut ratifiée en août 1986<sup>22</sup>.

Étant donné la volonté du gouvernement fédéral d'obtenir un consensus avant de ratifier la Convention du CIRDI, il est possible qu'un nombre de provinces utilisent la loi de mise en œuvre comme une monnaie d'échange dans les négociations fédérales provinciales sur d'autres questions. Il est également possible qu'étant donné que les programmes législatifs sont chargés, la recherche d'un consensus en vue de présenter une loi de mise en œuvre d'un

## Order Your Correspondence Course and Practice Handbooks

### Correspondence Course in Arbitration

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

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

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

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

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

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

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

### The Commercial Mediation Practice Handbook

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

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

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

### The Arbitration Handbook

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

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

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

To order please call Mena: 416-487-4733 1-877-475-4353 [mena@adrcanada.ca](mailto:mena@adrcanada.ca)



traité international ne soit tout simplement pas une priorité politique. Il est regrettable que les sociétés canadiennes qui investissent à l'échelle internationale ne se soient guère employées à insister sur la ratification. En outre, il se peut que la triste réalité politique soit que la ratification d'un traité n'est pas une question qui intéresse l'électorat.

Nonobstant les raisons du délai, il n'a jamais été donné à penser que des préoccupations sur les mérites du CIRDI fassent partie du problème. Lorsque la Chambre des communes du Canada a étudié la loi de ratification, les députés de tous les partis et de toutes les régions étaient en général d'accord que la ratification est dans l'intérêt du Canada<sup>23</sup>. De fait, au cours des nombreuses années écoulées depuis la création du CIRDI, quel que soit le parti politique au pouvoir à un moment donné, le gouvernement fédéral canadien a toujours tenté d'obtenir que non seulement les gouvernements provinciaux et territoriaux s'engagent à agir, mais qu'effectivement ils agissent<sup>24</sup>.

### Procéder sans le plein appui ?

Il y a des signes qui indiquent que le gouvernement fédéral canadien pourrait procéder à la ratification de la Convention nonobstant l'absence de loi de mise en œuvre adoptée par toutes les provinces et tous les territoires. Les débats et les audiences parlementaires lors de l'étude d'une loi de mise en œuvre fédérale y laissent à penser<sup>25</sup>. Des parlementaires et des hauts fonctionnaires ont indiqué que le Canada peut désigner les provinces et les territoires qui désirent participer au CIRDI des « collectivités publiques » conformément à la « clause fédérale » de la Convention. L'article 70 de la Convention du CIRDI permettrait au Canada d'indiquer, par avis écrit, les provinces et les territoires auxquels le traité ne s'applique pas. Cette approche permettrait au Canada de désigner les provinces et les territoires auxquels le traité ne s'applique pas, et ces provinces et ces territoires pourraient y adhérer après avoir adopté une loi de mise en œuvre en bonne et due forme<sup>26</sup>.

Toutefois, cette approche selon la « collectivité publique » a ses détracteurs. Cer-

tains membres de l'opposition soutiennent qu'elle violerait la répartition des compétences en vertu de la Constitution canadienne et qu'elle constituerait une « abrogation illicite » du contrôle par le gouvernement fédéral des relations internationales<sup>27</sup>. Le gouvernement fédéral n'a pas rendu public sa position définitive sur le plan constitutionnel, si tant est qu'il en ait une.

Un autre argument concerne le fait que procéder à la ratification sans le plein accord des provinces et des territoires peut être perçu comme une dérogation à la pratique courante du Canada en matière de mise en œuvre de traités, ce qui pourrait avoir des répercussions politiques au Canada. Peu de personnes contestent qu'une ratification unanime par les provinces et les territoires soit préférable dans l'état actuel de la confédération canadienne. En outre, une application partielle de la Convention du CIRDI pourrait compliquer les opérations de placement et fausser les relations économiques entre les provinces et les territoires.

En l'absence d'unanimité après une période de temps indûment longue et des efforts considérables, le recours à l'approche de « collectivités publiques » afin de ratifier la Convention peut être la solution la plus aisément réalisable et faire en sorte que les provinces et les territoires qui traînent les pieds soient acculés à se décider. Étant donné l'historique de la question ci-dessus, et les avantages qui devraient résulter de la participation au CIRDI, procéder selon cette approche serait pour bon nombre dans l'intérêt véritable de l'économie canadienne et des entreprises canadiennes qui investissent à l'échelle internationale.

### Des exemples de la pertinence de l'accès à l'arbitrage du CIRDI

Quatre sociétés d'exploitation aurifère ayant des activités au Venezuela sont des exemples pertinents d'investisseurs étrangers canadiens qui pourraient tirer profit de la ratification de la Convention du CIRDI par le Canada. Avant que le président Hugo Chavez ne nationalise toutes les mines aurifères du Venezuela en août

2011<sup>28</sup>, trois sociétés canadiennes, Vanessa Ventures Ltd. (maintenant Infinito Gold Ltd.), Gold Reserve Inc., et Crystallex International Corporation, avaient des créances en cours contre le pays<sup>29</sup>. Une quatrième société, Rusoro Mining Ltd., a présenté une demande le 17 juillet 2012<sup>30</sup>. Bien que le Canada ait un APIE avec le Venezuela<sup>31</sup>, tous les quatre dossiers procèdent selon le Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI. En vertu de ce Règlement, toute sentence rendue en faveur d'un investisseur que ce dernier tente d'exécuter au Venezuela serait susceptible de révision par les tribunaux du Venezuela.

### Les étapes suivantes

Les professionnels canadiens qui œuvrent en droit commercial et en arbitrage à l'échelle internationale, tentent depuis longtemps de convaincre les hauts fonctionnaires provinciaux et fédéraux canadiens qu'il est dans l'intérêt supérieur du Canada d'adhérer au CIRDI. La question de la ratification de la Convention du CIRDI par le Canada est maintenant périodiquement soulevée par les organismes canadiens de droit commercial et d'arbitrage à l'international, y compris par l'entremise de la Chambre de commerce du Canada et de l'Association du Barreau canadien<sup>32</sup>. L'accès à l'arbitrage obligatoire du CIRDI augmentera la confiance des investisseurs dans le Canada étant donné qu'il diminuera le risque de l'investisseur et fera du Canada un espace encore plus attrayant pour les investissements étrangers. En outre, les investisseurs canadiens dans des pays étrangers profiteront de même d'une réduction des risques et des coûts à l'égard de leurs activités d'investissement à l'étranger. La plupart des pays dans lesquels les sociétés canadiennes investissent le plus et le plus fréquemment sont des membres du CIRDI (à l'exception du Mexique, de l'Inde et du Brésil).

Tant que la législation de mise en œuvre requise n'est pas en vigueur dans tout le pays, ou que le gouvernement fédéral canadien ne décide de procéder à la ratification sans l'aval de toutes les provinces et de tous les territoires, la Convention du CIRDI ne protège pas les investisseurs canadiens à l'étranger ni les investisseurs étrangers au Canada. Entre-temps, le Ca-



nada met en jeu d'importants avantages économiques. Il est grand temps que le Canada, un des deux pays du G-8<sup>33</sup> et un des trois membres de l'OCDE<sup>34</sup> qui n'ont pas ratifié la Convention du CIRDI, accorde aux investisseurs étrangers et aux investisseurs canadiens à l'étranger toutes les protections et tous les avantages que procure une adhésion au CIRDI<sup>35</sup>.

### III. Les ATI et le fédéralisme canadien : qui en fait les frais?

Étant donné le régime fédéral canadien, la question se pose de savoir qui doit être tenu responsable des dommages-intérêts accordés contre le Canada dans un arbitrage en vertu d'un ATI en raison de mesures prises par des collectivités publiques (une entité infranationale) qui sont considérées comme une violation d'une obligation conventionnelle. Le règlement récent intervenu entre le Canada et AbitibiBowater en est un bon exemple. En avril 2009, AbitibiBowater, une société forestière constituée aux États-Unis, a soumis à l'arbitrage, en vertu du chapitre onze de l'ALÉNA, une plainte, dont une demande de 500 millions de dollars canadiens, que le Canada avait manqué à ses obligations en raison de la loi 75 adoptée par Terre-Neuve et Labrador, *An Act to Return to the Crown Certain Rights Relating to Timber and Water use Vested in Abitibi-Consolidated and to Expropriate Assets and Lands Associated with the Generation*

*of Electricity Enabled by Those Water Use Rights* (la Loi)<sup>36</sup>. De fait, en raison de la Loi, la grande partie des investissements d'AbitibiBowater dans la province, y compris les droits de coupe et les droits d'usage de l'eau, étaient expropriés. Comme dans tous les ATI, seul un État partie à l'ALÉNA (le Canada, les États-Unis ou le Mexique) peut être tenu de verser une indemnité à un investisseur d'une autre partie à l'ALÉNA en raison d'une violation du chapitre onze. Une des dispositions les plus importantes en matière de protection des investissements est l'article 1110 qui empêche une partie à l'ALÉNA d'exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre partie sans le versement d'une indemnité<sup>37</sup>.

Le Canada a réglé la demande pour 130 millions de dollars canadiens en août 2010, ce qui a donné lieu à la sentence arbitrale rendue par consentement des parties en décembre 2010<sup>38</sup>. Le règlement a soulevé une certaine controverse étant donné que certains commentateurs ont demandé si le Canada aurait dû régler et à quel montant<sup>39</sup>. Le gouvernement fédéral aurait pu continuer l'arbitrage, assumer tous les frais y liés, et, en fin de compte, tenter de se distancer d'une sentence défavorable. En revanche, le règlement démontre que le système de traité de protection des investissements selon l'ALÉNA fonctionne et que le Canada reconnaît son importance et, dans certaines circonstan-

ces, la nécessité de respecter de son plein gré ses obligations à l'égard de la protection des investisseurs.

Le règlement met en évidence un problème particulier posé par les ATI, comme l'ALÉNA, dans un État fédéral. La plainte résulte des mesures d'un gouvernement provincial canadien plutôt que celles du gouvernement fédéral. Toutefois, conformément à l'ALÉNA, la plainte est portée contre l'État fédéral qui doit contester et en fin de compte régler la plainte, ce qui démontre clairement comment un État fédéral peut être tenu d'assumer la responsabilité financière de ses collectivités publiques et de payer pour des mesures qu'il n'a pas prises et qu'aucune compétence constitutionnelle ou pratique ne lui permettrait d'empêcher.

À la suite du règlement, le premier ministre canadien Stephen Harper a déclaré que le gouvernement fédéral ne compte pas tenter de récupérer cet argent auprès du gouvernement de Terre-Neuve et Labrador, et explique qu'à l'avenir, si des actions menées par des provinces créent d'importantes obligations juridiques pour le Canada, le gouvernement du Canada établira un mécanisme qui lui permettra de récupérer l'argent versé lors de poursuites intentées en vertu d'accords internationaux<sup>40</sup>. Il n'y a eu aucune clarification sur la nature du mécanisme ni s'il serait établi unilatéralement. Néanmoins, les ententes financières entre le gouvernement fédéral et les provinces et les territoires sont établies en grande partie à la suite d'un processus de négociation coopératif<sup>41</sup>.

Quelle que soit l'entente, le gouvernement fédéral devra agir rapidement étant donné que les plaintes en vertu du chapitre onze de l'ALÉNA continuent d'être portées en raison de mesures provinciales et territoriales<sup>42</sup>. Bon nombre d'éléments de la réglementation en matière environnementale, de la santé humaine et de la propriété relèvent de la compétence constitutionnelle des provinces et des territoires et, selon toute probabilité, continueront d'être à l'origine de plaintes à l'avenir.

Une récente sentence rendue en vertu de

## Externalisation des services de l'IAMC

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

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





l'ALÉNA démontre davantage l'urgence de cette question. En mai 2012, un tribunal constitué en vertu de l'ALÉNA a rendu à l'encontre du Canada une sentence en faveur de Mobil Investments Inc. et Murphy Oil Corp. fondée sur des mesures prises par Terre-Neuve et Labrador. Le tribunal a tenu le Canada responsable d'avoir manqué aux prescriptions de résultats stipulées à l'article 1106<sup>43</sup>. Le montant exact de l'indemnité n'a pas encore été établi, toutefois le résultat du dossier est semblable à celui de l'affaire AbitibiBowater étant donné que le gouvernement fédéral est une fois de plus tenu responsable du paiement d'une indemnité à la suite d'une mesure provinciale qui enfreint une disposition de l'ALÉNA.

### Affaires récentes concernant l'ALÉNA relatives à des mesures provinciales

Le Canada a reçu en 2011 deux nouvelles plaintes en raison de la réglementation environnementale de l'Ontario et une autre plainte en 2012 en raison de règlements de la Colombie-Britannique. Dans le premier cas, St. Mary's Cement, une société des États-Unis, a signifié une notification de son intention de soumettre une plainte à l'arbitrage (« avis d'intention ») le 13 mai 2011 précisant que le refus de la demande de permis d'exploitation d'une carrière par le gouvernement de l'Ontario était discriminatoire et fondé sur des préoccupations politiques en violation des obligations de traitement juste et équitable du chapitre onze de l'ALÉNA<sup>44</sup>. Dans le deuxième cas, Mesa Power a signifié un avis d'intention le 6 juillet 2011, précisant que la Loi sur l'énergie verte<sup>45</sup> de l'Ontario a donné lieu à des refus d'accès au programme de tarifs de rachat garantis pour un nombre de projets d'énergie éolienne dans le sud-ouest de l'Ontario de la société des États-Unis<sup>46</sup>. Mesa Power Group affirme que les modifications aux règlements sur l'accès au réseau de l'électricité et l'octroi de contrats d'énergie éolienne ont donné lieu à une baisse de la valeur de ses

projets selon le programme de tarifs de rachat garantis et contreviennent aux obligations du Canada en vertu de l'ALÉNA<sup>47</sup>. Dans le dernier cas, Mercer International Inc. a signifié un avis d'intention le 26 janvier 2012, précisant que les règlements sur l'énergie de la Colombie-Britannique sont discriminatoires envers elle et l'empêchent indûment de vendre l'électricité qu'elle génère<sup>48</sup>.

Il appert que la question de la responsabilité des collectivités publiques à l'égard de mesures qui donnent lieu à des plaintes en vertu d'ATI devra être traitée le plus tôt possible. En réponse au règlement intervenu entre le Canada et AbitibiBowater, l'éditorial principal d'un grand quotidien du Canada lançait déjà un appel à trouver une solution :

Le gouvernement fédéral ne peut tout simplement pas attendre que le prochain problème de ce type ne se présente. Il doit diplomatiquement mais fermement faire comprendre aux provinces qu'il envisage des solutions précises. Les contribuables du Canada requièrent de réelles assurances qu'ils ne feront pas les frais à nouveau d'une telle situation<sup>49</sup>.

[Traduction]

À la suite de la récente décision dans l'affaire *Mobil and Murphy Oil*, le même éditorial réitère ces sentiments :

Le gouvernement fédéral ne peut être que le garant des conséquences des mesures prises par les provinces. Un compromis est requis; il serait triste qu'Ottawa doive menacer les provinces de faire des retenues sur les paiements aux provinces, soit les transferts sociaux et ceux relatifs à la santé, ou la péréquation<sup>50</sup>.

[Traduction]

Tant que le gouvernement fédéral n'arrive pas à une entente avec les provinces et les territoires à l'égard des coûts des plaintes déposées en vertu d'ATI fondées sur les

mesures de collectivités publiques, il ne peut que contester ces plaintes sans assurance aucune que les entités infranationales coopéreront et aideront à assumer les coûts financiers y associés. Les partenaires du Canada à l'ALÉNA, les États-Unis et le Mexique, qui sont tous les deux des États fédéraux, devront également étudier l'élaboration de solutions globales à cette question<sup>51</sup>.

### V. Conclusion

Canada a été et, selon toute probabilité, continuera d'être un participant dynamique à l'arbitrage international sur les investissements. Alors que les investisseurs canadiens à l'étranger sont de plus en plus actifs à l'échelle internationale et que le Canada continue d'être un lieu d'accueil attrayant pour l'investissement étranger, la ratification par le Canada de la Convention du CIRDI serait une assurance requise sur ces deux fronts. Il y a quelques signes encourageants étant donné que le milieu des affaires et la communauté juridique dénoncent de plus en plus l'absence de ratification par le Canada de la Convention du CIRDI.

Le régime fédéral canadien joue un rôle important dans la position du Canada à l'égard du CIRDI, tout comme il joue un rôle important dans son incapacité à tenir ses collectivités publiques responsables de leurs violations des obligations du Canada dans les ATI. Toutefois, c'est à double tranchant. Les critiques indiquent que le gouvernement fédéral canadien ne doit pas utiliser sa compétence en matière de traités pour imposer de vastes droits accordés aux investisseurs étrangers qui limitent la capacité des gouvernements provinciaux et territoriaux à légiférer et à réglementer dans l'intérêt de leurs citoyens dans des champs de compétence exclusivement provinciale et territoriale<sup>52</sup>. Un commentateur a même dit que « nous assistons à une catastrophe constitutionnelle au ralenti<sup>53</sup> » [traduction]. Il n'est pas certain qu'il en soit ainsi. En allant de l'avant, le Canada



peut demeurer confiant que les mécanismes de règlement de différends dans ses traités d'investissement fonctionnent. Toutefois, une chose est claire. En raison de son régime fédéral, le Canada fait face

à d'importantes questions liées à l'arbitrage de différends fondés sur des traités d'investissement et devra y répondre. ♣

Barry Leon est associé et directeur du

groupe d'arbitrage international, Andrew McDougall est conseiller juridique spécial et John Siwiec est un avocat du groupe d'arbitrage international de Perley-Robertson, Hill & McDougall LLP/s.r.l.

- 1 L'article original « *Canada and Investment Treaty Arbitration: Three Prominent Issues – ICSID Ratification, Constituent Subdivisions, and Health and Environmental Regulation* » de Barry Leon, Andrew McDougall et John Siwiec est paru antérieurement dans le *South Carolina Journal of International Law & Business*, Vol. 8, automne 2011.
- 2 Barry Leon ([bleon@perlaw.ca](mailto:bleon@perlaw.ca)) est associé et directeur du groupe d'arbitrage international, Andrew McDougall ([amcdougall@perlaw.ca](mailto:amcdougall@perlaw.ca)) est conseiller juridique spécial et John Siwiec ([jsiwiec@perlaw.ca](mailto:jsiwiec@perlaw.ca)) est un avocat du groupe d'arbitrage international de Perley-Robertson, Hill & McDougall LLP/s.r.l., [www.perlaw.ca](http://www.perlaw.ca).
- 3 La liste des APIE et des ALE conclus par le Canada, AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET COMMERCE INTERNATIONAL CANADA, disponible au <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?view=d> (dernière modification le 26 septembre 2011).
- 4 Accord de libre-échange nord-américain, le 17 décembre, États-Unis- Canada-Mexique, 1992, 32 I.L.M. 605, 639-49 (1993) [ci-après appelé ALÉNA].
- 5 Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, le 18 mars 1965, 17 U.S.T. 1270 [ci-après CIRDI], disponible au <http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20575/volume-575-I-8359-French.pdf>.
- 6 CIRDI, Liste des États contractants et signataires de la Convention, disponible au <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=French>.
- 7 CIRDI, supra note 5, préambule.
- 8 CIRDI, supra note 5, art. 25(1).
- 9 CIRDI, supra note 5, art. 53(1).
- 10 *Id.*
- 11 Voir CIRDI, supra note 5, articles 50 à 55.
- 12 CIRDI, CSID, Règlement régissant le Mécanisme supplémentaire pour l'administration de procédures par le Secrétariat du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, [ci-après Règlement du mécanisme supplémentaire], disponible au [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-fra-archive/ICSID\\_Addl\\_French.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-fra-archive/ICSID_Addl_French.pdf).
- 13 Comparer le Règlement du mécanisme supplémentaire, supra note 12, art. 52-57, et CIRDI, supra note 5, art. 50-55.
- 14 Voir ALÉNA, supra note 4, art. 1137; Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Royaume de la Thaïlande pour l'encouragement et la protection des investissements, art. 13, le 28 septembre 1998, disponible au <http://www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.asp?id=101528>, Accord entre le Canada et le Royaume hachémite de Jordanie concernant la promotion et la protection des investissements, art. 27, le 28 juin 2009, au <http://www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.asp?id=105176>.
- 15 Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements, L.C. 2008, ch. 8.
- 16 Voir Settlement of International Investment Disputes Act, S.B.C. 2006, c. 16 (Can. B.C.); Settlement of International Investment Disputes Act, S.N.L. 2006, c. S-13.3 (Can. N.L.); Loi de 1999 sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements, L.O. 1999, ch. 12, Annexe D (Can. Ont.); Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements, L.S. 2006, c. S-47.2 (Can. Sask.); Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements, L.Nun. 2006, c. 13 (Can. Nun.); Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements, LTN-O 2009, c. 15 (Can. TN-O)
- 17 Aucune disposition constitutionnelle ne confère au gouvernement fédéral la compétence en matière de conclusion de traité bien qu'il soit reconnu que cette compétence lui est dévolue. Il en découle ainsi de la tradition britannique du Canada selon laquelle les relations internationales relèvent de la prérogative de la Couronne qui est exercée par le pouvoir exécutif fédéral du gouvernement à titre de représentant de la Couronne. Voir LAURA BARNETT, LEGAL LEGIS. AFFAIRS DIV., CANADA'S APPROACH TO THE TREATY MAKING PROCESS (2008), <http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/prb0845-e.htm>; voir également Capital Cities Communications Inc. c. Le Conseil de la Radio-Télévision canadienne, [1978] 2 R.C.S. 141 (Can.).
- 18 Voir Canada (Att'y Gen.) v. Ontario (Att'y Gen.), (1937) 1 D.L.R. 673 (Can.) (Litige sur les conventions de travail); voir également PETER W. HOGG, Q.C. CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA, 11.5 (b), (Carswell, 5<sup>e</sup> éd. Suppl. 2007).
- 19 CIRDI, supra note 5 (La Convention du CIRDI traite des questions de procédure arbitrale et de la reconnaissance et de l'exécution de sentences arbitrales, qui relèvent de la compétence provinciale en matière d'administration de la justice (article 92.14 de la Loi constitutionnelle de 1867) et de propriété et de droits civils (article 92.13)).
- 20 Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, le 10 juin 1958, 330 U.N.T.S. 38, (1968) 7 I.L.M. 1046, disponible au [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html)
- 21 Edward C. Chiasson, *Canada No Man's Land No More*, 3 J. INT'L ARB. 67 (1986).
- 22 E.g. Edward C. Chiasson et Marc Lalonde, *Recent Canadian Legislation on Arbitration* 2 ARB. INT'L 370 (1986); Chiasson, supra note 20.
- 23 Canada, Parlement, Chambres des communes, Débats, 39<sup>e</sup> Législature, 1<sup>re</sup> Session, vol. 141, numéro 154, le 15 mai 2007, disponible au <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=2945948&Modes=1&Parl=39&Ses=1&Language=F>.
- 24 *Id.*
- 25 *Id.*
- 26 Canada, Parlement, Chambre des communes, Comité permanent des affaires étrangères et du développement international, *Témoignages*, (le 22 novembre 2007), 39<sup>e</sup> Législature, 2<sup>e</sup> Session, disponible au <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=3133571&Mode=1&Parl=39&Ses=2&Language=F#Int-2214104>.
- 27 Voir en général les commentaires de Mme Vivian Barbot, députée, supra note 22.
- 28 Hugo Chavez Officially Nationalizes Venezuela's Gold Industry, HUFFINGTON POST, le 23 août 2011, [http://www.huffingtonpost.com/2011/08/24/venezuela-gold-industry-huge-chavez-n\\_934968.html](http://www.huffingtonpost.com/2011/08/24/venezuela-gold-industry-huge-chavez-n_934968.html).
- 29 Voir CIRDI, Liste de causes pendantes, supra note 49, (indiquant *Vanessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, déposée le 28 octobre 2004; *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, déposée le 9 novembre 2009; *Crystallux Int'l Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, déposée le 9 mars 2011).
- 30 Alison Ross, *Rusoro in time to file ICSID claim against Venezuela*, GLOBAL ARBITRATION REVIEW, (le 23 juillet 2012), <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/30710/rusoro-time-file-icsid-claim-against-venezuela>.
- 31 Accord entre le gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République du Venezuela concernant la promotion et la protection des investissements, le 1<sup>er</sup> juillet 1996, 2221 UNTS 7, disponible au <http://www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.asp?id=101531>
- 32 Andrew McDougall et Barry Leon, *Upcoming G20 Meeting in Canada Presents an Opportunity for Canada to Join ICSID*, N. AM. FREE TRADE & INV. REPORT, le 31 mars 2010, [http://www.perlaw.ca/media/Lawyer\\_Articles\\_PDF/RiskManagement/UpcomingG20MeetinginCanadaPresentsanOpportunityforCanadaJoinICSIDArticle031710.pdf](http://www.perlaw.ca/media/Lawyer_Articles_PDF/RiskManagement/UpcomingG20MeetinginCanadaPresentsanOpportunityforCanadaJoinICSIDArticle031710.pdf)
- 33 La Russie n'a pas encore ratifié la Convention bien qu'elle a signé le traité en 1992.
- 34 Le Mexique et la Pologne n'ont pas signé la Convention.
- 35 Voir Barry Leon et Andrew de Lotbinière McDougall, *Why has Canada Not Ratified the ICSID Convention?*, KLUWER ARB. BLOG (le 24 août 2010, 21h.15, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/08/24/why-has-canada-not-ratified-the-icsid-convention/>)
- 36 Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act, R.S.N.L. 2008, c. A-1.01.
- 37 *Id.* à l'art. 1110(1).
- 38 AbitibiBowater Inc. c. le gouvernement du Canada, (CIRDI) sentence par consentement des parties, le 15 décembre 2010, [http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accordscommerciaux/assets/pdfs/Abitibi\\_Consent\\_Award\\_Dec\\_15\\_2010.pdf](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accordscommerciaux/assets/pdfs/Abitibi_Consent_Award_Dec_15_2010.pdf).
- 39 Scott Sinclair, *\$130Million NAFTA Payout Sets Troubling Precedent*, CANADIAN CTR. FOR POLICY ALT. (le 22 mars 2011), <http://www.policyalternatives.ca/publications/commentary/130-million-nafta-payout-sets-troubling-precedent>.
- 40 Bertrand Marotte et John Ibbitson, *Provinces on Hook for Future Trade Disputes: Harper, THE GLOBE & MAIL* (le 26 août 2010), <http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/abitiibi-deal-best-available-harper/article1686431/?cmpid=rss1>.
- 41 Voir HOGG, supra note 17, à ¶ 6.9.
- 42 Clayton/Bilcon (États-Unis.) c. le gouvernement du Canada, déclaration (le 30 janvier 2009); St. Marys VCNA, LLC (É-U) c. le gouvernement du Canada, avis d'intention (le 13 mai 2011); Mesa Power Group LLC (É-U) c. le gouvernement du Canada, avis d'intention (le 6 juillet 2011), et Mercer International Inc. c. le gouvernement du Canada, avis d'intention (le 26 janvier 2012). Voir Affaires étrangères et Commerce international Canada, plaintes signifiées contre le gouvernement du Canada, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/gov.aspx?lang=en&view=d>
- 43 Jarrod Hepburn, *Canada Loses NAFTA Claim; Provincial R&D Obligations Imposed on US Oil Companies Held to Constitute Prohibited Performance Requirements*, INVESTMENT ARBITRATION REPORTER (le 1<sup>er</sup> juin 2012), <http://www.iareporter.com/articles/20120601>.
- 44 Voir St. Marys VCNA, LLC c. le gouvernement du Canada, avis d'intention (signifié le 13 mai 2011) disponible au [http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/st\\_marys\\_vcna.aspx?lang=fra&view=d](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/st_marys_vcna.aspx?lang=fra&view=d).
- 45 Loi sur l'énergie verte, S.O. 2009, c. 12, Sch. A (Can.).
- 46 Mesa Power Group LLC c. le gouvernement du Canada, avis d'intention (signifié le 6 juillet 2011) disponible au <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/ mesa.aspx?lang=fra&view=d>.
- 47 *Id.*
- 48 Mercer International Inc. c. le gouvernement du Canada, avis d'intention (signifié le 26 janvier 2012) disponible au <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/mercer.aspx?lang=fra&view=d>.
- 49 Éditorial, *How Ottawa could avoid getting stuck with the provinces' bills*, GLOBE & MAIL, le 29 août 2010, <http://www.theglobeandmail.com/news/opinions/editorials/how-ottawa-could-avoid-getting-stuck-with-the-provinces-bills/article1688337/>.
- 50 Éditorial, *Ottawa should not have to pay for provinces' trade obligations*, GLOBE & MAIL, le 10 juin 2012, <http://www.theglobeandmail.com/commentary/editorials/ottawa-should-not-have-to-pay-for-provinces-trade-violations/article4246206/>.
- 51 Voir également Barry Leon et Andrew McDougall, *Left Holding the Bill: Can the NAFTA Countries Recover from Their Constituent Territories?*, N. AM. FREE TRADE & INV. REP., Vol. 21, No. 1, 1<sup>er</sup> janvier 2011, disponible au <http://www.perlaw.ca/en/newsroom/publications/2011/1/1/left-holding-the-bill-can-the-nafta-countries-recover>.
- 52 SINCLAIR, supra note 39.
- 53 *Id.*





Angus M. Gunn, Jr.  
Borden Ladner Gervais LLP  
Vancouver, Canada

# International Investor-State Dispute Resolution:

## Update on Canada's Ratification of the ICSID Convention

An important tool for the resolution of international investor-state disputes may soon be available to Canadians who invest abroad and to foreigners who invest in Canada. Since coming into force in 1966, the *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*<sup>1</sup> ("ICSID Convention") has proven itself an effective mechanism for resolving international "investor-state" disputes between investors and the foreign states in which they invest their funds. Now, more than 40 years later, the process of ratifying that treaty in Canada is well underway. This article outlines the key features of the ICSID Convention, details the status of Canada's efforts to ratify the Convention, and surveys the main implications of ratification for Canada.

### What is the ICSID Convention?

Unique challenges arise in the resolution of international investor-state disputes. Chief among them is finding an effective mechanism for resolving the disputes when they arise. Should investors rely on diplomatic channels, despite the delay and uncertainty that that entails? Should investors sue in the local courts of the host state, despite possible fears of discriminatory adjudication on foreign soil?

Realizing that such non-commercial concerns as these could discourage the free international flow of private investment, the World Bank sponsored negotiations in the 1960s to remove those impediments by establishing a specialized international dispute resolution framework. Those negotiations resulted in the ICSID Convention, a multilateral treaty that came into force in 1966.

The ICSID Convention offered a major step forward by establishing a neutral forum for the resolution of international investor-state disputes between member states. The ICSID Convention established a procedural framework only, rather than new rules for the treatment of foreign investors. Instead of leaving investors to rely on diplomatic efforts or on local courts in the host state, the ICSID Convention established neutral arbitration tribunals to resolve such disputes. The neutrality of those tribunals would avoid the risk of discriminatory adjudication in the local courts. As well, ICSID awards would be enforceable with the same ease as other international arbitral awards. The sole mechanism for challenging a final ICSID award was the self-contained review regime established by the ICSID Convention itself.

As a result, and unlike many other forms of investor-state arbitration, awards under the ICSID Convention are not amenable to challenge in national courts. For this reason, ICSID awards also are not subject to the various grounds upon which national courts can decline to recognize and enforce international commercial arbitration awards under the 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the New York Convention) and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. The already quite narrow grounds of challenge available under these latter instruments are that: (a) the parties to the arbitration agreement were under some incapacity or the arbitration agreement is otherwise invalid; (b) the party against whom the award is invoked received inadequate notice of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present its case; (c) the award deals with matters not contemplated by or falling beyond the terms of the submission to arbitration; (d) the arbitral authority was improperly constituted; (e) the award has not yet become binding on the parties or has been set aside by a competent authority in the country in which the award was made; (f) the subject matter of the difference was incapable of settlement by arbitration under the law of the country in which recognition and enforcement is sought; and (g) the recognition or enforcement of the award would offend the public policy of the country in which recognition and enforcement is sought.

Over the intervening four decades, the ICSID Convention has become the lead-



ing arbitration mechanism for the resolution of international investor-state disputes. After a slow start in the 1970s and 1980s, the ICSID Convention became a cornerstone of international investor protection in the 1990s with a proliferation of bilateral investment treaties (BITs) that required disputes to be resolved under its auspices. More than 2,000 such treaties are now in place and, as of September 2012, 147 states have ratified the ICSID Convention and become members of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“ICSID”), the impartial international institution established under the ICSID Convention as part of the World Bank.

## Progress Towards Canadian Ratification of ICSID Convention

Despite this broad international consensus as to the benefits of ICSID membership, Canada has remained on the sidelines: Canada has signed the ICSID Convention, but has not yet ratified it and thus has yet to become a Contracting State. This makes Canada the only G-8 country and one of only 3 of the 34 member countries of the Organisation for Economic Co-operation and Development (“OECD”) not to have ratified the ICSID Convention.

Without ratification, for decades Canada has fallen outside of the ICSID Convention framework. During that period, the only aspect of ICSID’s operations in which Canada has been able to participate is the ICSID Additional Facility – established in 1978 by the World Bank to extend the availability of ICSID arbitration to certain types of international investment disputes with states that have not become ICSID members. For example, because Canada

and Mexico are not ICSID members, disputes under the North American Free Trade Agreement (“NAFTA”) have been ineligible for resolution under the ICSID Convention but have been eligible for resolution under the Additional Facility. Though many of the principles and procedures that guide arbitrations under the Additional Facility are similar to those under the ICSID Convention, there is one key distinction: the latter’s self-contained provisions on recognition of ICSID awards do not apply to Additional Facility awards. As a consequence, Additional Facility awards are equally vulnerable to challenge in national courts as any other international commercial arbitration award.

Over the last twenty years, Canada’s Trade Law Bureau and members of the Canadian trade and arbitration bar have been actively promoting Canadian ratification of the ICSID Convention but the goal remains elusive. Most observers attribute the delay in ratification to Canada’s federal system of government together with the absence of a federal state clause in the ICSID Convention. Canada’s constitution allocates distinct legislative competencies to the federal Parliament and to the legislatures of Canada’s various provinces and territories. Because Canada adheres to the dualist model of treaty implementation, a treaty that Canada ratifies is still not enforceable in Canada until it is incorporated through domestic law. Although the power to enter into treaties resides exclusively in the executive branch of the federal government, the power to incorporate treaties into domestic law is more diffuse. For treaties that concern matters within the legislative competence of the provincial and territorial legislatures, those legislatures

must also adopt the necessary implementing enactment (usually a statute, but occasionally a regulation). The ICSID Convention is generally regarded as falling into this category: despite its necessarily international element, it also engages not only the administration of justice but also property and civil rights – matters that are both within exclusive provincial and territorial legislative competence.

What implications flow for Canada’s ratification of the ICSID Convention from this need for provincial and territorial implementation? Private law treaties drafted in the 1970s and later typically feature a federal state clause, which enables a federal state with multiple territorial units to become a party to a treaty even if one or more of those units has not implemented it. The contracting state limits the treaty’s application to those territorial units that have done so. The ICSID Convention, however, was drafted before the advent of the modern federal state clause – as a consequence of which, the Government of Canada has so far treated ratification as dependent upon the enactment of implementing legislation in all provinces and territories.

The Uniform Law Conference of Canada (“ULCC”) sought to facilitate implementation by drafting an “off the shelf” model statute for adoption by the federal Parliament and each of the provincial and territorial legislatures. The model *Settlement of International Investment Disputes Act* is short (15 clauses only) and aims to implement the ICSID Convention provisions concerning the jurisdiction and powers of the provincial superior courts to recognize and enforce ICSID awards (clause 3). Under clause 6, ICSID awards may be registered in the provincial superior court and thereafter will be enforceable as a judgment of that court. Under clause 8, an ICSID award is final and binding “and is not subject to appeal, review, setting aside or any other remedy except as provided in the Convention.” If a provincial, federal, or territorial government in Canada consents to have disputes with foreign investors resolved under the ICSID Convention, clause 5 allows for variation as to whether the resulting ICSID award will bind crown corporations, crown

**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 :

Mary Anne Harnick, Executive Director  
ADR Institute of Canada  
234 Eglinton Ave. E, Suite 405  
Toronto, Ontario M4P 1K5  
[executivedirector@adrcanada.ca](mailto:executivedirector@adrcanada.ca)



agents, and other similar entities.

To date, seven Canadian jurisdictions have enacted ICSID Convention implementation legislation: (in chronological order) Ontario, British Columbia, Newfoundland and Labrador, Saskatchewan, Nunavut, Canada, and the Northwest Territories. With only minor variations, the statutes in these jurisdictions have followed the ULCC model statute template. The enactment of implementation legislation awaits in Alberta, Manitoba, New Brunswick, Nova Scotia, Prince Edward Island, Québec, and the Yukon Territory. Of these remaining jurisdictions, Alberta and Québec have been perceived historically as the most reluctant to proceed. This is ironic given that the businesses in those two provinces may be among the most likely to benefit from Canada's ratification of the ICSID Convention in light of their international investment activities. Because neither province has publicly expressed any substantive opposition to the ICSID Convention, the enactment of implementing legislation in those jurisdictions has apparently been impeded to date by federal-provincial issues unrelated to the merits of the Convention itself.

These delays in implementation have caused some to urge the Government of Canada to ratify the ICSID Convention with only partial or staged implementation limited to those provinces and territories that have enacted the implementing legislation. The possibility of such an approach is said to be available under Article 70 of the ICSID Convention: "This Convention shall apply to all territories for whose international relations a Contracting State is responsible, except those which are excluded by such State by written notice to the depositary of this Convention either at the time of ratification, acceptance or approval or subsequently." Article 25 of the ICSID Convention enables a Contracting State to designate the constituent subdivisions to which ICSID's jurisdiction shall extend. During committee stage consideration of the federal government's imple-

menting legislation, the Director General of Canada's Trade Law Bureau stated that individual provinces and territories were free to elect designation as constituent subdivisions for purposes of the ICSID Convention – perhaps implying that the ICSID Convention would not be implemented in those provinces and territories that did not elect such designation.

Although the Government of Canada has taken no public stance on its ability to ratify the ICSID Convention with only partial or staged implementation, to date it has not acted on the theory that Article 70 would allow such a step and has deferred ratification pending unanimous provincial and territorial support. The federal government may also regard such support as necessary to reduce the risk of federal liabilities such as the one that arose out of the AbitibiBowater Inc. NAFTA Chapter Eleven arbitration in 2010. Canada agreed to pay \$130 million in settlement of that arbitration, even though the alleged NAFTA breach in question occurred through an act of the provincial legislature of Newfoundland and Labrador. Insisting upon unanimous provincial and territorial support for the ICSID Convention's ratification may help to deter provincial or territorial measures that potentially violate Canada's investment treaty obligations and may ensure provincial and territorial financial responsibility for any successful ICSID claims against Canada that result from such measures.

Despite its insistence on unanimous implementation and the number of provinces and territories yet to enact implementing legislation, the Government of Canada is apparently optimistic that each will ultimately do its part: in December 2006 the Canadian Ambassador to the United States attended the World Bank headquarters in Washington, D.C., to sign the ICSID Convention on Canada's behalf. Several private initiatives are now underway to achieve Canada's ratification of the ICSID Convention at long last. In late 2010 the President of the Canadian Chamber of Commerce wrote to the Prime Minister of Canada, asking that the federal government ratify the ICSID Convention without delay. At its Mid-Winter Meeting in Febru-

ary 2011, the Canadian Bar Association adopted Resolution 11-03-M to "urge the federal, provincial and territorial governments to ratify the ICSID Convention and enact legislation to bring it into effect." These various efforts may be bearing fruit: in August 2012, prominent Canadian arbitrator Yves Fortier was quoted as having "reason to believe" that Canada's ratification of the ICSID Convention "may be just around the corner".

## Future Prospects

Once Canadian ratification of the ICSID Convention is complete, all of Canada's provinces and territories are expected to benefit:

- Canadian nationals will benefit from reduced risk associated with their foreign investment activities in other ratifying states. The last few decades have seen significant growth in the number, size, and sophistication of Canadian capital exporters. Other Canadian businesses in the mining, energy, banking, engineering, aerospace and other sectors have become major participants in foreign markets. These investment activities will all benefit from direct access to the many advantages of dispute resolution under the ICSID Convention.
- Reciprocally, by reducing the risk associated with foreign investment, Canada's ratification of the ICSID Convention will promote foreign investment in Canada and reinforce Canada's international reputation as an investment friendly country. As commodity prices rise, so too will the interest of international investors in Canada's vast natural resources. 🌱

*Mr. Gunn practises in the area of public law, with an emphasis on civil appeals before the Court of Appeal for British Columbia. He has also appeared before all levels of court in British Columbia, the Federal Court of Appeal, and the Supreme Court of Canada.*

*Other practice areas include general judicial review and other administrative law matters, commercial arbitration, and general commercial litigation.*

<sup>1</sup> Done at Washington, 18 March 1965, 575 U.N.T.S. 159, reprinted in 4 I.L.M. 532 (1965).



# Règlement des différends internationaux entre investisseurs et États :

## des nouvelles concernant la ratification par le Canada de la Convention du CIRDI

Angus M. Gunn, Jr.

Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L.

Vancouver, Canada

Les Canadiens qui investissent à l'étranger et les ressortissants d'autres États qui investissent au Canada pourraient bientôt avoir à leur disposition un outil important dans le règlement des différends internationaux entre investisseurs et États. Depuis son entrée en vigueur en 1966, la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*<sup>1</sup> (« Convention du CIRDI ») s'est révélée être un mécanisme efficace de règlement des différends internationaux entre les investisseurs et les États étrangers dans lesquels ils investissent leurs avoirs. Aujourd'hui, plus de 40 ans plus tard, le processus de ratification de ce traité au Canada est bien amorcé. Cet article présente les principaux éléments de la Convention du CIRDI, discute des efforts du Canada en vue de ratifier la Convention, et passe en revue les principales répercussions qu'aura cette ratification au Canada.

### La Convention du CIRDI : de quoi s'agit-il?

Les différends entre investisseurs et États posent des défis uniques, le principal consistant à établir un mécanisme de règlement qui soit efficace. Les investisseurs devraient-ils s'en remettre à la filière diplomatique, malgré les retards et l'incertitude que cela entraîne? Devraient-ils tenter des poursuites devant les tribunaux locaux du pays d'accueil, malgré les risques éventuels d'une procédure partielle en sol étranger?

Dans les années 1960, consciente de l'effet dissuasif potentiel de telles inquiétudes non commerciales sur la libre circulation internationale des fonds privés, la Banque mondiale a lancé des négociations visant à éliminer ces obstacles par l'instauration d'un cadre international spécialisé pour le règlement des différends. Ces négociations ont abouti à la Convention du CIRDI, traité multilatéral entré en vigueur en 1966.

La Convention du CIRDI constituait une véritable percée en la matière : elle établissait un forum neutre pour le règlement des différends internationaux entre les investisseurs et les États membres. Plutôt que

de créer de nouvelles règles relatives au traitement des investisseurs étrangers, la Convention a établi un simple cadre procédural. Au lieu de laisser les investisseurs s'en remettre à la diplomatie ou aux tribunaux locaux dans le pays d'accueil, la Convention du CIRDI a mis en place des tribunaux d'arbitrage neutres pour régler ces différends [en créant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements]. La neutralité de ces tribunaux permet d'éviter le risque de se faire imposer des décisions partiales par les tribunaux locaux. En outre, les décisions du CIRDI sont exécutoires, aussi facilement que le sont les autres décisions d'arbitrage international. Le seul moyen de contester une décision définitive du CIRDI est le régime d'examen autonome établi par la Convention.

Par conséquent, et contrairement à beaucoup d'autres formes d'arbitrage entre investisseurs et États, les décisions prises en vertu de la Convention du CIRDI ne peuvent être contestées devant les tribunaux nationaux. C'est la raison pour laquelle les décisions du CIRDI ne sont pas soumises aux différents motifs sur lesquels les tri-

bunaux nationaux se fondent pour refuser de reconnaître et d'exécuter les décisions arbitrales commerciales internationales en vertu de la *Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (Convention de New York) et de la Loi type sur l'arbitrage commercial international (CNUDCI). Les motifs de contestation étaient déjà très restreints. En vertu de ces derniers instruments, ce sont les suivants : a) une partie à la convention d'arbitrage était frappée d'une incapacité, ou la convention d'arbitrage est invalide; b) la partie contre laquelle la sentence est prononcée n'a pas été dûment informée de la procédure d'arbitrage ou il lui a été impossible de faire valoir ses droits; c) la sentence porte sur des questions non prévues ou non régies par la convention d'arbitrage; d) le tribunal d'arbitrage a été irrégulièrement constitué; e) la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été suspendue par une autorité compétente dans le pays où elle a été rendue; f) l'objet du différend n'était pas susceptible d'être réglé par arbitrage en vertu de la législation du pays où doit être reconnue et exécutée la sentence; g) la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public du pays où elle doit l'être.

Pendant les quatre décennies qui ont suivi, la Convention du CIRDI est devenue le principal mécanisme d'arbitrage du règlement des différends internationaux entre investisseurs et États. Après un lent démarrage dans les années 1970 et 1980, la Convention du CIRDI est devenue une pierre angulaire de la protection des investisseurs internationaux dans les années 1990, avec la multiplication des traités bilatéraux d'investissement (TBI) prévoyant que tout différend soit réglé sous ses auspices. Plus de 2 000 traités semblables sont aujourd'hui en vigueur et, depuis septembre 2012, 147 États ont ratifié la Convention du CIRDI et sont devenus membres du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (« CIRDI »), l'institution internationale impartiale établie en vertu de la Convention du CIRDI en tant qu'instrument de la Banque mondiale.



## Avancées vers la ratification du Canada de la Convention du CIRDI

En dépit de ce large consensus international quant aux avantages de l'adhésion au CIRDI, le Canada est demeuré à l'écart : il est signataire de la Convention du CIRDI, mais ne l'a pas encore ratifiée. Ainsi, le Canada ne compte toujours pas parmi les États contractants, ce qui en fait le seul pays du G-8 et l'un de seulement 3 pays sur les 34 pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économique (« OCDE ») à ne pas avoir ratifié la Convention du CIRDI.

En l'absence de cette ratification, le Canada est exclu du cadre de la Convention du CIRDI. Au cours de cette période, le seul volet opérationnel du CIRDI auquel le Canada a pu participer est le Mécanisme supplémentaire du CIRDI • créé en 1978 par la Banque mondiale pour étendre l'accessibilité à l'arbitrage du CIRDI à certains types de différends internationaux relatifs aux investissements avec des États non membres du CIRDI. Par exemple, étant donné que le Canada et le Mexique ne sont pas membres du CIRDI, les différends relevant de l'Accord de libre-échange nord-américain (« ALENA ») ne peuvent être réglés en vertu de la Convention du CIRDI, mais ils peuvent l'être en vertu du Mécanisme supplémentaire. Bien qu'un grand nombre des principes et procédures qui guident les arbitrages dans le cadre du Mécanisme supplémentaire soient semblables à ceux de la Convention du CIRDI, il faut apporter une distinction importante : les dispositions autonomes de la Convention relatives à la reconnaissance des sentences du CIRDI ne s'appliquent pas aux décisions du Mécanisme supplémentaire. Par conséquent, les décisions du Mécanisme supplémentaire sont vulnérables à des contestations devant les tribunaux nationaux, comme l'est toute autre sentence d'arbitrage commercial international.

Au cours des vingt dernières années, la Direction générale du droit commercial international du Canada et les juristes en droit commercial et de l'arbitrage ont fait la promotion active de la ratification de la

Convention du CIRDI par le Canada, mais l'objectif n'est toujours pas atteint. La plupart des observateurs attribuent ce retard dans la ratification au système fédéral de gouvernement du Canada ainsi qu'à l'absence d'une clause fédérale dans la Convention du CIRDI. La Constitution du Canada octroie des compétences législatives distinctes au Parlement fédéral et aux législatures des provinces et des territoires du Canada. Étant donné que le Canada souscrit au modèle dualiste de mise en œuvre des traités, un traité ratifié par le Canada n'y est pas exécutoire avant son incorporation dans la législation nationale. Bien que le pouvoir de conclure des traités appartienne exclusivement au pouvoir exécutif du gouvernement fédéral, le pouvoir de les incorporer dans la législation nationale est moins précisé. Pour les traités qui portent sur questions relevant de leurs compétences, les provinces et les territoires doivent adopter le texte législatif de mise en œuvre nécessaire (en règle générale, une loi, mais à l'occasion, un règlement). La Convention du CIRDI est généralement classée dans cette catégorie : en dépit de son objet nécessairement international, elle touche non seulement l'administration de la justice, mais également le droit civil et le droit des biens, des questions relevant exclusivement des législatures provinciales et territoriales.

Quelles sont les incidences de cette nécessité d'une mise en œuvre provinciale et territoriale de la Convention du CIRDI sur la ratification par le Canada de la Convention? Les traités de droit privé rédigés à partir des années 1970 comportent généralement une clause fédérale, qui permet à un État fédéral composé de plusieurs unités territoriales d'être partie à un traité, même si une ou plusieurs de ces unités ne l'a pas mis en œuvre. L'État contractant limitant l'application du traité aux unités territoriales qui l'ont fait. Toutefois, la Convention du CIRDI a été rédigée avant l'avènement de la clause fédérale moderne et, par conséquent, le gouvernement du Canada considère que la ratification du traité est subordonnée à l'adoption d'une loi de mise en œuvre dans toutes les provinces et tous les territoires.

La Conférence pour l'harmonisation des

lois au Canada (« CHLC ») visait à faciliter la mise en œuvre des traités par la rédaction d'une loi type, à adopter par le Parlement fédéral et chaque assemblée législative provinciale et territoriale. La *Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements* types est courte (15 articles seulement). Elle a pour objet la mise en œuvre des dispositions de la Convention du CIRDI relatives à la compétence et aux pouvoirs des cours supérieures des provinces en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences du CIRDI (article 3). L'article 6 prévoit la possibilité d'enregistrer une décision du CIRDI à la cour supérieure provinciale, pouvant dès lors être exécutée comme s'il s'agissait d'un jugement rendu par ce tribunal. En vertu de l'article 8, une sentence du CIRDI est définitive, obligatoire et « n'est susceptible d'aucun appel, contrôle judiciaire ou autre recours, sauf ceux prévus à la Convention. » Si un gouvernement provincial, fédéral ou territorial au Canada consent à ce que les différends avec les investisseurs étrangers soient réglés en vertu de la Convention du CIRDI, l'article 5 peut être modulé en ce qui concerne le caractère obligatoire d'une décision du CIRDI pour les sociétés d'État, les mandataires de l'État et autres entités similaires.

À ce jour, sept législatures canadiennes ont adopté une loi de mise en œuvre de la Convention du CIRDI : (en ordre chronologique) l'Ontario, la Colombie-Britannique, Terre-Neuve-et-Labrador, la Saskatchewan, le Nunavut, le gouvernement du Canada et les Territoires du Nord-Ouest. Avec des variations mineures, ces lois ont été rédigées selon le modèle de loi type proposé par la CHLC. L'Alberta, le Manitoba, le Nouveau-Brunswick, la Nouvelle-Écosse, l'Île-du-Prince-Édouard, le Québec et le Yukon n'ont toujours pas adopté de loi de mise en œuvre. Parmi ces provinces et territoires, l'Alberta et le Québec sont historiquement perçus comme faisant preuve de la plus grande réticence. Cette situation est paradoxale lorsque l'on considère les activités internationales d'investissement des entreprises de ces deux provinces, qui sont probablement les plus susceptibles de tirer avantage de la ratification par le Canada de la Conven-



tion du CIRDI. Aucune de ces provinces n'ayant publiquement exprimé d'opposition de fond à la Convention du CIRDI, l'adoption d'une loi de mise en œuvre semble avoir été entravée jusqu'à maintenant par des questions fédérales-provinciales, indépendantes des mérites de la Convention elle-même.

Ces retards dans la mise en œuvre en ont amené certains à exhorter le gouvernement du Canada de ratifier la Convention du CIRDI, avec une mise en œuvre partielle ou par étape dans les provinces et territoires qui ont adopté une loi de mise en œuvre. Ils allèguent qu'une telle approche serait prévue à l'article 70 de la Convention du CIRDI : « La présente Convention s'applique à tous les territoires qu'un État contractant représente sur le plan international, à l'exception de ceux qui sont exclus par ledit État par notification adressée au dépositaire de la présente Convention soit au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation, soit ultérieurement. » L'article 25 de la Convention du CIRDI permet à un État contractant de désigner les organismes constitutifs auxquels les pouvoirs du CIRDI doivent s'étendre. Lors de l'examen en commission de la loi de mise en œuvre du gouvernement fédéral, le directeur général de la Direction générale du droit commercial international a déclaré que les provinces et les territoires sont libres de désigner ou non des organismes constitutifs au titre de la Convention du CIRDI, ce qui laisse peut-être croire que la Convention du CIRDI ne serait pas mise en œuvre dans les provinces et les territoires qui n'ont pas procédé de telles désignations.

Bien que le gouvernement du Canada n'a pas publiquement adopté de position sur sa capacité de ratifier la Convention du CIRDI avec une mise en œuvre partielle ou par étape, il n'a toujours pas agi comme s'il acceptait la théorie selon laquelle l'article 70 permet une telle démarche, et a suspendu le processus de ratification en

attendant l'appui unanime des provinces et des territoires. Par ailleurs, le gouvernement fédéral juge peut-être qu'un tel appui est nécessaire pour réduire le risque d'engager sa responsabilité, comme ce fut le cas de l'arbitrage au titre du chapitre Onze de l'ALENA dans l'affaire Abitibi Bowater inc. en 2010. Le Canada a accepté de verser 130 millions de dollars en règlement de cet arbitrage, même si la prétendue violation de l'ALENA est survenue à la suite d'un acte de la législature provinciale de Terre-Neuve-et-Labrador. L'insistance sur le besoin d'un appui unanime des provinces et des territoires pour ratifier la Convention du CIRDI pourrait dissuader les provinces et les territoires d'adopter des mesures ayant le potentiel de violer des obligations du Canada en vertu de traités d'investissement et d'engager la responsabilité financière des provinces et des territoires si des recours consécutifs à de telles mesures contre le Canada en vertu du CRDI étaient remportés par les plaignants.

En dépit de son insistance sur une mise en œuvre unanime et du nombre de provinces et de territoires n'ayant toujours pas adopté de loi de mise en œuvre, le gouvernement du Canada semble optimiste et croire que chacun finira par faire sa part : en décembre 2006, l'ambassadeur du Canada aux États-Unis était présent au siège de la Banque mondiale à Washington, DC, pour signer la Convention du CIRDI au nom du Canada. Plusieurs initiatives privées sont en cours pour faire en sorte que le Canada ratifie enfin la Convention du CIRDI. À la fin de 2010, le président de la Chambre de commerce du Canada a écrit au premier ministre du Canada pour demander que le gouvernement fédéral ratifie la Convention du CIRDI sans attendre. Lors de son Assemblée de la mi-hiver, le Conseil de l'Association du Barreau canadien a adopté la Résolution 11-03-M pour « exhorte[r] le gouvernement fédéral et les gouvernements des provinces et des territoires à ratifier la Convention du [sic] CIRDI et à adopter les lois nécessaires pour la mettre en œuvre. » Ces différents efforts pourraient porter fruit : en août 2012, l'éminent arbitre canadien Yves Fortier a été cité comme ayant « rai-

son de croire » que la ratification par le Canada de la Convention du CIRDI est « peut être juste au tournant ». [TRADUCTION]

## Perspectives d'avenir

Une fois la Convention du CIRDI ratifiée par le Canada, l'ensemble des provinces et territoires du Canada devraient en bénéficier.

- Les ressortissants canadiens bénéficieront d'une réduction des risques associés à leurs activités d'investissement dans les autres États ayant ratifié la Convention. Au cours des dernières décennies, nous avons assisté à une croissance importante du nombre, de la taille et du raffinement des exportateurs de capitaux canadiens. D'autres entreprises canadiennes dans les secteurs des mines, de l'énergie, des banques, de l'ingénierie, de l'aérospatiale, notamment, sont désormais des acteurs importants sur les marchés étrangers. Ces activités d'investissement bénéficieront toutes d'un accès direct aux nombreux avantages du règlement des différends dans le cadre de la Convention du CIRDI.
- En réciprocité, en réduisant le risque associé aux investissements étrangers, la ratification par le Canada de la Convention du CIRDI encouragera les investisseurs étrangers à investir au Canada et renforcera la réputation internationale de pays favorable aux investissements. Avec l'augmentation du prix des produits primaires, l'intérêt des investisseurs internationaux à l'égard des vastes ressources naturelles du Canada ira croissant. 🌱

*M<sup>e</sup> Gunn pratique en droit public, principalement dans les appels en droit civil à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Il a également plaidé devant toutes les instances judiciaires de la Colombie-Britannique, la Cour d'appel fédérale et la Cour suprême du Canada.*

*Parmi ses autres champs de pratique, notons les contrôles judiciaires d'ordre général et d'autres questions de droit administratif, les arbitrages et les litiges d'ordre général en droit commercial.*

<sup>1</sup> Fait à Washington, le 18 mars 1965, 575 U.N.T.S. 159, réimprimé à 4 I.L.M. 532 (1965).







William G. Horton

# Advocacy in Arbitration

Most counsel involved in arbitration sense that a different kind of advocacy is needed than in court litigation. But it is not easy to define the differences with any precision. Perhaps, the physical characteristics of arbitration venues provide some clues to the relationship between certain features of arbitration and oral advocacy.

## The Small Room with the Level Floor

Most arbitration hearings are conducted in rooms that are smaller than courtrooms, with less distance between all of the participants in the proceedings. Oral advocacy, as a performance art, needs to make some adaptation to its physical setting. To use a baby boomer example, *The Rolling Stones* may be your favourite band but you probably would not want them performing in your living room. Eric Clapton “unplugged” may be a better choice.

Similarly, unlike a trial, an arbitration is likely to take place in a room in which the tribunal is on the same level as everyone else. Spaces in which participants in a common activity are on different levels tend to be associated with more dramatic and intense emotional experiences (think of concert halls, theatres and churches as other examples). The level floor in arbitration hearings coincides with and reinforces several distinctive features of arbitration.

Arbitrators only have authority at the hearing because the parties have given them that authority. The process is intended to be collaborative and rational, not hostile or coercive. Everyone is working towards the same end – the resolution of the dispute. Advocacy in this setting can and should take on a different, less overtly adversarial tone. It is usually more effective if it does.

## The Closed Door

Unlike a courtroom, in arbitration a closed door denotes the exclusion of the public and may also, in most arbitrations, remind us of the exclusion of a merits review by another body. By choosing arbitration, the parties to a business dispute have chosen a process which focuses exclusively upon their private arrangements and contractually based expectations. Facts, objectivity and logic are at a premium. Arguments based on public perception and rhetorical flights (sometimes described as “jury points”) will usually hold little or no sway.

The tribunal only needs to justify its decision to the parties in the room and, in my experience, it will strive mightily to do that. But a commercial arbitration tribunal does not need to justify its decision to non-parties or other adjudicative bodies.

No tribunal wishes to be “wrong in law”. Indeed, a decision that is wrong in law could not be said to be consistent with the expectations of parties whose agreement is subject to a particular law. However, the fact that there is no automatic right of review on matters of law means, as a practical matter, that the law will often play a lesser role in the deliberations and reasons of the tribunal than it typically would in the decision of a judge of first instance who

is, of necessity, writing with one eye on the Court of Appeal.

Case law should therefore also be emphasized less in arbitration advocacy unless it is controlling and dispositive on a particular point. There are some exceptions, for example where the contract in question is of a standard type with little or no commercial context to guide its interpretation or is the subject of detailed statutory regulation, such as contracts involving franchises or the sale of goods. Otherwise it is best to look for answers in the circumstances of the case rather than rummaging through case law searching for apt phrases that won the day in other disputes.

## The Coffee Machine

One feature of every arbitration is the opportunity for all participants to socialize over the breaks in the proceedings. This will involve chit chat at the coffee machine and possibly at a buffet lunch or even at an end of the day cocktail party thrown by a venue supplier who is grateful for the business. Inevitably these sessions will involve opposing counsel, tribunal members and witnesses. An experienced arbitrator will ensure that these exchanges are not seen as favouring one party over another. Even so, counsel who relies on personalized attacks or uncivil exchanges is disadvantaged in such a setting. Counsel who is in better sync with the collegial and sociable atmosphere of most arbitration hearings is more likely to provide effective representation and make a favourable



impression on the tribunal.

It has been said that “Litigation is no tea party.” I do not want to leave the impression that arbitration is a “coffee klatch”. It, too, is a demanding endeavour involving an adversarial dynamic, albeit one that is often modified in the way I have described. Given the compressed timeframes of an arbitration schedule, the rapid succession of cross-examinations without in-

tervening direct examinations and the limited opportunity for oral argument, many counsel find the arbitration process even more harrowing than a trial, if that is possible! Contrary to popular conception, arbitrators do not generally “split the baby” and awards that are rendered may be considered harsh by the losing party. However, there are features of the arbitration process that do make it different from court proceedings – as one would hope and expect,

otherwise why have arbitration? Good advocacy involves understanding and working with those differences, thereby obtaining the benefits that arbitration has to offer and representing one’s client more effectively. ☘

*William G. Horton Professional Corporation: [www.wghlaw.com](http://www.wghlaw.com). Bill Horton is an arbitrator and mediator of Canadian and international business disputes.*

## Plaidoirie en arbitrage

*William G. Horton*

La plupart des avocats participant à des cas d’arbitrage sont d’avis qu’un type de plaidoirie différent de celui des litiges entendus en cour s’avère nécessaire. Mais il n’est pas facile de définir les différences avec précision. Les caractéristiques physiques des lieux d’arbitrage offrent peut-être quelques indices quant au lien entre certains aspects de l’arbitrage et la plaidoirie.

### La petite salle au plancher droit

La plupart des audiences d’arbitrage sont menées dans des salles plus petites que les salles d’audience, ce qui rapproche les participants durant les procédures. La plaidoirie, sur le plan de l’exécution, doit s’adapter quelque peu à son environnement physique. Prenons un exemple s’appliquant aux enfants du baby-boom : il se peut que les *Rolling Stones* soient votre groupe favori, mais vous ne voudriez probablement pas qu’ils donnent un spectacle dans votre salon. Eric Clapton donnant un concert acoustique serait plus approprié.

De même, contrairement à un procès, un arbitrage se déroulerait probablement dans une salle dans laquelle le tribunal est au même niveau que toutes les autres personnes présentes. Les lieux où les gens participant à une activité commune se trouvent à des niveaux différents sont plutôt associés à des expériences émotionnelles plus dramatiques et intenses (pensons aux salles de concert, aux théâtres et aux églises notamment). Dans les salles où ont lieu les audiences d’arbitrage, le plancher droit coïncide avec plusieurs caractéristiques distinctes de l’arbitrage et les renforce.

Les arbitres ne détiennent une autorité qu’à

l’audience, car les parties la leur ont accordée. Le processus se veut collaboratif et rationnel et non hostile ou coercitif. Tout le monde travaille dans un but commun, c’est-à-dire la résolution du différend. La plaidoirie, dans un tel contexte, peut et devrait adopter un ton de confrontation différent, moins hostile. Elle est habituellement plus efficace dans ce cas.

### La porte fermée

Contrairement à une salle d’audience, quand la porte d’une salle d’arbitrage est fermée, cela laisse entendre une exclusion du public et peut, dans la plupart des arbitrages, nous rappeler l’exclusion d’un examen du bien-fondé par un autre organisme. En choisissant l’arbitrage, les parties concernées par un différend commercial ont choisi un processus axé exclusivement sur leurs ententes privées et attentes contractuelles. Les faits, l’objectivité et la logique jouent un rôle crucial. Les arguments fondés sur la perception du public et les envolées oratoires (parfois appelées « points de droit ») ont habituellement peu d’influence, voire aucune.

Le tribunal est tenu de justifier sa décision uniquement auprès des parties dans la salle

et, d’après mon expérience, il cherchera vigoureusement à procéder ainsi. Cependant, un tribunal d’arbitrage commercial n’est pas tenu de justifier sa décision envers d’autres personnes ou organismes juridictionnels.

Aucun tribunal ne souhaite « être mal fondé en droit ». En effet, on ne peut pas dire d’une décision mal fondée en droit qu’elle respecte les attentes des parties dont l’entente est assujettie à une loi particulière. Toutefois, le fait qu’il n’y ait aucun droit d’examen automatique sur des questions de droit signifie, en pratique, que la loi joue un rôle souvent moindre dans les délibérations et motifs du tribunal qu’elle ne le ferait habituellement dans la décision d’un juge de première instance qui, nécessairement, rend jugement en gardant un œil sur la Cour d’appel.

La jurisprudence devrait donc occuper une place moins importante dans la plaidoirie d’arbitrage, à moins qu’elle ne soit déterminante et constitue un fait juridique en ce qui a trait à un point en particulier. Il existe certaines exceptions, par exemple, lorsque le contrat en question est de type standard avec peu de contexte commercial, voire aucun, pour en guider l’interprétation ou fait l’objet d’un règlement d’application détaillé, comme dans le cas des contrats mettant en cause des franchises ou la vente de biens. Sinon, il est préférable de chercher des réponses dans les circonstances de l’affaire au lieu de fouiller la jurisprudence afin d’y trouver des phrases pertinentes qui ont permis de l’emporter dans le cadre d’autres différends.



## La machine à café

Chaque arbitrage offre l'occasion à tous les participants de socialiser durant les pauses au cours des procédures. On bavardera alors autour de la machine à café, durant un dîner-buffet ou même à un cocktail en fin de journée offert par un fournisseur de lieux reconnaissant d'obtenir de nouveaux clients. Inévitablement, ces séances mettront en présence des avocats adverses, des membres du tribunal et des témoins. Un arbitre d'expérience s'assurera que ces changements ne sont pas perçus comme favorisant une partie ou l'autre. Un avocat qui mise sur des attaques personnelles ou des échanges discourtois est désavantagé dans un tel contexte. Un avocat qui est en symbiose avec l'atmosphère collégiale et sociable de la plupart des audiences d'arbitrage est

plus enclin à offrir une représentation efficace et à faire bonne impression sur un tribunal.

On dit qu'un procès n'est pas une partie de plaisir. Je ne veux pas donner l'impression que l'arbitrage se résume à une réunion autour de la machine à café. Il s'agit également d'une entreprise exigeante donnant lieu à une dynamique de confrontation, bien qu'elle soit souvent atténuée de la manière décrite. Étant donné les délais comprimés d'un calendrier d'arbitrage, la succession rapide des contre-interrogatoires sans interrogatoires directs et la possibilité limitée d'avoir une plaidoirie, bon nombre d'avocats considèrent que l'arbitrage est encore plus pénible qu'un procès, si cela est possible. Contrairement à la croyance populaire, les

arbitres ne cherchent généralement pas à « diviser le bébé » et les décisions arbitrales qui sont rendues peuvent être considérées comme sévères par la partie perdante. Toutefois, le processus d'arbitrage présente des caractéristiques qui le distinguent des procédures judiciaires, comme on pourrait l'espérer et s'y attendre, sinon pourquoi mener un arbitrage? Une bonne plaidoirie nécessite de comprendre ces différences et de composer avec celles-ci, ce qui permet d'obtenir les avantages qu'offre l'arbitrage et de représenter son client plus efficacement. ♣

*William G. Horton Professional Corporation : [www.wghlaw.com](http://www.wghlaw.com). Bill Horton est arbitre et médiateur dans le cadre de différends commerciaux canadiens et internationaux.*



**Penn West Exploration** is one of the largest conventional oil and natural gas producers in Canada and the largest producer of light and medium oil in western Canada. Based in Calgary, Alberta, Penn West operates throughout western Canada on a land base encompassing over six million acres. Penn West has an extensive portfolio of properties dominated by a growing inventory of light oil opportunities.

**PennWest**  
Exploration

[www.pennwest.com](http://www.pennwest.com)

PWT  
LISTED ON

PWE  
LISTED  
NYSE



Honorable  
Curtis von Kann

# Contemporary US Commercial Arbitration Meets Ancient Chinese Curse:

## May you Live in Exciting Times.<sup>1</sup>

These are indeed exciting and somewhat worrisome times in US commercial arbitration. To understand why this is so, we need to turn the clock back a little to see how we got to where we are. In the interests of time, I will simplify the history a bit.

Since Congress enacted the Federal Arbitration Act (“FAA”) in 1925, the percentage of business-to-business disputes resolved through arbitration rather than litigation has been steadily rising. However, in the 1970’s and 80’s, there was a dramatic increase in the number, complexity and dollar value of these arbitrations. More of the biggest corporate battles were being fought out before arbitrators rather than judges. The causes for this development were many including, a growing backlog of cases in state and federal courts, an explosion in discovery costs, some frighteningly large jury verdicts for compensatory and punitive damages, and growing stables of respected, experienced arbitrators at JAMS, AAA, and other providers. The shift from litigation to arbitration became so great that a few years ago a federal judge I know said to me “I have no doubt that you have a more interesting civil docket than I do.”

Generally pleased with this shift of commercial disputes to arbitration, many companies started including in their adhesion contracts with employees, consumers, bank borrowers, utility customers, cell phone users, etc. etc. small print clauses that said the parties agreed to give up their rights to go to court and would instead arbitrate all their disputes. Plaintiff trial lawyers attacked these clauses, contending that

forcing the little guy to give up his constitutionally protected right of jury trial was unconscionable, against public policy and unenforceable. The courts agreed if the clauses were patently unfair, for example, by providing that only the company would choose the arbitrator, or that the hearing would take place at the company’s home office rather than where the employee/consumer lived or worked, or that there would be no discovery, or that the hefty arbitration fess would be split 50-50, or that the relief available in arbitration would be less extensive than a court could have decreed. However, so long as the process prescribed by these mandatory arbitration clauses was fair and even-handed, the court generally upheld them.

Emboldened by this victory, US companies began arguing that mandatory arbitration could only be conducted on an individual, not a class, basis, either because the company-written clause expressly said so or because a clause which was silent about class arbitration should be presumed to preclude it. Here again, the courts largely rejected the trial lawyers’ attacks. Reasoning that a class action is a markedly different process than resolution of an individual claim, the courts held that it was not unconscionable for these mandatory clauses to expressly prohibit class arbitration and that, where the clause was silent, it should

be construed to bar class arbitration unless it was very clear that the parties intended to permit it.

Facing the possible disappearance of all class proceedings in employment and consumer cases, with their potential for huge fee awards and tremendous settlement leverage, and having been repeatedly rebuffed in court, the trial lawyers turned their attention, vast resources, and numerous political IOU’s toward Congress and mounted a major effort to have mandatory arbitration clauses outlawed legislatively. Here, their outcries fell on fertile ground.

Over the last several years many bills have been introduced banning such clauses in particular industries. More significantly, the so-called Fairness in Arbitration Act, introduced a few years ago, would ban all pre-dispute arbitration clauses in consumer and employment cases; only arbitration clauses freely entered into after the dispute arose would be enforceable.

Many of us in the commercial arbitration world were sympathetic to the notion that consumers and employees ought to have some protection from adhesion contracts that forced them to arbitrate rather than litigate. And because, as a practical matter, consumers and employees with small claims have little chance of finding lawyers to sue for them, and studies suggested that these little guys, on average, were doing as well or better in arbitration than they had in litigation, many thought the best solution was for Congress to require that all mandatory ar-



bitration clauses meet the minimum due process standards that had been voluntarily adopted by JAMS and AAA.

Even an outright ban on pre-dispute arbitration clauses might have been OK had it been limited to adhesion contracts. However, the Fairness in Arbitration Act was so broadly written that it would have precluded pre-dispute arbitration clauses in most commercial contracts as well. For this reason, the AAA, Chamber of Congress, and others lobbied Congress to exclude commercial arbitration from the reach of the Act, and its scope was indeed scaled back somewhat in subsequent versions of the bill. Because Congress has been effectively deadlocked since 2010 due to divided control of the House and Senate, the Arbitration Fairness Act has not yet passed. However, it remains pending, with over 100 sponsors, and whether it will pass, and what effect it might have on commercial arbitration, is far from clear.

Meanwhile, back in the commercial arbitration arena, there were other troubling developments. With many very big cases being decided by arbitration, leaving many well-heeled losers in their wake, creative entrepreneurial lawyers soon realized that there were big bucks to be had from those losers if they could find ways to overturn those awards. Thus was born a new legal cottage industry- the Award Terminators. These diabolical demons of destruction have thus far concentrated their efforts chiefly on three avenues of attack.

First were attempts to have arbitration clauses declare that, in addition to the four narrow grounds for vacatur provided by the FAA—namely, fraud or corruption, evident partiality of the arbitrators, failure to receive material evidence or to postpone a hearing on good cause shown, or arbitrators exceeding their powers – federal courts could also vacate awards for factual or legal errors of the arbitrator. At least in the US, the hallmark of commercial arbitration had always been finality, the notion that parties, having chosen their decision-makers, have to abide by their decisions and could not engage in the broad appellate review available in court. The expansion of FAA review to include errors

of fact or law would have eviscerated such Finality. In the case of *Hall Street Associates v. Mattel*, the US Supreme Court held that the FAA's grounds for vacatur could not be expanded by private agreement, thus blocking this avenue of attack in federal courts, although not in state courts, which were free to adopt a different interpretation of their own state arbitration laws.

The second avenue of attack pursued by the Award Terminators was trying to expand the historic doctrine of manifest disregard of law. For many decades some courts had held that the FAA vacatur grounds of arbitrators "exceeding their powers" included cases in which the arbitrator said, in effect, "I know that the law requires X result in this case but I am going to disregard the law and decree what I happen to think is the proper outcome." Seizing on this doctrine, the Terminators argued that, when an arbitrator made a clear error of law in her award, she had effectively disregarded the law and should be subject to vacatur for such an error. Again, in the *Hall Street* case, the Supreme Court seemed to say that manifest disregard of the law was not a ground for vacatur under the FAA, though, again, state courts might interpret their own state arbitration statutes differently. However, because the Supreme Court's language was not as precise as it might have been, lower federal courts have been uncertain whether the doctrine retains any vitality and the Circuit Courts of Appeal are now split on that question, a conflict the Supreme Court will have to resolve soon.

The third avenue of attack utilized by the Terminators has been to claim that the arbitrator made insufficient disclosures at the outset or during the course of the arbitration. When the alleged failure of disclosure involved some prior contact with a party, lawyer, law firm, or witness, the courts have generally rejected the challenge on grounds that the information not disclosed could not have led a reasonable person to question the arbitrator's neutrality. However, there have been some highly publicized cases<sup>2</sup> in which courts have vacated awards, and named and excoriated the arbitrator, for failure to disclose a connection that was simply too

close for the court to stomach.

And recently, some awards have been challenged on grounds that the arbitrator failed to disclose something about his or her "life experiences" which might raise a question about impartiality. For example, in an arbitration in which a woman complained that her employment had been terminated in retaliation for having reported sexual harassment by her supervisor, the arbitrator was challenged for failure to reveal that years earlier, while a sitting judge, he had been disciplined for sexual harassment. In another arbitration, involving the equitable distribution of considerable property in connection with a highly contentious divorce, the arbitrator failed to reveal that he too had been through a highly contentious divorce and a bitter fight about division of property. While the incidence of vacatur for failures of disclosure is still relatively low, it is growing, reminding us of the wise advice "Disclose, Disclose, Disclose." It rarely gets you bumped from a case, but withholding something can get you publicly humiliated if some judge later thinks it ought to have been disclosed.

Finally, I turn to what is perhaps the most worrisome development in US commercial arbitration. I mentioned earlier that, initially, US companies reported being very happy with the commercial arbitration process. However, over the past decade, there has been a mounting chorus of complaints that commercial arbitration has become just as slow and costly as litigation. That is certainly possible since, as big commercial cases migrated from litigation to arbitration, so did the big case litigators who generally wanted to conduct the arbitrations in the same way, and bill the same amounts, as when the cases were in litigation. What is surprising here is the response to this phenomenon announced by many smart in-house counsel, i.e., "arbitrations are now costing my company just as much, and taking just as long, as litigations, so we have decided to litigate rather than arbitrate our cases." Say what? If the average cost and cycle time for commercial arbitrations and commercial litigations are indeed the same, something that has not been empirically demonstrated to date,



then, cost and delay cannot serve as a rational basis for choosing one process over the other. Instead, a rational client would presumably choose arbitration for cases that demanded its particular benefits, e.g., the right to pick the decision makers, the rules, the procedures, the time and location of the hearing, and whether or not the decision will include a statement of reasons; privacy; and finality, and would choose litigation for cases that demanded its particular benefits- a public decision, a legal precedent, a right of appeal, and judicial contempt power to enforce subpoena, injunctions, decrees of specific performance, etc.

Nevertheless, whether rational or not, the growing list of companies who said they were abandoning commercial arbitration due to its costs and delays spurred action from many of us who believe that such arbitration is often a very favorable process for resolving commercial disputes, and also one in which we make our living. In 2009, as President of the College of Commercial Arbitrators, I convened in Washington, DC a day long National Summit on Commercial Arbitration. Present were distinguished representatives of the four major constituencies involved in such arbitration, namely, in-house counsel, outside counsel, arbitration providers and arbitrators. There was broad consensus that all four constituencies bore some responsibility for increased arbitration costs and delays and that all four had a role to play in reducing those excesses. I was particularly pleased to hear many in-house attorneys from major companies publicly state that, to a large extent, they had allowed this problem to develop. One such attorney said "We are primarily to blame for this problem. In these big arbitrations, we have given the keys to the litigators, who naturally conduct the arbitrations just like litigations."

Following the Summit, former CPR President Thomas Stipanowich, AAA arbitrator Deborah Rothman, and I took the transcript of the Summit, and other suggestions submitted by various stakeholders, and wrote what was entitled "The College of Commercial Arbitrators' Protocols for Expeditious, Cost-effective Arbitration."

After analyzing the various causes of the problem, this document prescribed for each constituency a dozen or so steps they each could take to dramatically reduce cost and delay in commercial arbitration. The steps proposed were hardly radical; rather we sought to pull together in one place worthwhile ideas that had been circulating in various forums for several years. Time precludes us from discussing all these steps, but to give you a flavor of the document, let me mention a few. For Business Users and In-House Counsel, the Protocols recommend that companies include in their arbitration clauses limits on discovery and motions, that they select outside counsel for arbitration (not litigation) expertise and select arbitrators who are proven case managers, that they set limits on the time and money they are prepared to devote to the arbitration, and that in-house counsel stay actively involved throughout the arbitration to monitor compliance with those limits. Outside Counsel are urged to recognize and exploit the differences between arbitration and litigation, to cooperate with opposing counsel on scheduling and procedural matters, to limit discovery to what is truly needed, to keep arbitrators informed about case progress, and to enlist their help promptly when needed. Arbitration Providers should offer users a wide range of arbitration models and rules (including fast track arbitration with no discovery or motions), should insist that their panelists have training in managing cases efficiently, and should collect and make available to users information on how well particular arbitrators perform that function. Finally the Protocols recommend that Arbitrators obtain training in managing commercial arbitration, that they insist on cooperation and professionalism between counsel, that they actively shape and manage the arbitration from start to finish and schedule consecutive hearings days whenever possible, and that they be readily available to counsel when needed to resolve procedural problems and keep the arbitration on track.

If I were asked "what is the single most important recommendation in the Protocols," I would say that it is for companies to include in their arbitration clauses an

absolute deadline by which the arbitration must be concluded. British civil servant and wit Cyril Northcote Parkinson taught us 50 years ago, in Parkinson's Law, that "work expands to fill the amount of time available for its completion." I might add that this is particularly true where the workers, counsel and arbitrators, are paid on an hourly basis. The fastest trial court in the US federal system is the Eastern District of Virginia which sets virtually all cases, no matter how complex, for trial about six months after the complaint is filed and hardly ever grants continuances. When counsel are given a strict and tight deadline like that, they find ways to eliminate the peripheral discovery and issues and get promptly to the core of the dispute. At our Summit, the Deputy General Counsel of Bechtel, who supervised some of the most complex arbitrations in the world, said she has never seen a commercial case that could not have been fairly and properly arbitrated within one year. Thus, I would love to see all companies recite in their arbitration clauses a requirement that all cases involving, say, \$10 million or less be concluded within six months from service of the arbitration demand and all other cases within twelve months and that the arbitrators are empowered to so schedule and manage the case as to assure compliance with those deadlines.

So the big question now is whether these kinds of measures will be adopted and will save the day. Can the commercial arbitration be righted at this point and returned to its prior status as the preferred forum for complex commercial dispute or is it going to sink under the weight of its own excesses? I am not sure of the answer to that question. Over the past year, many commercial arbitrators have told me that they have recently experienced significant decreases in their caseloads. Such a falloff might be attributable, at least in part, to faltering Economy and to the increasing number of cases that settle in mediation before they can proceed to either arbitration or litigation.

More disturbing is a 2011 survey by Cornell University of Fortune 1000 companies. In 1997, 85% of those companies



that responded to the survey reported using arbitration in commercial contracts at least once in the prior three years. In 2011, only 60% of the survey respondents so reporting, a drop of nearly 1/3. Reasons given for not using arbitration included, besides high costs, no right of appeal, a concern that arbitrators will not follow the law, and the perception that arbitrators often split the baby (something repeatedly disproved in AAA studies).

On the other hand, there are indications that publications like the Protocols are finding a receptive audience. More than 10,000 copies have been distributed all over the country and Fellows of the College have touted them at more than 100 conferences and professional programs, garnering broadly favorable reactions. Last

year the Protocols won awards from both the ABA and CPR and they are now available for download from the websites of all the Summit sponsors, namely, JAMS, AAA, ABA, CPR, and the Chartered Institute of Architects, as well as the College's own website ([www.thecca.net](http://www.thecca.net)). Last fall, Thomas Sager, the General Counsel of DuPont, sent a copy of the Protocols to the general counsel of all Fortune 1000 companies along with a letter urging that they implement them at their companies just as he has done at DuPont. Last week, while speaking at an ABA program in Washington, DC, I was told by the Deputy General Counsel of Viacom that his company believes commercial arbitration is definitely worth saving and that his company is implementing the Protocols.

Being an optimist, I am hopeful that we are about to witness the redemption of commercial arbitration rather than its demise. But that will require major efforts by all of us to turn the juggernaut of cost and delay away from its present course toward the shoals of despair and into the bright sunlight of expeditious and economical arbitration proceedings.

I hope you will all join in that effort. 🙏

*With nearly 40 years as a trial lawyer, judge and neutral, Judge von Kann has experience in virtually every field of civil law and disputes. He literally wrote the book on business arbitration as editor-in-chief of the CCA's Guide to Best Practices in Commercial Arbitration. Judge von Kann has arbitrated and mediated an impressive array of disputes in locations throughout the United States and abroad.*

1 REMARKS AT THE APRIL 26, 2012 ANNUAL GENERAL MEETING OF THE TORONTO COMMERCIAL ARBITRATION SOCIETY

2 In the seminal case of *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*, 393 U.S. 145 (1968), the United States Supreme Court held that failure of an arbitrator to disclose a material relationship with one of the parties constitutes "evident partiality" under Federal Arbitration Act § 10(a)(2) requiring vacatur of the arbitration award. In subsequent cases, federal and state courts have tried to determine what kinds of relationships are "material" enough to warrant vacatur of an award. *See, for example, Applied Industrial Materials Corp. v. Ovalur Makine Ticaret Ve Sanayi*, 492 F.3d 132 (2<sup>nd</sup> Cir. 2007) (award vacated where arbitrator failed to disclose discussions between his company and the parent company of a party and arbitration agreement forbade service "where the arbitrator or the arbitrator's current employer has a direct or indirect interest in the outcome of the arbitration"); *Crow Construction Co. v. Jeffrey M. Brown Associates Inc.*, 264 F. Supp 2d 217 (E.D. Pa. 2003) (award vacated for failure to disclose that one arbitrator had served in another case as a mediator for a party and two arbitrators had previously served as arbitrators for a party); *Dealer Computer Services, Inc. v. Michael Motor Co., Inc.*, No. H-10-2132 (S.D. Tex. Dec. 2010) (award in favor of plaintiff vacated where arbitrator had disclosed that she

had previously served on an arbitration panel that considered dispute between plaintiff and another party but did not disclose that the cases involved similar contract provisions and the same plaintiff law firm, and several witnesses, including the damages expert, were the same); *J.D. Edwards World Solutions Co. v. Estes, Inc.*, 91 S.W.3d 836 (Tex. App. 2002) (award vacated where neutral party-appointed arbitrator failed to disclose his and his law firm's relationship with the appointing party); *Amoco C.T. Co. v. Occidental Petroleum Corp.*, 343 S.W.3d 837 (Tex. App. 2011) (award vacated where arbitrator failed to disclose that the firm in which he became "of counsel" during the pre-hearing stage of arbitration represented a corporate affiliate of the prevailing party and where that affiliate and its CEO were involved in the transaction underlying the arbitration); *Benjamin, Weill & Mazer v. Cors*, 189 Cal. App. 4th 126 (2010) (award in favor of plaintiff law firm for unpaid legal bills vacated because arbitrator failed to reveal that his practice focused on representing lawyers in litigation with former clients). A particularly scathing opinion is *Karlseng v. Cooke*, 2011 WL 2536504 (Tex. App. June 2011) in which arbitrator failed to disclose a substantial personal, social and professional relationship with lead counsel for the prevailing party and arbitrator and lead counsel presented themselves at commencement of the arbitration as complete strangers.

## L'arbitrage commercial contemporain aux États-Unis soumis à une malédiction chinoise :

« Puissiez-vous vivre à une époque passionnante ».<sup>1</sup>

Honorable Curtis von Kann

Aux États-Unis, l'arbitrage commercial est marqué par des périodes passionnantes et d'autres qui sont plus préoccupantes. Pour comprendre pourquoi il en est ainsi, nous devons retourner en arrière. Pour des questions de temps, je vais résumer les faits.

Depuis que le Congrès a promulgué la Federal Arbitration Act (FAA) en 1925, le pourcentage de différends entre entreprises résolus par le biais de l'arbitrage plutôt que par procédures judiciaires n'a cessé de croître. Cependant, dans les années 1970 et 1980, le nombre de tels arbitrages, leur complexité et leur coût ont connu une augmentation exponentielle. La ma-

jeure partie des différends d'envergure entre entreprises ont été disputés devant des arbitres et non des juges. Les raisons d'une telle situation sont nombreuses : accroissement du nombre de cas non réglés devant les tribunaux de l'État et les tribunaux fédéraux, explosion des coûts des enquêtes préalables, des verdicts de jury effroyablement lourds

eu égard aux dommages-intérêts compensatoires et punitifs, des cohortes d'arbitres respectés et expérimentés auprès de fournisseurs de services de résolution extrajudiciaire des conflits comme les organismes *Judicial and Mediation Services, Inc.* (JAMS) ou *l'American Arbitration Association* (AAA). Le passage à l'arbitrage a pris une telle ampleur qu'un juge fédéral que je connais m'a dit, il y a quelques années : « Je suis persuadé que vous avez plus de dossiers d'affaires civiles intéressants que moi ».

En général, le fait que les différends com-



merciaux se règlent par arbitrage ait la faveur des entreprises, beaucoup d'entre elles ont commencé à inclure dans leurs contrats d'adhésion avec les employés, les consommateurs, les emprunteurs des banques, les clients des services publics, les utilisateurs de téléphones cellulaires, etc. des clauses en petits caractères qui stipulent que les parties renoncent à leurs droits de saisir la justice et conviennent d'avoir recours à l'arbitrage pour régler leurs différends. Les avocats plaidants des demandeurs ont contesté ces clauses en affirmant que contraindre les petites gens à renoncer à leur droit garanti par la constitution à un procès devant jury allait à l'encontre de la politique publique, était abusif et inexécutable. Les tribunaux ont convenu que les clauses étaient manifestement inéquitables, par exemple, en stipulant que seule l'entreprise pouvait choisir l'arbitre ou que l'audition se tiendrait au siège social de l'entreprise et non au lieu où l'employé ou le consommateur vit ou travaille, ou qu'il ne se tiendrait pas d'enquêtes préalables, ou que les droits d'arbitrage très élevés seraient divisés à parts égales, ou que les mesures réparatoires seraient moindres que si elles avaient été ordonnées par un tribunal. Toutefois, en général le tribunal a maintenu ces clauses obligatoires eu égard à l'arbitrage tant que le procès prévu par ces dernières était équitable et impartial.

Enhardies par cette victoire, les entreprises américaines ont commencé à soutenir que l'arbitrage obligatoire ne pouvait être mené que sur une base individuelle et non par recours collectif, soit parce que la clause écrite énoncée par l'entreprise le stipulait expressément ou parce qu'une clause n'évoquant pas le recours collectif doit laisser présumer qu'elle l'exclut.

Dans ce cas-ci une fois de plus, les tribunaux ont en grande partie rejeté les contestations des avocats plaidants. Concluant qu'un recours collectif constitue une procédure nettement différente de la résolution d'une réclamation individuelle, les tribunaux ont statué qu'il n'était pas abusif pour ces clauses obligatoires d'interdire expressément le recours collectif et que, lorsque ces dernières n'en faisaient pas mention, cela doit être interprété comme

étant une interdiction, à moins qu'il soit tout à fait clair que les parties ont eu l'intention d'autoriser le recours collectif.

Devant l'éventuelle disparition de toutes les actions collectives dans les cas liés à l'emploi et aux consommateurs et confrontés à la possibilité que les frais et honoraires soient faramineux et que soient exercés des moyens de pression considérables en matière de règlement, et du fait que les actions qu'ils avaient intentées aient été sans cesse rejetées devant les tribunaux, les avocats plaidants ont recentré leurs efforts, leurs vastes ressources et leurs nombreuses reconnaissances de dette politiques auprès du Congrès; de plus, ils ont déployé tous leurs efforts pour que les clauses d'arbitrage obligatoire soient déclarées juridiquement illégales. À ce niveau, leurs voix ont trouvé un terrain fertile.

Au cours des dernières années, de nombreux projets de loi ont été introduits pour bannir de telles clauses dans des secteurs d'activité en particulier. Plus important encore, la loi communément appelée *Fairness in Arbitration Act*, introduite il y a quelques années, interdirait toutes les clauses compromissaires dans les cas liés à l'emploi et aux consommateurs; seules les clauses librement adoptées après la survenue du litige seraient exécutoires.

Dans le secteur de l'arbitrage commercial, bon nombre d'entre nous avons accueilli favorablement l'idée que les consommateurs et les clients devraient bénéficier d'une certaine protection par rapport aux contrats d'adhésion qui les obligeaient à avoir recours à l'arbitrage plutôt que de porter le litige devant les tribunaux. Du fait que les consommateurs et les employés ayant des litiges de faible ampleur ont peu de chances, sur le plan pratique, de trouver des avocats prêts à les représenter devant les tribunaux, et que, en outre des études ont montré que ces personnes, en moyenne, réussissaient aussi bien ou même mieux dans une procédure d'arbitrage que dans une procédure judiciaire, bon nombre d'entre nous étaient d'avis que la meilleure solution était que le Congrès exige que toutes les clauses d'arbitrage obligatoire répondent aux normes de procédure minimales qui ont été adoptées vo-

lontairement par l'organisme *Judicial and Mediation Services, Inc.* (JAMS) ou l'*American Arbitration Association* (AAA).

Même une interdiction totale des clauses compromissaires aurait pu être approuvée si elle avait été limitée aux contrats d'adhésion. Cependant, étant donné que l'*Arbitration Fairness Act* était rédigée en termes généraux, cela aurait pu entraîner l'exclusion des clauses compromissaires dans la plupart des contrats commerciaux. C'est la raison pour laquelle, l'AAA, la chambre du Congrès et d'autres instances ont fait pression sur ce dernier pour soustraire l'arbitrage commercial à l'application de ladite loi; en outre, la portée de l'arbitrage a été en quelque sorte réduite dans les versions ultérieures du projet de loi. Étant donné que le Congrès se trouve effectivement dans une impasse depuis 2010 en raison de la scission entre la Chambre des représentants et le Sénat, l'*Arbitration Fairness Act* n'a pas encore été votée. Néanmoins, elle demeure en suspens, avec plus de 100 défenseurs; et il est difficile de savoir si elle sera votée ou si elle aura une incidence sur l'arbitrage commercial.

Dans l'intervalle, la situation a évolué de manière inquiétante dans le domaine de l'arbitrage commercial. Du fait que de nombreux cas très importants ont été réglés par arbitrage, laissant ainsi de nombreux perdants fortunés dans leur sillage, des avocats ingénieux ont vite compris qu'ils pourraient faire beaucoup d'argent avec ces perdants pourvu qu'ils trouvent les moyens d'annuler les décisions d'arbitrage en question. Dans ce contexte, une nouvelle activité juridique a vu le jour : les « démolisseurs » des décisions arbitrales. Ces démons de la destruction ont ainsi concentré leurs efforts sur trois options de contestation.

Premièrement, il y a eu des tentatives pour que les clauses d'arbitrage stipulent, outre les quatre motifs restreints d'annulation fournis par la FAA (en l'occurrence la





fraude ou la corruption, la partialité évidente des arbitres, l'échec de recevoir des preuves substantielles ou de reporter une audience sur présentation de motifs valables, des arbitres outrepassant leur pouvoir), que les tribunaux fédéraux peuvent également annuler des décisions arbitrales à cause des erreurs de fait ou de droit commises par les arbitres. Du moins aux États-Unis, l'arbitrage commercial a toujours été caractérisé par l'irrévocabilité, le principe selon lequel les parties, ayant choisi leurs décideurs, doivent respecter leurs décisions, et ne pouvaient pas s'engager dans un examen en appel devant les tribunaux. Ce caractère irrévocable aurait été compromis si l'examen de la FAA avait pris en considération les erreurs de fait ou de droit. Dans l'affaire *Hall Street Associates c. Mattel*, la Cour suprême des États-Unis a statué que les motifs d'annulation de la FAA ne pouvaient pas être élargis dans le cadre d'une convention privée, entravant ainsi cette option de contestation auprès des tribunaux fédéraux, mais pas des tribunaux d'État, qui étaient libres d'exprimer une interprétation différente des lois s'appliquant dans leur juridiction en matière d'arbitrage.

Dans leur deuxième option de contestation, les démolisseurs des décisions arbitrales ont essayé d'élargir la doctrine historique de l'ignorance manifeste de la loi. Pendant de nombreuses décennies, certains tribunaux ont statué que les motifs d'annulation de la FAA, eu égard aux arbitres qui « outrepassent leur pouvoir », comprenaient les cas où l'arbitre a dit de manière ostensible : « Je sais que la loi exige d'aboutir à des résultats dans ce cas-ci, mais je vais ignorer la loi et j'ordonne ce qui à mon avis est le résultat approprié. » Arguant de cette doctrine, les démolisseurs ont soutenu que, lorsqu'un arbitre commet une erreur évidente de droit dans la décision arbitrale, il s'agit effectivement d'une

ignorance de la loi et que la décision doit en conséquence être annulée. En outre, dans l'affaire *Hall Street*, la Cour suprême a laissé entendre que l'ignorance manifeste de la loi ne constituait pas un motif d'annulation en vertu de la FAA, et ce, bien que les tribunaux d'État puissent interpréter différemment conformément aux lois en vigueur dans leur juridiction en matière d'arbitrage. Cependant, étant donné que le langage de la Cour suprême n'était pas aussi précis qu'il devrait l'être, les tribunaux fédéraux inférieurs n'étaient pas certains si la doctrine gardait une certaine vitalité et les cours d'appel des États-Unis sont maintenant divisées sur cette question, un conflit que la Cour suprême devra résoudre bientôt.

La troisième option de contestation utilisée par les démolisseurs consistait à avancer que l'arbitre a fait des divulgations insuffisantes au début ou durant le déroulement de l'arbitrage. Lorsque le prétendu défaut de divulgation impliquait un contact préalable avec une partie, un avocat, un cabinet d'avocats ou un témoin, en général les tribunaux ont rejeté la contestation au motif que l'information non divulguée n'aurait pas pu amener une personne raisonnable à remettre en question la neutralité de l'arbitre. Cependant, il y a eu des cas très médiatisés<sup>2</sup> où les tribunaux ont annulé les décisions arbitrales et désigné et dénoncé l'arbitre ayant omis de divulguer qu'il existait entre les parties intéressées des liens trop proches.

Tout récemment, certaines sentences arbitrales ont été contestées au motif que l'arbitre a omis de divulguer des aspects de ses « expériences de vie » qui sont susceptibles de soulever des questions à propos de l'impartialité. Par exemple, lors d'un arbitrage concernant une femme qui a porté plainte après qu'on ait mis fin à son emploi par mesure de représailles, car elle a

déclaré avoir été victime de harcèlement sexuel de la part de son superviseur, l'arbitre a été contesté pour avoir omis de déclarer qu'il avait fait l'objet de mesures disciplinaires pour harcèlement sexuel dans le passé alors qu'il était juge en exercice. Dans un autre arbitrage, mettant en cause la répartition équitable de biens considérables en relation avec un divorce très controversé, l'arbitre n'a pas révélé que lui aussi avait vécu un divorce très controversé et qu'il avait mené une rude bataille à propos de la répartition des biens. Bien que l'incidence de l'annulation pour défaut de divulgation soit relativement faible, elle prend néanmoins de l'ampleur et nous rappelle le sage conseil « Divulguer, divulguer, divulguer. » Il est rare que cela vous fasse perdre une cause, mais le fait de ne pas divulguer une information peut vous mettre dans une situation humiliante publiquement si un juge pense ultérieurement que l'information aurait dû être divulguée.

Finalement, j'aborde ce qui est peut-être le développement le plus préoccupant dans l'arbitrage commercial américain. J'ai mentionné auparavant que les sociétés américaines avaient exprimé initialement leur grande satisfaction à l'égard du processus d'arbitrage commercial. Cependant, au cours de la dernière décennie, on a assisté à une recrudescence de plaintes selon lesquelles l'arbitrage commercial est devenu tout aussi lent et coûteux que le procès. Cela est certainement possible depuis lors, dans la mesure où les cas commerciaux sont passés du procès à l'arbitrage, comme l'ont fait les avocats plaidants des cas importants qui ont généralement voulu gérer l'arbitrage de la même manière et facturer les mêmes montants, comme s'il s'agissait d'un procès. Ce qui est surprenant ici est la réponse à ce phénomène annoncé par de nombreux avocats perspicaces : « les arbitrages coûtent maintenant aux sociétés, et nécessitent du temps, tout autant que les procès, alors nous avons décidé de porter les affaires en justice au lieu d'avoir recours à l'arbitrage. » Vraiment? Si le coût et le temps de cycle moyen pour les arbitrages commerciaux et les litiges commerciaux sont en fait les mêmes, ce qui n'a pas été démontré empiriquement à ce jour, alors les coûts et les retards ne peuvent consti-

ADR  
CONNECT

Find a Mediator, Arbitrator, Trainer or  
other ADR Specialist with our unique  
Search Engine

<http://www.adrcanada.ca/findapro.cfm>



tuer un fondement rationnel pour le choix d'un processus par rapport à un autre. En revanche, un client rationnel choisirait vraisemblablement l'arbitrage pour les cas qui exigent des avantages particuliers, par exemple le droit de choisir les décideurs, les règles, les procédures, la date et le lieu de l'audience et si la décision doit comporter ou non un exposé de motifs, la confidentialité et la finalité; il choisirait la procédure judiciaire pour les cas qui exigent des avantages particuliers – une décision publique, un précédent jurisprudentiel, le droit d'interjeter appel, et le pouvoir de sanction pour outrage au tribunal pour forcer l'exécution de l'assignation à témoigner, d'une injonction, des ordonnances d'exécution en nature, etc.

Néanmoins, que la décision soit rationnelle ou non, la liste des sociétés ayant affirmé avoir abandonné l'arbitrage commercial en raison des coûts et des retards ne cesse d'augmenter, ce qui a suscité des réactions de bon nombre d'entre nous qui croyons que l'arbitrage est un processus très avantageux pour résoudre les différends commerciaux et qu'il nous permet également de gagner notre vie. En 2009, à titre de président du College of Commercial Arbitrators, j'ai convoqué un sommet national d'une journée sur l'arbitrage commercial à Washington (D. C.). Ce sommet a vu la participation de représentants de renom provenant des quatre principaux groupes d'intérêt concernés par l'arbitrage, particulièrement les avocats internes, les avocats externes, les fournisseurs de services d'arbitrage et les arbitres. Il y a eu un large consensus sur le fait que les quatre groupes d'intérêt assument une certaine responsabilité quant à l'augmentation des coûts et des retards de l'arbitrage et qu'ils ont joué un rôle dans la réduction de ces excès. J'ai été particulièrement heureux d'entendre de nombreux avocats internes de grandes sociétés déclarer publiquement que, dans une large mesure, ils avaient contribué au dé-

veloppement du problème. Un de ces avocats a dit : « Nous sommes les principaux responsables de ce problème. Dans le cadre de ces dossiers d'arbitrage de grande envergure, nous avons donné les solutions aux avocats plaidants, qui tout naturellement dirigent les dossiers d'arbitrage comme des procédures de litige. »

Après le sommet, Thomas Stipanowich, ancien président de l'International Institute for Conflict Prevention and Resolution, Deborah Rothman, arbitre auprès de l'American Arbitration Association (AAA) et moi-même avons recueilli la transcription du sommet ainsi que des suggestions émanant des divers intervenants; puis nous avons rédigé le rapport intitulé « The College of Commercial Arbitrators' Protocols for Expeditious, Cost-effective Arbitration » (Protocoles relatifs à un arbitrage efficace et rentable du College of Commercial Arbitrators). Après une analyse des causes du problème, nous avons recommandé dans ce document une douzaine d'étapes que les parties prenantes doivent suivre pour réduire de manière considérable les coûts et les retards dans l'arbitrage commercial. Ces étapes sont loin d'être radicales, nous avons plutôt cherché à rassembler des idées dignes d'intérêt qui ont été abordées dans divers forums depuis plusieurs années. Faute de temps, il n'est pas possible d'examiner toutes ces étapes; toutefois, pour vous donner un avant-goût de ce document, je vais vous en citer quelques-unes. Pour les entreprises et les avocats internes, les *Protocoles* établissent les recommandations suivantes : les sociétés sont tenues de fixer des restrictions sur les enquêtes préalables et les requêtes dans les clauses d'arbitrage, de choisir un avocat externe pour l'arbitrage (et non la procédure de litige) et des arbitres qui soient des gestionnaires de cas confirmés, de fixer des délais et un plafond pour les sommes qu'ils comptent consacrer à l'arbitrage; il incombe aux avocats internes de s'investir activement dans l'arbitrage et de veiller à la conformité à l'égard de ces mesures. Les avocats externes sont tenus de reconnaître les différences existant entre l'arbitrage et la procédure de litige et d'en tirer profit, de collaborer avec l'avocat adverse sur les questions de planification et de procédure,

de limiter l'enquête préalable à ce qui est vraiment nécessaire, de tenir les arbitres informés de l'évolution des cas, et d'apporter leur soutien avec diligence le cas échéant. Il appartient aux fournisseurs de services d'arbitrage d'offrir aux utilisateurs un large éventail de modèles et de règles d'arbitrage (notamment un arbitrage accéléré sans enquête préalable ni requête), de veiller à ce que leurs experts suivent une formation sur la gestion efficace des cas, de recueillir l'information sur la façon dont certains arbitres accomplissent leurs fonctions et d'en tenir informés les utilisateurs concernés. Enfin, les *Protocoles* recommandent que les arbitres suivent une formation sur la gestion de l'arbitrage commercial, qu'ils veillent à la coopération et au professionnalisme entre les avocats, qu'ils façonnent et gèrent activement l'arbitrage du début jusqu'à la fin et de planifier des séances d'audiences consécutives dans la mesure du possible, qu'ils soient disposés à donner des conseils le cas échéant pour résoudre les problèmes de procédure et de s'assurer que la procédure d'arbitrage reste sur la bonne voie.

Si l'on me posait la question « quelle est la recommandation la plus simple et la plus importante contenue dans les *Protocoles*? », je répondrais qu'il appartient aux sociétés de prévoir dans les clauses d'arbitrage une date d'échéance absolue à laquelle l'arbitrage doit être conclu. Cyril Northcote Parkinson, fonctionnaire britannique et homme d'esprit, nous a enseigné il y a 50 ans, dans la loi de Parkinson, qu'« une tâche nécessite toujours tout le temps dont on dispose pour l'effectuer. » À mon avis, c'est d'autant plus vrai dans le cas où les travailleurs, l'avocat et les arbitres sont rémunérés à l'heure. Le tribunal de première instance le plus rapide dans le système fédéral américain est celui du District Est de l'État de la Virginie qui règle pratiquement tous les cas (peu importe leur complexité) six mois après le dépôt de la plainte et accorde rarement un ajournement. Lorsqu'on donne des délais stricts aux avocats, ceux-ci cherchent les moyens d'éliminer l'enquête préalable et les questions accessoires et passent directement au point central du différend. Lors du sommet, l'avocate générale adjointe de Bechtel, qui a supervisé certains des arbi-



trages les plus complexes dans le monde, a dit qu'elle n'a jamais vu un cas commercial qui n'aurait pas pu être arbitré équitablement et correctement en une année. Par conséquent, il serait souhaitable que toutes les sociétés précisent, dans leurs clauses d'arbitrage, que les cas qui concernent une somme de 10 millions de dollars ou moins soient réglés dans un délai de six mois après la soumission de la demande d'arbitrage alors que les autres cas doivent être traités dans un délai de douze mois; en outre, les arbitres doivent être habilités à planifier et à gérer les cas tout en veillant au respect desdites dates d'échéance.

Ainsi, la grande question qui se pose est de savoir si ces mesures seront adoptées et sauveront la mise. Est-il possible de remettre l'arbitrage commercial sur la bonne voie à cette étape-ci et de lui redonner son statut de forum privilégié pour les différends commerciaux complexes ou va-t-il s'écrouler sous le poids de ses propres excès? La réponse à cette question, à mon avis, demeure incertaine. Au cours de l'année précédente, de nombreux arbitres commerciaux m'ont dit qu'ils avaient constaté une diminution considérable du nombre de cas à traiter. Cette situation serait attribuable, ou du moins en partie, à la crise économique et à l'augmentation du nombre de cas qui se règlent par la médiation avant de faire l'objet d'un arbitrage ou d'une procédure judiciaire.

Ce qui est plus troublant encore dans l'enquête de 2011 menée par L'Université Cornell concernant les 1000 premières sociétés mondiales classées par le magazine Fortune. En 1997, 85 % des sociétés qui ont participé à l'enquête ont indiqué

avoir eu recours à l'arbitrage dans les contrats commerciaux au moins une fois au cours des trois premières années. En 2011, seulement 60 % des sociétés ayant participé à l'enquête ont signalé avoir eu recours à la même procédure, soit une baisse d'environ un tiers. Les raisons évoquées pour justifier le non-recours à l'arbitrage sont les suivantes : coûts élevés, absence du droit d'interjeter appel, la crainte que les arbitres ne respectent pas la loi, la perception selon laquelle les arbitres préfèrent souvent couper la poire en deux (une pratique qui est régulièrement désapprouvée dans les études menées par l'AAA).

En revanche, tout porte à croire que des publications comme les *Protocoles* sont bien accueillies par le public. En effet, plus de 10 000 exemplaires ont été distribués dans tout le pays; en outre, les membres du Collège les ont présentés dans plus d'une centaine de conférences et de programmes professionnels et ont recueilli des réactions favorables à grande échelle. L'année dernière, l'American Bar Association et l'International Institute for Conflict Prevention and Resolution ont décerné des prix à la publication des *Protocoles*; ces derniers peuvent être dorénavant téléchargés à partir des sites Web des commanditaires du sommet, à savoir JAMS, AAA, ABA, CPR et Chartered Institute of Architects, et du site du College of Commercial Arbitrators ([www.thecca.net](http://www.thecca.net)). L'automne dernier, Thomas Sager, avocat général de DuPont, a envoyé une copie des *Protocoles* aux avocats généraux des 1000 premières sociétés classées par le magazine Fortune, accompagnée d'une lettre dans laquelle il leur demandait de mettre en œuvre les protocoles au sein de leur

société comme l'a fait DuPont. La semaine dernière, lors de mon intervention au cours du programme de l'ABA à Washington D.C., un avocat général de Viacom m'a affirmé que sa société considère que l'arbitrage commercial vaut certainement la peine d'être sauvé et que celle-ci procède actuellement à la mise en œuvre des *Protocoles*.

Étant optimiste, j'espère que nous allons assister à la renaissance et non à la fin de l'arbitrage commercial. Mais pour y arriver, tout le monde doit déployer des efforts considérables pour juguler le poids des coûts, affronter l'avenir avec sérénité et adopter des procédures d'arbitrage rapides et économiques.

J'espère que vous allez contribuer à ces efforts. 🌱

*En près de 40 ans de pratique à titre d'avocat plaidant, de juge et d'arbitre, le juge von Kann a acquis de l'expérience dans presque tous les domaines du droit civil et des litiges. Rédacteur en chef du Guide to Best Practices in Commercial Arbitration [Guide des pratiques exemplaires des arbitrages en droit commercial] du College of Commercial Arbitrators (CCA), on peut dire qu'il a littéralement écrit la « bible » en la matière. Le juge von Kann a été arbitre et médiateur dans une variété impressionnante de litiges, partout aux États-Unis et à l'étranger*



1 REMARQUES À L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ANNUELLE DU 26 AVRIL 2012 DE LA TORONTO COMMERCIAL ARBITRATION SOCIETY

2 Dans l'arrêt faisant autorité de *Commonwealth Coatings Corp. c. Continental Casualty Co.*, 393 U.S. 145 (1968), la Cour suprême des États-Unis a conclu que la non-divulgaration par l'arbitre d'une relation importante avec une des parties représente une « partialité évidente » en vertu de la Federal Arbitration Act, article 10(a)(2) qui exige l'annulation de la décision arbitrale. Dans des cas subséquents, les tribunaux fédéraux et d'État ont essayé de déterminer les liens jugés assez « importants » pour garantir l'annulation d'une décision arbitrale. Voir, à titre d'exemple, l'affaire *Applied Industrial Materials Corp. c. Ovalur Makine Ticaret Ve Sanayi*, 492 F.3d. 132 (2<sup>e</sup> Cir. 2007) (décision arbitrale annulée où l'arbitre n'a pas divulgué les discussions entre sa société et la société mère d'une partie et que la convention d'arbitrage a interdit la signification « lorsque l'arbitre ou l'employeur de l'arbitre actuel a un intérêt direct ou indirect dans le résultat de l'arbitrage »); affaire *Crow Construction Co. c. Jeffrey M. Brown Associates Inc.*, 264 F. Supp 2d 217 (E.D. Pa. 2003) (décision arbitrale annulée pour défaut de divulguer que l'un des arbitres a joué le rôle de médiateur dans un autre cas comme pour une partie et que deux arbitres avaient déjà joué le rôle d'arbitre pour une partie); affaire *Dealer Computer Services, Inc. c. Michael Motor Co., Inc.*, No. H-10-2132 (S.D. Tex. Dec. 2010) (décision arbitrale en faveur du plaignant lorsque l'arbitre a déclaré qu'elle a fait partie du groupe d'arbitrage qui a statué sur un litige entre le plaignant et l'autre partie,

mais sans pour autant signaler que les cas concernaient les mêmes dispositions contractuelles et le même cabinet d'avocats du plaignant et que plusieurs témoins, y compris l'expert en dommages, étaient les mêmes); affaire *J.D. Edwards World Solutions Co. c. Estes, Inc.* 91 S.W.3d 836 (Tex. App. 2002) (décision arbitrale annulée lorsqu'un arbitre désigné par une partie neutre n'a pas révélé la relation existant entre son cabinet d'avocats et la partie ayant désigné l'arbitre); affaire *Amoco C.T. Co. v. Occidental Petroleum Corp.*, 343 S.W.3d 837 (Tex. App. 2011) (décision arbitrale annulée lorsque l'arbitre a omis de déclarer que le cabinet où il a travaillé comme avocat durant la période d'arbitrage préalable à l'audience représentait une société affiliée de la partie concernée et où ladite société et son chef de la direction ont été impliqués dans la transaction sous-jacente à l'arbitrage.); affaire *Benjamin, Weill & Mazer v. Cors*, 189 Cal. App. 4th 126 (2010) (décision arbitrale en faveur du cabinet d'avocats plaignant relativement à des factures légales impayées ayant été annulée en raison du fait que l'arbitre a omis de déclarer que son métier consistait essentiellement à représenter des avocats en litiges avec d'anciens clients). On peut voir une opinion particulièrement cinglante dans l'affaire *Karlseng c. Cooke*, 2011 WL 2536504 (Tex. App. juin 2011) dans laquelle l'arbitre a omis de signaler la relation personnelle, sociale et professionnelle importante existant entre l'avocat principal de la partie gagnante et les arbitres et dans laquelle les arbitres et l'avocat principal se sont présentés au début de l'arbitrage comme étant parfaitement inconnus l'un de l'autre.





By Hon. J. Edgar  
Sexton (Ret.)

# Caught between Arbitrators and the Courts: Interim Measures in U.S. International Arbitration

Though the Channel Tunnel connecting Britain and France was one of the great construction and engineering accomplishments of the late twentieth century, in the fall of 1991 its construction was mired in a legal dispute. Work on the tunnel had by that time been underway for more than three-and-a-half years. A dispute arose between Eurotunnel, the owners and future operators of the tunnel, and Trans-Manche Link (TML), the consortium of French and British companies building the tunnel. TML claimed that Eurotunnel was shortchanging it on payments related to the construction of the tunnel's cooling system. In October 1991, TML threatened to suspend all work on the cooling system if its demands were not met. Despite the fact that the contract between Eurotunnel and TML contained a clause requiring the parties to resolve any disputes by arbitration in Brussels, Eurotunnel sought an injunction from an English court requiring TML to continue its work until the dispute was resolved by arbitration. TML responded that the English court had no jurisdiction because the parties had agreed to use arbitration. The case, known as *Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Construction*, eventually reached the House of Lords, which refused to grant the injunction.

Considering that the issue reached the House of Lords in England, it is perhaps surprising that it has not reached the Supreme Court of the United States. This leaves American litigants in an uncertain position. When faced with a situation like the *Channel Tunnel Group* case, should they seek relief from an arbitrator or the courts? Would the case be resolved the same way in the United States today?

## The *Channel Tunnel Group* case

The judge at first instance would have granted the injunction sought by Eurotunnel, although he declined to do so when TML undertook not to suspend work without notice. The Court of Appeal reversed that decision. While an English court had jurisdiction to grant an injunction in support of a domestic arbitration between English companies, according to the Court of Appeal, it had no jurisdiction to issue an injunction relating to a dispute that was the subject of a foreign arbitration.

The House of Lords affirmed the decision of the Court of Appeal, but for different reasons. Lord Mustill held that the court did have the jurisdiction to grant an injunction in support of a foreign arbitration. However, he wrote that an injunction would be inappropriate in this case. Because Eurotunnel also sought a permanent injunction from the arbitrators, by granting an injunction the court would effectively preempt the arbitrators' decision and usurp the role that the parties had agreed to give the arbitrators alone. He concluded that granting an injunction "would be to act contrary both to the general tenor of the construction contract and to the spirit of international arbitration."

Lord Mustill characterized the interaction between arbitrators and the courts in broad terms:

The purpose of interim measures of protection...is not to encroach on the procedural powers of the arbitrators but to reinforce them, and to render more effective the decision at which the arbitrators will ultimately arrive on the substance of the dispute. Provided that this and no more is what such measures aim to do, there is nothing in them contrary to the spirit of international arbitration.

When assessing whether an American court is likely to follow the House of Lords' decision, it is important not to overlook one factual quirk in the *Channel Tunnel Group* case. Despite threatening to suspend work on the tunnel's cooling system, TML never actually did so. In some sense, then, the House of Lords was faced with an abstract legal issue. One wonders whether the result would have been the same had construction actually been suspended and an injunction really been necessary to keep such an important construction project going.

## The applicable rules

Arbitrations are governed by two sets of rules: the terms of the contract between the parties and the relevant legislation. Where the arbitration clause between the parties specifically addresses the role of courts in providing interlocutory relief, the court need only hold the parties to their agreement. Often the arbitration clause in the contract will not address this issue, but instead incorporate a set of arbitration

 <p>ADR Institute of Canada, Inc. Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc. 1-877-475-4353 • admin@adrCanada.ca</p>	<p><b>ADR Connect:</b> Find an ADR Professional <a href="http://www.adrontario.ca/findapro.cfm">www.adrontario.ca/findapro.cfm</a></p>
<b>Mediators</b>	<b>Arbitrators</b>
<i>Gold Standard</i>	



rules, which may offer some assistance dividing jurisdiction between arbitrators and courts. This may not settle the issue, however. The JAMS *International Arbitration Rules*, for instance, empower the arbitral tribunal to grant “whatever interim measures it deems necessary, including injunctive relief,” but also note that requesting such measures from a court “will not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate.” This type of provision does not establish when it is appropriate for a court to grant such relief.

Where the terms of the arbitration agreement are not clear, courts look at the relevant legislation. The United States has not implemented the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on Commercial Arbitration, which explicitly gives courts and arbitrators concurrent jurisdiction over interim measures. However, it has ratified and implemented the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, better known as the New York Convention.

Though international arbitrations can also fall under other treaties and legislation, such as the *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration* (also known as the Panama Convention), the North American Free Trade Agreement or bilateral investment treaties, most international arbitrations fall within the auspices of the New York Convention.

§203 of the *Federal Arbitration Act* gives federal courts original jurisdiction over “an action or proceeding falling under the New York Convention.” The Convention does not explicitly discuss the question of interim relief because it is primarily concerned with the recognition of enforcement of arbitral awards on the merits. In this absence, courts have focused on Article II(3):

The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of

being performed.

Courts are divided as to whether this language implicitly addresses their power to issue interim measures in support of international arbitrations. Similar language in §3 of the *Federal Arbitration Act* has given rise to a parallel debate.

## The law of preliminary injunctions

The Supreme Court has established a four-part test for granting a preliminary injunction. The party seeking the injunction must satisfy the court that: (a) it is likely to succeed on the merits; (b) in the absence of relief, it is likely to suffer irreparable harm; (c) the balance of equities favors granting the injunction; and (d) the injunction is in the public interest.

One issue in the *Channel Tunnel Group* case was whether an English court could issue an interlocutory injunction in support of an arbitration to be held abroad. The House of Lords reversed the Court of Appeal on this issue and held the English court could do so. American courts have reached similar conclusions. Where courts have accepted that they have jurisdiction to grant injunctive relief, they have not been troubled by the fact that the arbitration is to take place abroad.

Although neither the New York Convention nor the *Federal Arbitration Act* grants arbitrators the right to order injunctions or other interim relief, courts have held that they have the inherent authority to do so unless the parties agree to the contrary. The parties’ agreement to arbitrate would lose meaning unless they also intended to grant the arbitral tribunal the power to preserve the status quo until it can decide the case on its merits.

## The overlap between courts and arbitrators

Except where the jurisdiction of the court has explicitly been ousted by the parties, judges are loath to deprive litigants of access to the courts. However, the parties should be held to their bargain, especially in light of the compromise represented by the arbitration agreement.

Faced with the uneasy interaction between these two principles, courts have taken at least three different approaches to applications for injunctions in the face of an arbitration clause. Under the first approach, courts simply deny that they have any jurisdiction to grant interim relief. This approach appears to be based on two things: a broad reading of Article II(3) of the New York Convention as prohibiting courts faced with an arbitration clause from doing anything other than referring the parties to arbitration, and policy concerns that the party seeking judicial relief was seeking to bypass the agreed-upon method of settling disputes.

This line of cases has been roundly criticized by academics and courts. It relies on a strained interpretation of the text of the New York Convention that is inconsistent with the Convention’s history and *travaux préparatoires*. Its sense of policy is also flawed. While it is true that parties should be held to their agreement, this position ignores the fact that there are many situations where parties cannot get important relief from the arbitrators, either because the arbitral panel has not been formed or because it lacks jurisdiction. If interim relief is unavailable, the dispute may be moot by the time it can be decided by the arbitrators, making the arbitration agreement hollow. Finally, it is telling that this interpretation has found no support from foreign courts interpreting the New York Convention.

The second approach goes to the other extreme, holding that the presence of an arbitration clause does not in any way limit the court’s authority to order interim relief. We believe this approach is also flawed. Where parties have agreed to resolve their dispute by arbitration, it is illogical to assume this agreement includes final remedies but somehow excludes provisional remedies. The essence of an arbi-



tration clause is the parties' decision to stay out of court, often for reasons relating to confidentiality or cost. Where the dispute is between parties in different jurisdictions, the decision to arbitrate also often represents a considered choice to avoid giving either side a "home field advantage" in domestic courts. Going to one of those same courts to receive interlocutory relief may violate the spirit of the parties' agreement and give one side an unfair advantage. Because they are immersed in the facts and procedural history of the case, arbitrators are generally better placed than courts to determine whether an application for provisional measures is truly needed or whether the legal process is being used as a delaying tactic or as a means of gaining an advantage in settlement discussions. By undermining the effectiveness and predictability of the arbitration agreement, this approach actually diminishes the parties' autonomy.

This approach also relies on the premise that there is little connection between a court's decision on interlocutory relief and the final decision on the merits, which is reserved for the arbitrator. The reality is not so simple. A court faced with an application for an interlocutory injunction must consider the merits of the case at the first stage of the test, and its findings could influence the parties' arguments and the arbitrator's decision. The court's decision whether to grant the injunction will also shape the facts on the ground facing the arbitrator, which can and do affect the arbitrator's final decision and choice of remedy. These concerns must be balanced against the fact that an interlocutory injunction may be often necessary to ensure a dispute is not rendered moot by the par-

ties' actions before it can be decided by the arbitrator.

If parties do wish to retain unrestricted access to the courts, they are of course always free to include this in the arbitration agreement.

A third approach, which views arbitrators as the primary source for interim relief without entirely blocking parties' access to the courts, avoids these problems.

Even where granting the interim relief would not directly preempt the arbitrator's decision on the merits, under this approach courts only assume jurisdiction in cases where the arbitrator cannot grant the relief sought.

This may be the case for a number of reasons. The parties may not yet have appointed an arbitrator, a process that can take months. Even if an arbitrator has been appointed, he or she may not be able to deal with a motion quickly enough. Courts, which are available 24 hours a day if necessary, may be able to offer more urgent relief. Though arbitrators generally do have the authority to grant interim relief, the remedy sought may be outside the limits of the arbitrator's jurisdiction, either generally or under a specific arbitration clause. An arbitrator, for instance, has no power to issue relief binding third parties.

Some courts have taken this further and suggested that a court should deny interim relief where it is theoretically available from the arbitrators, even if getting that relief is practically impossible. In one case, for instance, the party seeking a writ of attachment sought judicial relief because

it knew that provisional relief would not be available under the arbitral rules due to a jurisdiction quirk. The court nonetheless denied relief, holding that as long as the arbitral rules allow for provisional relief, the practical question of whether that relief is actually available on the facts of a given case was "irrelevant." We think this goes too far. Courts should approach the question of whether relief is available from the arbitrator in a pragmatic way, never losing sight of whether their intervention would help or hinder the arbitration. Judicial intervention is often appropriate where for whatever reason the arbitrator cannot even consider a claim for interim relief on its merits.

### Conclusions: some practical advice

Though we believe courts should exercise restraint when faced with an application for an interlocutory injunction in support of a dispute governed by an arbitration agreement, not all American courts have done so. Still other courts, however, have denied that they can consider such applications at all.

One hopes that in time the Supreme Court will resolve this uncertainty. In the meantime, however, the prudent course of action is to seek interlocutory relief from the arbitrator whenever possible. This avoids the possibility that a court will decline jurisdiction, wasting time and money. ♣

The Honourable J. Edgar Sexton, Q.C. *served as a judge in the Federal Court of Appeal in Canada for 13 years before joining JAMS. Prior to his time on the bench, Justice Sexton served as either client counsel or arbitrator in a host of domestic and international arbitration matters.*

**National Arbitration  
and Mediation Rules**

**Les Règles nationales  
d'arbitrage et de  
médiation**

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

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

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

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



# Pris entre arbitres et tribunaux : les mesures de redressement provisoires dans l'arbitrage international aux États-Unis

Par l'hon. juge Edgar Sexton (à la retraite)

Le tunnel sous la Manche reliant la Grande-Bretagne et la France est digne des plus grands ouvrages et exploits d'ingénierie de la fin du XXe siècle. Cependant, à l'automne 1991, soit trois ans et demi après le début des travaux, sa réalisation était embourbée dans un conflit juridique. Le différend impliquait Eurotunnel, propriétaire et future exploitante du tunnel, et Trans-Manche Link (TML), consortium d'entreprises françaises et britanniques responsables de la construction du tunnel. TML alléguait qu'Eurotunnel la flouait dans les paiements liés à la construction du système de refroidissement du tunnel. En octobre 1991, TML a menacé de suspendre tous les travaux sur le système de refroidissement si ses revendications n'étaient pas satisfaites. Le contrat conclu entre Eurotunnel et TML contenait une clause obligeant les parties à régler les différends par voie d'arbitrage à Bruxelles, mais Eurotunnel a saisi un tribunal anglais d'une demande d'injonction exigeant de TML qu'elle poursuive les travaux jusqu'à ce que le différend soit réglé par voie d'arbitrage. TML a répondu en alléguant l'incompétence du tribunal anglais, les parties ayant convenu de recourir à l'arbitrage. L'affaire, connue sous le nom *Tunnel Group canal v. Balfour Beatty Construction*, a abouti à la Chambre des lords, qui ont refusé d'octroyer l'injonction.

Étant donné que la question s'est rendue à la Chambre des Lords de l'Angleterre, il est un peu étonnant qu'elle n'ait pas été traitée par la Cour suprême des États-Unis, ce qui laisse les parties à un litige aux États-Unis dans une position incertaine. Lorsque confrontés à une situation comme celle de l'affaire *Channel Tunnel Group*, qui, de l'arbitre ou des tribunaux, doit-on saisir d'une demande de mesure de redressement? Cette affaire connaîtrait-elle la même issue aujourd'hui aux États-Unis?

## L'affaire *Channel Tunnel Group*

Le juge de première instance aurait accordé

l'injonction demandée par Eurotunnel, bien qu'il ait refusé de le faire lorsque TML s'est engagé à ne pas suspendre les travaux sans préavis. La Cour d'appel a infirmé cette décision. Selon elle, bien que le tribunal anglais eût été compétent pour octroyer une injonction dans le cadre d'un arbitrage interne entre des sociétés anglaises, il ne l'était pas pour octroyer une injonction relative à un litige faisant l'objet d'un arbitrage étranger.

La Chambre des lords a confirmé la décision de la Cour d'appel, mais pour d'autres motifs. Lord Mustill a jugé que le tribunal avait la compétence requise pour accorder une injonction dans le cadre d'un arbitrage étranger, tout en considérant l'injonction inappropriée en l'espèce. Étant donné qu'Eurotunnel demandait également une injonction permanente auprès des arbitres, le fait pour le tribunal anglais d'octroyer une injonction aurait pour effet de devancer la décision des arbitres et d'usurper le rôle que les parties avaient convenu de donner aux arbitres seuls. Lord Mustill conclut que l'octroi d'une injonction « irait à l'encontre à la fois de la teneur générale du contrat de construction et de l'esprit de l'arbitrage international. » [TRADUCTION]

Lord Mustill dresse un portrait général de l'interaction entre les arbitres et les tribunaux :

*Le but des mesures provisoires de protection ... n'est pas d'empiéter sur les compétences procédurales des arbitres mais de les renforcer et de rendre plus appropriée la décision à laquelle ils arriveront ultimement quant au fond du litige. Cela étant le seul but de ces mesures, elles ne sont en rien contraires à l'esprit de l'arbitrage international.* [TRADUCTION]

Pour évaluer si un tribunal des États-Unis serait susceptible d'adopter la position de la Chambre des lords, il importe de ne pas

négliger une particularité de faits dans l'affaire *Channel Tunnel Group*. TML n'a jamais mis sa menace de suspendre les travaux sur le système de refroidissement du tunnel à exécution. Dans un certain sens, donc, la Chambre des lords devait traiter d'une question juridique abstraite. On peut se demander si le résultat aurait été le même si la construction avait effectivement été suspendue et si une injonction avait vraiment été nécessaire pour ne pas interrompre la réalisation d'un projet de construction aussi important.

## Les règles applicables

Les arbitrages sont régis par deux ensembles de règles : les termes du contrat entre les parties et la législation pertinente. Lorsque la clause d'arbitrage entre les parties porte précisément sur le rôle des tribunaux dans l'octroi d'une mesure de redressement interlocutoire, le tribunal n'a qu'à faire en sorte que les parties respectent leur accord. Souvent, la clause d'arbitrage du contrat n'aborde pas cette question, mais incorpore plutôt un ensemble de règles d'arbitrage, qui peuvent faciliter le partage des compétences entre les arbitres et les tribunaux. Cependant, cela ne règle pas toujours le problème. Les *International Arbitration Rules* de JAMS, par exemple, donnent au tribunal d'arbitrage le pouvoir d'octroyer « toute mesure de redressement provisoire qu'il juge nécessaire, y compris les injonctions », mais notent également que saisir un tribunal de telles demandes « ne sera pas considéré comme étant incompatible avec la convention d'arbitrage ». [TRADUCTION] Ce type de clause n'établit pas quand il est approprié pour un tribunal de consentir à une telle mesure de redressement.

Lorsque les conditions de la convention d'arbitrage ne sont pas claires, les tribunaux appliquent la législation pertinente. Les États-Unis n'ont pas mis en œuvre la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial internatio-



nal (CNUDCI) sur l'arbitrage commercial international, qui donne expressément une compétence concurrente aux tribunaux et aux arbitres en matière de mesures de redressement provisoires. Cependant, ils ont ratifié et mis en œuvre la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, mieux connue comme la Convention de New York.

Bien que les arbitrages internationaux puissent aussi être régis par d'autres traités et législations, comme la *Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international* (aussi connue comme la Convention de Panama), l'Accord de libre-échange nord-américain ou des traités bilatéraux d'investissement, la majorité des arbitrages internationaux relèvent de la Convention de New York.

L'article 203 de la *Federal Arbitration Act* donne aux tribunaux fédéraux la compétence première sur « un recours ou une procédure relevant de la Convention de New York ». [TRADUCTION] La Convention ne traite pas explicitement de la question des mesures de redressement provisoires, puisqu'elle porte principalement sur la reconnaissance de l'exécution des sentences arbitrales sur le fond. Devant ce vide, les tribunaux ont mis l'accent sur l'article II(3) :

Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.

Les tribunaux sont divisés lorsque vient le temps de déterminer si ce libellé traite implicitement de leur pouvoir d'ordonner des mesures de redressement provisoires dans le cadre d'arbitrages internationaux. Une formulation similaire à l'article 3 de la *Federal Arbitration Act* a donné lieu à un même débat en parallèle.

## Le droit des injonctions provisoires

La Cour suprême a établi un test en quatre volets pour l'octroi d'une injonction pro-

visoire. La partie qui demande l'injonction doit convaincre le tribunal des éléments suivants : a) elle est susceptible de réussir sur le fond; b) en l'absence de mesure de redressement, elle risque de subir un préjudice irréparable; c) la balance des équités sont en faveur de l'octroi de l'injonction; et d) l'injonction est dans l'intérêt public.

Entre autres, l'affaire *Channel Tunnel Group* consistait à savoir si un tribunal anglais pouvait octroyer une injonction interlocutoire dans le cadre d'un arbitrage qui devait avoir lieu à l'étranger. La Chambre des lords a renversé la Cour d'appel sur cette question et a jugé que le tribunal anglais le pouvait. Les tribunaux des États-Unis sont parvenus à des conclusions similaires. Là où les tribunaux ont jugé avoir compétence pour accorder une injonction, ils n'ont pas été troublés du fait que l'arbitrage doit avoir lieu à l'étranger.

Bien que ni la Convention de New York, ni la *Federal Arbitration Act* ne donnent aux arbitres le droit d'octroyer des injonctions ou toute autre mesure de redressement provisoire, les tribunaux ont statué qu'ils ont le pouvoir inhérent de le faire, à moins que les parties n'en conviennent autrement. S'il ne prévoit pas également de donner au tribunal d'arbitrage le pouvoir de préserver le statu quo jusqu'à ce qu'il puisse juger l'affaire sur le fond, le consentement des parties à l'arbitrage perd de son sens.

## Le chevauchement entre les tribunaux et les arbitres

Sauf lorsque la compétence des tribunaux est expressément exclue par les parties, les juges sont réticents à priver les parties à un litige de l'accès aux tribunaux. Toutefois, les parties devraient être tenues de respecter leurs engagements, en particulier à la lumière du compromis que représente la convention d'arbitrage.

Devant l'interaction malaisée entre ces deux principes, les tribunaux ont adopté au moins trois approches différentes pour traiter les demandes d'injonction en présence d'une clause d'arbitrage. Selon la première approche, les tribunaux nient simplement leur compétence d'accorder

des mesures provisoires. Cette approche semble reposer sur deux éléments : une interprétation extensive de l'article II(3) de la Convention de New York selon laquelle il interdit aux tribunaux confrontés à une clause d'arbitrage de faire autre chose que de renvoyer les parties à l'arbitrage, et l'inquiétude relative au fait que la partie qui demande une mesure de redressement judiciaire puisse chercher à contourner la méthode convenue de règlement des différends.

Cette tendance jurisprudentielle a été vertement critiquée par le milieu universitaire et les tribunaux. Elle repose sur une interprétation dénaturée du texte de la Convention de New York, incompatible avec l'histoire de la Convention et ses *travaux préparatoires*. Son sens politique est également erroné. S'il est vrai que les parties devraient s'en tenir à leur accord, cette position ne tient pas compte du fait qu'il existe de nombreuses situations où elles ne peuvent pas obtenir une mesure de redressement significative des arbitres, soit parce que le tribunal d'arbitrage n'a pas été constitué ou parce qu'il n'a pas la compétence requise. S'il est impossible d'obtenir une mesure de redressement, le différend pourrait être devenu théorique au moment d'être jugé par les arbitres, ce qui réduit la pertinence de la convention d'arbitrage. Enfin, et cela est révélateur, cette interprétation n'a pas trouvé d'appui dans les tribunaux étrangers qui doivent interpréter la Convention de New York.

La deuxième approche va à l'autre extrême et interprète la Convention dans le sens où la présence d'une clause d'arbitrage ne limite d'aucune façon le pouvoir du tribunal d'octroyer des mesures de redressement provisoires. Nous croyons que cette approche est également erronée. Si les parties ont convenu de régler leur différend par voie d'arbitrage, il est illogique de supposer que cet accord prévoit des mesures de redressement définitives tout en excluant en quelque sorte les mesures provisoires. L'essentiel d'une clause d'arbitrage est la décision des parties de régler leurs différends hors cour, souvent pour des motifs qui ont trait à la confidentialité ou aux coûts. De plus, lors d'un litige entre des parties issues de différents territoires





de compétence, la décision de recourir à l'arbitrage représente souvent un choix délibéré pour éviter de donner à une partie ou à une autre un « avantage à domicile » devant les tribunaux nationaux. Recourir à l'un de ces mêmes tribunaux pour obtenir une mesure de redressement interlocutoire peut violer l'esprit de l'accord entre les parties et donner un avantage indu à l'une d'elles. Au courant des faits et des antécédents procéduraux de l'affaire, les arbitres sont généralement mieux placés que les tribunaux pour déterminer si une mesure de redressement provisoire est vraiment nécessaire ou si la procédure judiciaire est utilisée à des fins dilatoires ou comme moyen de gagner un avantage dans les discussions sur le règlement. En sapant l'efficacité et la prévisibilité de la convention d'arbitrage, cette approche diminue dans les faits l'autonomie des parties.

Cette approche repose également sur l'hypothèse d'un lien ténu entre la décision d'un tribunal relative à une mesure de redressement interlocutoire et la décision définitive sur le fond, réservée à l'arbitre. La réalité n'est pas aussi simple. Dans le premier volet du test, le tribunal saisi d'une demande d'injonction interlocutoire doit examiner le fond de l'affaire, et sa conclusion pourrait influencer les arguments des parties et la décision de l'arbitre. La décision du tribunal d'accorder l'injonction aura également des répercussions sur les faits en cause devant l'arbitre, ce qui pourrait influencer la décision définitive de ce dernier et son choix de la mesure de redressement. Ces préoccupations doivent être évaluées par rapport au fait qu'une injonction interlocutoire est souvent nécessaire pour empêcher que les agissements

des parties rendent leur différend théorique, avant qu'il ne puisse être jugé par l'arbitre.

Si les parties souhaitent conserver leur libre accès aux tribunaux, ils ont bien sûr toujours la possibilité de le prévoir dans la convention d'arbitrage.

Une troisième approche, qui considère les arbitres comme étant la principale source des mesures de redressement provisoire, sans complètement bloquer l'accès des parties aux tribunaux, permet d'éviter ces problèmes.

Même lorsque l'octroi d'une mesure de redressement provisoire ne se substitue pas directement à la décision de l'arbitre sur le fond, les tribunaux qui adoptent cette approche n'exercent leur compétence que dans les cas où l'arbitre ne peut consentir à la demande de mesure de redressement.

Ce peut être le cas pour plusieurs raisons. Les parties peuvent ne pas encore avoir désigné d'arbitre, un processus qui peut prendre des mois. Même si un arbitre a été désigné, il peut ne pas être en mesure de traiter une requête dans les délais requis. Les tribunaux, accessibles 24 heures sur 24 au besoin, peuvent parfois offrir un recours plus rapide. Bien qu'en règle générale les arbitres aient le pouvoir d'octroyer des mesures de redressement provisoires, la mesure demandée peut ne pas relever de l'arbitre, soit globalement, soit en raison d'une clause d'arbitrage précise. Un arbitre, par exemple, n'a pas le pouvoir d'imposer une mesure de redressement à des tiers.

Certains tribunaux sont allés plus loin et ont suggéré que le tribunal doit refuser une mesure de redressement provisoire dans les

cas où elle peut théoriquement être obtenue auprès des arbitres, même si l'obtention de ladite mesure est pratiquement impossible. Dans un cas, par exemple, une partie qui demandait un bref de saisie avait procédé par voie judiciaire, sachant que cette mesure de redressement provisoire ne serait pas possible dans le cadre des règles d'arbitrage, en raison d'une particularité liée à la compétence des tribunaux. La cour a néanmoins refusé d'octroyer la mesure de redressement, estimant que tant que les règles d'arbitrage permettent une mesure de redressement provisoire, la question pratique de savoir si cette mesure est réellement accessible selon les faits d'une affaire donnée était « non pertinente ». Nous croyons que cette approche va trop loin. Les tribunaux devraient aborder la question de l'octroi d'une mesure de redressement par l'arbitre de manière pragmatique, sans jamais perdre de vue la question de savoir si leur intervention aidera ou nuira à l'arbitrage. L'intervention judiciaire est souvent appropriée dans les cas où, pour une raison quelconque, l'arbitre est simplement incapable d'étudier une demande de mesure de redressement provisoire sur le fond.

## Conclusions : quelques conseils pratiques

Bien que nous croyions que les tribunaux devraient faire preuve de retenue lorsqu'ils sont saisis d'une demande d'injonction interlocutoire dans le cadre d'un différend régi par une convention d'arbitrage, tous les tribunaux des États-Unis ne l'ont pas fait. Par ailleurs, d'autres tribunaux ont jugé qu'ils n'avaient absolument pas la compétence d'étudier de telles demandes.

Il est à espérer que la Cour suprême lève cette incertitude. Toutefois, en attendant, la prudence consiste à demander des mesures de redressement interlocutoires à l'arbitre, dans toute la mesure du possible, pour éviter qu'un tribunal refuse d'entendre l'affaire, ainsi que les pertes de temps et d'argent. 🌱

L'honorable juge Edgar Sexton, *cr. a été juge à la Cour d'appel fédérale du Canada pendant 13 ans avant de rejoindre JAMS. Avant cela, le juge Sexton a agi à titre d'avocat ou d'arbitre dans un grand nombre d'arbitrages nationaux et internationaux.*

### « La norme idéale pour les disputes Canadiennes »



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

#### Fixation de la norme

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

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





Elaine Newman,  
BA, LL.B., LL.MI  
Arbitrator and Mediator

# Who Are We When We Mediate?

A version of this article is published by the Canadian Bar Association, in the materials to the 2011 Canadian Legal Conference in Halifax.

These remarks flow from the launch of a new course offered by ADRIQ, "Practical Ethics for Working Mediators". The question, "Who Are We When We Mediate?" summarizes the ethical problem that we all face, every day of our working lives.

From a teaching perspective, the question comes at the end of the lecture at the end of the course on the ethics of mediation. It comes after the class had explored the placement of mediation within the justice system, and after we have examined the extent to which the justice system has come to rely on mediation as a primary method of dispute resolution. It comes after we have examined the international literature on mediation ethics, typified the ways in which mediators do their work, and compared their many roles in a broad range of disputes.

It is at the end of the process that we sum it all up, and suggest that after all, the question we mediators have to continually ask ourselves on an ongoing basis is this: Who are we when we mediate?

What is it that we are doing in the room? Are we just there to get the deal done? Are we there to ensure that there is fairness of outcome? Are we there to enable party self-determination; to nurture a continuing relationship between the parties, businesses or governments?

To what extent do our own values have a place in the room? To what extent, if any, do we care about the fairness or lawfulness of the outcome? To what extent MUST we care about the fairness or lawfulness of the outcome?

These are important questions. They connote a need for something more than

merely a reflective mode of practice.

These are not just questions of mediation "style". They assume that we have already settled the question of whether we are evaluative or facilitative, methodologically subtle or directive.

These are questions that go beyond the models for working through the mediation dilemmas that are caused by laudable mediation values coming into conflict.

These are questions that go to the root of what we do and what our place is as a profession.

It is not the educator's role to suggest to another mediator how he performs the elements of his retainer. It is only to suggest that he consider and that he appreciate how he performs - not at an intuitive, "gut" level, but with the consciousness and intentionality that the role demands.

Nor is it the educator's role to suggest how any mediator deals with the parties or clients he or she serves. It is only to suggest that -as Ellen Waldman has suggested in her recent and comprehensive work<sup>2</sup>- unless the mediator understands and then clearly explains his or her model of working to the clients, and unless the clients understand and in an informed way consent to the role of that mediator, there is a serious potential risk which may result.<sup>3</sup>

## What is the danger?

It was Canada's Chief Justice, The Honourable Brian Dickson who, twenty years ago, said the following words:

*...if the right kind of cases are being channelled into ADR and if ADR functions effectively then there is no question that it can play a useful role in promoting justice. But it seems to me that as we round out the judicial process with other settings in which to resolve disputes, we need to be extremely careful that the values that underlie those setting are consistent with those that have evolved over many centuries and that lie at the heart of our judicial system. For it is these values which ensure that our system of justice is respected. If the average person facing one of the few disputes in his or her lifetime that calls for neutral third party intervention does not feel that ADR is delivering justice consistent with the norms that they have always understood to lie at the heart of the justice system in North America, the ADR may well cause more problems than it solves. The risk is that, poorly handled, ADR may undermine the very legitimacy upon which the courts rely for their effectiveness...<sup>4</sup>*

And it was 1984 when Owen Fiss, the American advocate and Yale professor of public law published his work, *Against Settlement*<sup>5</sup>. Professor Fiss argued, and argued vehemently, that ADR processes in court connected environments are "a highly problematic technique for streamlining [trial] dockets". He warned of coerced consents, unauthorized bargains, and an absence of justice. His current concerns,



as emphasized in an on-line interview that he provided as part of the materials for the new ADRIO course, focus on the inequality of bargaining power between the parties – an issue that becomes more vibrant with the ever increasing proportion of self-represented litigants in the courtrooms of the United States, and of Canada.

As working mediators, and as pragmatists who appreciate the benefits of making a living in this field, we know that there is not a lot of time in the throes of process to contemplate the significance of our every move. We are retained to get a job done. And we do get the job done, and to do it in a cost-efficient manner. Our work is dynamic, vital, and in 2012, a critical piston in the machinery of justice. And while we are working, we are very busy people. There are data to impart, trust to establish, openness to generate, interests to discover, positions to shatter, BATNAs to explore, litigation confidence to dissect, (legal advice to avoid), psychology to apply, solutions to generate, details to track, agreements to nurture, and closure to complete. All of this, and more, we do on our own, without colleagues to consult, and with little but our training, experience and instincts to govern our actions and our words.

### **A work day is a busy day - an energetic, focussed and an exhausting day.**

But take a simple and common fact situation, one that we might address and close in under an hour, and consider the implications of that intervention against the weighty world of literature around mediation ethics. Take a brief opportunity to examine the impact, and the potential danger, of what we do. The example is one that many of us trained on back in the 1980's, and one that should raise its head in any current mediation ethics discussion. It is the "classic overlap" problem:

**The Plaintiff sues its employer for wrongful dismissal, including damages for defamation. The claim is for \$200,000, and asserts continued unemployment. The Plaintiff advises the mediator, in absolute confidence, that because a very exciting opportunity presented itself for work elsewhere, she**

**is prepared to resolve the suit for the sum of \$50,000. She does not want the Defendant to know that she has been working, let alone that she has been very successful in her new role.**

**In confidence, the Defendant advises the mediator that it acknowledges that they work in a specialized industry, in which everyone knows about the difficult circumstances of the Plaintiff's termination. It agrees that no employer in the industry will now hire the Plaintiff. It says it may have been hasty in terminating her the way it did, and agrees that it owes her some compensation for the loss of income. But, the Defendant says, to the mediator, in confidence, "We'll pay her \$75,000, and not a penny more".<sup>6</sup>**

Is there a problem? Is there a danger? Many of our colleagues will say, an overlap is an overlap. It is just a good day. It presents no problem or dilemma for the mediator. Settle the file, somewhere in the middle of the overlap, and make everyone happy. And those colleagues, pragmatists who know the value of a good confidential caucus, are not necessarily "wrong". What is the problem with making both lawyers happy, both clients happy, putting a tidy end to the mediation, and billing out another file?

First, there is the question of how the mediator should approach an overlap. The simplest response – proposing the figure at the midpoint- is fraught with issues: Mediator generated solutions, for one, are the primary affront to party self-determination. We learn information in confidence that we may not share with the other party. But, even with the benefit of that information, mediators, we teach, are not in the room to judge the outcome, or to impose our view. Even if we know for certain that the answer will make both parties happy. The principle of self determination is challenged.

Second, from a process perspective – in an overlap situation, mediator impartiality is challenged as soon as the mediator makes the decision to approach either party first. If the mediator approaches plaintiff

first to offer on the figure, she will anchor discussion against her lower goal, necessarily providing Defendant with the advantage. Approaching Defendant first creates the same problem. Our actions can invade our principles. Pragmatism trumps principle. The principle of neutrality is challenged.

Third, and perhaps most vexing, is the awareness that this agreement, no matter at which monetary level it lands, is going to be based on, at best, misapprehension of the truth on the part of one party. At worst, it is based on a lie. The Defendant is moved to settle, at least in part, because it perceives that it has caused the Plaintiff financial disadvantage. The Plaintiff, although perhaps not telling an outright lie, is, by omission, permitting that misconception to govern the process. The principle of encouraging an honest exchange between parties is challenged.

The easy day turns into a potentially dangerous day. The mediator stands in danger of using his or her skills to further an unprincipled and dishonest process. The mediator stands in danger of enabling, of conspiring, to deceive. The deal may not be sustainable if based on something other than absolute truth.

### **What are the relevant questions?**

Is there a lie?

What is a lie?

What if there is a lie?

Is there an external rule requiring the mediator to act in a particular way in the circumstances?

Is there an internal check, perhaps operating from the mediator's personal ethic that would prevent him or her from proceeding?

Does the Code of Conduct governing that situation require the mediator to take any particular steps?

And from a pragmatic perspective – will the mediator who allows the situation to create an obstacle to easy and desired resolution risk damage to his or her reputation if the "principle" prevents closure?

This, Owen Fiss would say, is why we have judges. This is why we have the adversarial



process, and the protections of a value-based justice system. Courts are there to prevent outcomes based on lies.

This, The Right Honourable Chief Justice Dickson would say, is why we test evidence in a public court room, and shine the light of scrutiny on claims of damage, through the rigours of trial. When we abandon these elements, and trade them for a quick deal behind closed doors, we trade away the values inherent in the Canadian justice system.

There are ready ways of justifying the easy deal in an overlap case – even one that involves a degree of dishonesty or an outright lie. We can justify facilitating a dishonest agreement on the ground of party self-determination. If they want to lie to each other, what business it is of the mediator?

We can justify the easy deal on the ground of mediator effectiveness. Why would one cause the parties the enhanced time and money, when all they want is to get the thing done, and close the file?

We can justify the deal on the ground of a rationalized sense of justice. For example, “The Defendant caused this Plaintiff all kinds of misery and uncertainty. It ought not to get the benefit of a windfall just because she caught a lucky break”.

We can rationalize the deal on the ground of normalcy. This is, after all, litigation, and (though we may deny it) everyone lies. The adversarial justice process causes us to lie. Besides, cross-examination notwithstanding, judges cannot boast a perfect track record of rooting out the lie.

And, we can rationalize the deal on the ground that there is no relationship between these parties that requires nurturing or protection. This is not a case of restorative justice, of continuing interaction, or of continued co-dependence.

## The Ways of Working Through

What do we do with this problem? Stop mediating? Live with the fact that our

skills, experience and passion for the work do, from time to time, mean that we are co-conspirators with thieves and liars? Accept that it comes with the territory? Or try not to think about it? Do the job and move on, and save the analysis for the classroom?

My view is that it is not good enough to get the deal done. To do so, without having regard and genuine concern for how we address these issues is a thoughtless way to go. It is to erode the heritage of the Canadian justice system, and to serve a mediocre model.

Ultimately, each one of us must ask, to what end do I offer my services? Who am I when I mediate? Am I using my powers for good?

If the mediator chooses, he or she may develop a concern about these issues. Sharpen the radar for the ethical dilemmas raised by our work every single day, in every single case.

If the mediator chooses, he or she will start to grapple with these issues, and experience a moment of deep discomfort as the chaos of these problems fogs in. That discomfort, in my view, is a very healthy phase of the process to work through, and one which ought not to be avoided.

But then, if the mediator chooses, he or she may start to unpack these issues against one or more of the thoughtful and elegant methods of working through proposed in the literature by those who have devoted their academic careers to mediation ethics. Part of what we are doing in the development of the ADRIO course, “Practical Ethics for Working Mediators” is to help make that literature accessible, and to offer the working mediator options among the most useful and dynamic tools to learn and adopt.

Authors Robert Baruch Bush<sup>7</sup> and Catherine Morris<sup>8</sup>, for example, have long held that the key to working through ethical dilemmas in mediation is found in an individual process of recognizing the commonly held “mediation values”: confidentiality; party self-determination; mediator

neutrality; balancing power; ensuring fairness of process; achieving settlement and maintaining mediator reputation, then designing an individual and personal prioritization of these values. That is, deciding which of the mediation values is closest to the personal ethic of the practitioner. Then comes the hard part: testing one’s priorities against a challenging fact-based scenario or two, to see if the blueprint holds water.

Author Katherine Mills<sup>9</sup>, for example, has offered the enticing option of organizing these thoughts against a paradigm that proposes the adoption of different, but clearly defined, mediation models and different codes of conduct, for different types of disputes.

Or, one might turn to the model suggested by Ellen Waldman in her new book, “Ethics of Mediation”<sup>10</sup>, which I find quite excellent, and consider whether one’s own mediation model is a “norm-generating model, a norm-educating model, or a norm-advocating model”. The work professor Waldman contributes runs this fresh paradigm through a comprehensive series of factual scenarios, followed by commentary from a range of well-known authors. What emerges is a finely honed set of very practical and useable clues that may be employed while working, in the interests of bringing some order to the chaos of realizing that one is working in the bog of an ethical minefield.

## Codes of Conduct

Codes of Conduct can usefully be explored through application to a fact situation that has, over the years, become a personal favourite. My former or current students will remember the ‘traveller’s cheque’ case, which demonstrates not only that truth is stranger than fiction, but that, importantly, the codes of conduct that govern our work will never prove to be useful sources of guidance in the ethics of mediation until we, as a society and as a judicial system, decide what it is we want mediators to do.

**The Plaintiff is suing a bank for the value of \$10,000 worth of traveller’s cheques, which were lost. The Bank re-**



**fuses to refund the money, and puts the Plaintiff to the strict proof of her claim.**

**The Bank advises the mediator, in confidence, that it suspects the Plaintiff of fraud. This is her third claim for a refund of traveller's cheques. And, her explanations of the circumstances of the loss have been inconsistent. The bank, however, is not prepared to spend the money necessary to mount a defence, and wants the matter settled.**

**The Plaintiff, in private discussion with the mediator, admits that she did negotiate the traveller's cheques, but begs for help. "This is the last time I'll ever do it. And if I go home without money, my boyfriend will be furious".**

Once again, the example provides the potential for an easy settlement - as long as one doesn't mind facilitating a fraud against a bank. Is the mediator's job to get the deal done, as both parties wish? Or does the fact that there is a criminal act looming about cause you to pause, or stop?

In Waldman's model, the norm-generating mediator will defer to the values of the parties. They want the deal, and are not troubled by illegality or the consequences to the public's cost of borrowing if the bank pays out limited amounts for fraudulent claims in order to avoid litigation. The norm-educating mediator will focus on what a court would likely do with the facts, and use subject matter expertise to educate the parties in respect of likely consequences of litigation. The norm-advocating mediator will operate from a place of concern for a variety of interests - legality, the need for honesty in exchange, as well as a concern for the fact that domestic violence seems to be motivating fraudulent activity in a powerless woman.

What do the codes of conduct say about such a problem? Do they help? Have we any useful guidance? Put another way - "Who does this culture want me to be when I mediate?"

We know that in the U.S., the Model Standards of Conduct for Mediators<sup>11</sup> require that "appropriate steps" must be taken if

the mediation is being used to further criminal conduct. Suggestions include postponing further discussion to withdrawing from or terminating the process. In some states, mediators are granted latitude in respect of determining the appropriate response<sup>12</sup>. In others, such as Alabama, the Code of Conduct for Mediators requires that the process be terminated if it is being used to further criminal conduct.<sup>13</sup> For greater uniformity and clarity, The Uniform Mediation Act (UMA)<sup>14</sup> precludes a party from asserting the privilege of confidentiality if the mediation is 'intentionally used to plan, attempt to commit or to commit a crime, or to conceal an ongoing crime or criminal activity'.<sup>15</sup>

Our ADRIC Code of Conduct is under constant review and re-evaluation. Although currently silent on the point, an amendment is currently being considered that would prohibit mediators in Canada from facilitating a settlement which they know to be in furtherance of a crime.<sup>16</sup>

Those working under the auspices of the court-connected mandatory mediation Program in Toronto, Ottawa or Windsor Ontario, are subject to a different codified approach. This Code of Conduct says:

Mediators may suspend or terminate mediation if requested by one or more of the parties;

Mediators may suspend mediation if in their opinion:

- (a) the process is likely to prejudice one or more of the parties;
- (b) one or more of the parties is using the process inappropriately;
- (c) one or more of the parties is delaying the process to the detriment of another party or parties;
- (d) the mediation process is detrimental to one or more of the parties or the mediator;
- (e) it appears that a party is not acting in good faith; or
- (f) there are other reasons that are or appear to be counterproductive to the process.

Mediators shall terminate mediation if the conditions referred to in XI.3(a)-(f) are not rectified. [Emphasis added]

The same code places a high degree of emphasis on the values of party self-de-

termination and mediator neutrality. But in both of our case examples, these mediation values come into direct conflict with one another. The mediator who prizes self-determination will have no problem with the parties fashioning a deal in either case, regardless of how he or she thinks the matter ought to be resolved. The mediator who prizes neutrality will be reluctant to form the conclusion that either party is "using the process inappropriately". (Is it "inappropriate" to withhold the whole truth when a former employer is prepared to over-pay? Is it "inappropriate" for a fraudulent plaintiff to accept a payment, merely because the bank wants to avoid the cost and time it would take to litigate?)

It is of note that this code of conduct does impose an obligation upon the mediator to terminate process if these "justice" issues are not rectified.

In Ontario we are justified in asking why there is a difference between the two codes of conduct? If the codes of conduct are indeed intended to provide the clarity of a minimum standard, do we reconcile that difference, or re-assess our need for uniformity? And if a standard of justice is intended to be a universal mandate, why should it differ depending on the whether the parties operate with a roster mediator, or a private mediator?

Who does the public want us to be when we mediate? The codes of conduct do not satisfactorily answer that question. They may never be able to address their own internal inconsistencies, or be capable of providing the sort of guidance we seek.

## Conclusion

Any undergraduate student of philosophy will remind us that in any discussion about ethics, we must begin by choosing a side. Do we believe that there is a universal right and a universal wrong? Is there, at any level, a universal ethic for mediators? Do we identify some acts, such as facilitating a lie, closing a coerced agreement, justifying unequal bargaining power, facilitating the consequence of a criminal act, and agree to call them "wrong"? Or do we shrug our shoulders and adopt a modified relativist approach, easily calling these



activities the practical application of self-determination?

As one of my students this year said, “I just do whatever seems right in the circumstances.”

The answer is not provided, either in this discussion or in the course that ADRIO is offering.

However, it has become my opinion after a number of years in the field and a num-

ber of years in the classroom that we do, universally and absolutely “wrong” if, given the enormous and critical role that our work plays within the Canadian justice system, we see ourselves as merely being in the room to get the deal.

It is the hope and intent of the ADR Institute of Ontario that our new on-line course, Practical Ethics for Working Mediators, will provide a useful tool that contributes significantly to the active mediator’s continuing quest for thoughtful and ethically

strong approach to these challenges. ♣

*Elaine Newman is a mediator and arbitrator in Toronto, working in a private practice. She is the designer and lead instructor of the Advanced Certificate Program in Dispute Resolution, Atkinson Faculty of Liberal and Professional Arts, York University, and is the designer and author of the ADR Institute of Ontario course entitled, “Practical Ethics for Working Mediators”, 2011. The comments in this paper are that of the author alone. They are limited to application in the (non-family) arena of civil justice, her area of expertise.*

- 1 Elaine Newman is a mediator and arbitrator in Toronto, working in a private practice. She is the designer and lead instructor of the Advanced Certificate Program in Dispute Resolution, Atkinson Faculty of Liberal and Professional Arts, York University, and is the designer and author of the ADR Institute of Ontario course entitled, “Practical Ethics for Working Mediators”, 2011. The comments in this paper are that of the author alone. They are limited to application in the (non-family) arena of civil justice, her area of expertise.
- 2 Waldman, Ellen, *Mediation Ethics, Cases and Commentaries*, 2011, Jossey-Bass, San Francisco
- 3 See Oberman, Susan, “Style vs. Model: Why Quibble?”, 2008, 9 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 1, Abramson, Harold “Crossing Borders into New Ethical Territory: Ethical Challenges When Mediating Cross-Culturally”, 2007-2008 49 South Texas Law Review 921
- 4 The Right Honourable Brian Dickson, Chief Justice of Canada (Retired), “ADR, The Courts and The Judicial System: The Canadian Context”, 1994 The Cornell Lectures
- 5 Fiss, Owen, “Against Settlement”, 93 Yale Law Journal 1073 (1984)
- 6 The origin of the overlap example in mediation training is attributed to Mr. Tom Colosi, The Colosi Group.
- 7 Bush, RAB, “Symposium: The Dilemmas of Mediation Practice: A Study of Ethical Dilemmas and Policy Implications” (1994) Journal of Dispute Resolution 1.

- 8 Morris, Catherine, “The Nature of Discourse on Ethics in Mediation”, found in Macfarlane, Julie, *Rethinking Disputes: The Mediation Alternative* 1997, E. Montgomery Publications pp. 301 – 347.
- 9 Mills, Katherine, “Can a Single Ethical Code Respond to All Models of Mediation?” (2005) Bond Dispute Resolution News (2005), paper 21.
- 10 Note 2, above
- 11 Standard VI(A) (9) (2005)
- 12 See, for example, Kansas Superior Court Rule 903 (f).
- 13 Ala. Code of Ethics for Mediators, Standard 3 (b) (2010): A mediator shall withdraw from a mediation if the mediator believes the mediation is being used to further illegal conduct. A mediator may withdraw if the mediator believes any agreement reached would be the result of fraud, duress, overreaching, the absence of bargaining ability, or unconscionability. A mediator shall not prolong a mediation session if it becomes apparent that the case is unsuitable for mediation or if one or more of the parties is unable or unwilling to participate in the mediation process in a meaningful manner.
- 14 Sec.5 (c) (2001)
- 15 And see Waldman, Note 2, above, at page 178.
- 16 Proposed amendment to ADRIC Code of Conduct: 7.5 A Mediator who becomes aware that he or she is involved in a mediation that is being used to further a crime is required to take appropriate action which may include adjourning or terminating the process.

## La quête identitaire du médiateur

*Elaine Newman, BA, LL.B, LL.M<sup>1</sup> arbitre et médiatrice*

*L’Association du Barreau canadien a publié une version de cet article, comprise dans les documents de la Conférence 2011 tenue à Halifax.*

Ces remarques s’inscrivent dans la foulée du début d’un nouveau cours offert par l’ADRIO, « Cas pratiques de déontologie pour les médiateurs en exercice (*Practical Ethics for Working Mediators*) ». La question de définir qui nous sommes lorsque nous agissons à titre de médiateur résume le dilemme déontologique qui se présente chaque jour de notre vie professionnelle.

D’un point de vue pédagogique, la question est soulevée à la fin de la dernière conférence du cours sur la déontologie du médiateur. Elle est posée après l’étude de la place de la médiation au sein du système judiciaire, et après l’examen de l’étendue de l’appui du système judiciaire à la médiation comme mode initial de règlement de différends. Elle est étudiée après l’examen de la documentation internationale sur la déontologie du médiateur, la détermination des types de façons dont les médiateurs exécutent leur travail, et la comparaison de leurs nombreux rôles dans une vaste gamme de différends.

Ce n’est qu’à la fin de ce processus que nous résumons le tout, et proposons qu’en bout de compte, la question que nous, les médiateurs, devons nous poser continuellement est la suivante : qui sommes-nous lorsque nous agissons à titre de médiateur ?

Que faisons-nous dans cette salle ? Sommes-nous là uniquement pour conclure un règlement ? Sommes-nous là pour assurer que le résultat soit juste ? Sommes-nous là pour encourager l’autodétermination des parties; pour encourager une relation continue entre les parties, les entreprises ou

les gouvernements ?

Dans quelle mesure nos propres valeurs ont-elles un rôle dans le processus ? Dans quelle mesure, le cas échéant, nous soucions-nous que le résultat respecte l’équité ou la loi ? Dans quelle mesure DEVONS-nous nous soucier que le résultat respecte l’équité ou la loi ?

Ce sont des questions importantes. Elles évoquent le besoin de quelque chose qui va au-delà d’un mode de pratique axé sur la réflexion.

Il ne s’agit pas uniquement de « types » de médiation. Ces questions donnent à penser que nous avons déjà décidé d’évaluer ou de faciliter, d’adopter une méthode subtile ou directive.

Ces questions vont au-delà des modèles



pour résoudre les impasses en médiation à la suite de louables principes qui entrent en conflit.

Ces questions s'adressent à la base de ce que nous faisons et demandent où se situe la médiation comme profession.

Le rôle du pédagogue n'est pas de proposer à un autre médiateur comment exécuter son mandat. Il est uniquement de proposer qu'il étudie et comprenne la façon dont il exécute son mandat, non pas au niveau intuitif, « viscéral », mais consciemment et sciemment comme le rôle l'exige.

En outre, le rôle du pédagogue n'est pas de proposer comment le médiateur doit traiter les parties ou ses clients. Il est uniquement de donner à penser, comme Ellen Waldman indique dans son récent ouvrage d'ensemble<sup>2</sup>, que si le médiateur ne comprend pas et n'explique pas clairement aux clients sa méthode de travail, et que les clients ne comprennent pas le rôle de ce médiateur et n'y donnent pas un consentement éclairé, il y a un possible risque important<sup>3</sup>.

### Quel est le danger?

Il y a vingt ans, le juge en chef de la Cour suprême du Canada, Brian Dickson, résumait la situation de la façon suivante :

*...si les dossiers appropriés sont acheminés au PRD et si le PRD fonctionne efficacement, alors il n'y a aucun doute qu'il peut jouer un rôle utile au service de la justice. Toutefois, il me semble que, au fur et à mesure que nous ajoutons au processus judiciaire d'autres cadres pour régler les différends, nous devons être extrêmement prudents afin que les valeurs sous-jacentes à ces cadres soient conformes à celles qui ont évolué au fil des siècles et qui sont au cœur de notre système judiciaire. Car ce sont ces valeurs qui assurent que notre système de justice soit respecté. Si le citoyen ordinaire aux prises avec un des rares différends*

*de sa vie qui nécessite l'intervention d'un tiers neutre ne croit pas que le PRD rende justice conformément aux normes qui, selon lui, ont toujours été au cœur du système de justice en Amérique du Nord, le PRD peut créer plus de problèmes qu'il n'en résout. Le risque consiste en ce que, utilisé à mauvais escient, le PRD puisse affaiblir la légitimité même sur laquelle les tribunaux se fondent pour leur efficacité...<sup>4</sup>*  
[Traduction]

En 1984, Owen Fiss, avocat américain et professeur de droit public à Yale, publie son livre, *Against Settlement*<sup>5</sup>. Le professeur Fiss fait valoir, et ce avec la plus grande énergie, que les processus de PRD liés à des situations judiciaires sont « une technique très inquiétante de rationalisation des rôles ». Il nous met en garde contre des consentements obtenus sous la contrainte, de concessions non autorisées, et d'une absence de justice. Ces préoccupations actuelles, telles qu'il les exprime lors d'un entretien en ligne dans le cadre du nouveau cours de l'ADRIO, sont axées sur l'inégalité du pouvoir de négociation entre les parties, une question d'autant plus pressante eu égard au nombre de plus en plus grand de parties non représentées devant les tribunaux aux États-Unis et au Canada.

À titre de médiateurs en exercice, et de pragmatistes qui comprenons les avantages de gagner notre vie dans ce domaine, nous savons qu'il n'y a pas beaucoup de temps dans le feu de l'action pour contempler l'importance de chaque geste. Nos services sont retenus pour accomplir une tâche. De fait, nous accomplissons la tâche de façon économique. Notre travail est dynamique, vital et, en 2012, un élément important des rouages de la justice. Lorsque nous travaillons, nous sommes très occupés. Il faut transmettre des données, établir la confiance, instaurer une ouverture, découvrir les intérêts de chacun, abattre des positions, explorer des MSR, comprendre l'assurance des parties face au

litige, (éviter des conseils juridiques), mettre en œuvre une psychologie, générer des solutions, suivre des détails, encourager les ententes, et obtenir l'acceptation de la résolution. Tout ceci, et plus encore, nous le faisons seuls, sans collègues à consulter, et uniquement grâce à notre formation, notre expérience et notre instinct qui déterminent nos actions et nos paroles. Une journée de travail est une journée bien remplie, épuisante, qui demande beaucoup d'énergie et de concentration.

Néanmoins, pensons à un cas simple et fréquent, que nous pouvons étudier et clore en moins d'une heure, et examinons les répercussions de cette intervention en tenant compte de l'importante documentation concernant la déontologie du médiateur. Prenons le temps d'examiner les répercussions, et le danger possible, liés à ce que nous faisons. L'exemple fait partie de la formation de bon nombre d'entre nous dans les années 1980 et doit faire partie de toute discussion actuelle sur la déontologie du médiateur. C'est le problème du « chevauchement classique ».

**La demanderesse poursuit son employeur pour congédiement injustifié, y compris des dommages pour diffamation. La demande s'élève à 200 000 \$, et allègue le chômage continu. La demanderesse indique au médiateur, sous le sceau du secret, qu'en raison d'une possibilité de travail très intéressante ailleurs, elle est prête à régler la poursuite pour la somme de 50 000 \$. Elle ne veut pas que le défendeur apprenne qu'elle a travaillé, encore moins qu'elle a très bien réussi dans son nouveau rôle.**

**Sous le sceau du secret, le défendeur indique au médiateur qu'il reconnaît qu'ils travaillent dans un secteur spécialisé, où tout le monde connaît les circonstances difficiles de la cessation d'emploi de la demanderesse. Il convient qu'aucun employeur du secteur n'embauchera maintenant la demanderesse. Il ajoute qu'il a pu agir précipitamment**



**en la congédiant comme il l'a fait, et convient qu'il lui doit une compensation pour perte de revenu. Toutefois, le défendeur dit au médiateur, sous le sceau du secret : « nous lui verserons 75 000 \$ et pas un sou de plus ».**

Y-a-t-il un problème ? Y-a-t-il un danger ? Bon nombre de nos collègues diront qu'un chevauchement est un chevauchement. C'est simplement une bonne journée. Il ne présente aucun problème ni dilemme au médiateur. Réglez le dossier, quelque part au milieu du chevauchement, et rendez tout le monde heureux. Ces collègues, pragmatistes qui connaissent la valeur d'une bonne réunion confidentielle, n'ont pas nécessairement « tort ». Quel problème y-a-t-il à rendre les deux avocats heureux, les deux clients heureux, à mettre fin à la médiation de façon bien ordonnée, et de facturer un autre dossier ?

En premier lieu, il y a la question d'établir comment le médiateur doit tenir compte d'un chevauchement. La réponse la plus simple, c'est-à-dire proposer une valeur médiane, est empreinte de problèmes : d'une part, les solutions proposées par le médiateur constituent le principal affront à l'autodétermination des parties. Nous apprenons des informations sous le sceau du secret que nous ne pouvons pas partager avec l'autre partie. Toutefois, même avec ces informations, nous enseignons que les médiateurs ne sont pas là pour juger le résultat, ou imposer leur point de vue. Même si nous savons assurément que la réponse conviendra aux deux parties. Le principe de l'autodétermination est remis en cause.

En deuxième lieu, du point de vue du processus, dans un cas de chevauchement, l'impartialité du médiateur est remise en question dès que le médiateur prend la décision d'approcher en premier l'une des parties. Si le médiateur approche en premier la demanderesse pour offrir un montant, elle axera la discussion sur son objectif plus bas, donnant inmanquablement l'avantage au défendeur. Approcher le défendeur en premier crée le même problème. Nos actions peuvent envahir nos principes. Le pragmatisme éclipse le principe. Le principe de neutralité est remis en cause.

En troisième lieu, il y a la question, peut-être la plus épineuse, de la connaissance que cette entente, quel que soit le montant définitif, sera fondée au mieux sur une méprise de la vérité par une des parties. Au pire, elle est fondée sur un mensonge. Le défendeur est encouragé à régler, au moins en partie, en raison de sa perception qu'il a causé à la demanderesse un préjudice financier. La demanderesse, bien qu'elle ne mente peut-être pas tout à fait, permet, par omission, qu'un malentendu régit le processus. Il est porté atteinte au principe qui indique que l'on doit encourager un échange honnête entre les parties.

La journée facile devient une journée possiblement dangereuse. Le médiateur court le risque d'utiliser ses compétences pour favoriser un processus malhonnête et sans principes. Le médiateur court le risque de complicité, de conspiration afin d'induire en erreur. Le règlement peut ne pas être viable s'il est fondé sur autre chose

que la vérité absolue.

Quelles sont les questions pertinentes ?

Y-a-t-il un mensonge ?

Qu'est-ce qu'un mensonge ?

Et s'il y a un mensonge ?

Y-a-t-il une règle externe qui exige que les médiateurs agissent d'une certaine façon dans ce cas ?

Y-a-t-il un contrôle interne, peut-être issu de l'éthique personnelle du médiateur, qui l'empêcherait de procéder ?

Le code de déontologie régissant le cas exige-t-il que le médiateur prenne certaines mesures ?

D'un point de vue pragmatique, le médiateur qui permet que la situation crée un obstacle à un règlement facile et souhaité court-il un risque d'entacher sa réputation si le « principe » empêche la résolution ? Selon Owen Fiss, voilà pourquoi nous avons des juges. Voilà pourquoi nous avons un processus accusatoire, et les protections d'un système de justice fondé sur des valeurs. Les tribunaux existent afin d'empêcher des résultats fondés sur des mensonges.

Selon le juge en chef Dickson, voilà pourquoi nous testons les éléments de preuve dans une salle d'audience publique, et passons au crible les demandes de compensation, grâce aux rigueurs d'un procès. Lorsque nous abandonnons ces éléments, et les échangeons pour un règlement rapide à huis clos, nous renonçons aux valeurs inhérentes au système de justice canadien.

Des justifications toutes faites, dont une qui comprend un degré de malhonnêteté ou un flagrant mensonge, peuvent appuyer un règlement facile dans un cas de chevauchement. L'autodétermination des parties peut justifier la facilitation d'une entente malhonnête. Qu'importe au médiateur que les parties veulent se mentir ?

L'efficacité du médiateur peut justifier un règlement facile. Pourquoi alourdir le fardeau des parties en termes de temps et d'argent, alors qu'elles ne souhaitent rien d'autre que régler l'affaire, et fermer le dossier ?

Une rationalisation du sentiment de jus-

**The Gold Standard  
for Canadian  
Disputes**

**La norme de  
référence en  
matière de  
différends au  
Canada**



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

### Setting the Standard

Our National Arbitration Rules and National Mediation Rules are widely accepted as the gold standard for domestic disputes.

To receive copies of the rules for distribution call Mena at:  
416-487-4733 or 1-877-475-4353 [mena@adrcanada.ca](mailto:mena@adrcanada.ca)

### Fixation de la norme

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

Pour recevoir des copies de ces règles aux fins de distribution, appelez Mena au :  
416-487-4733 ou 1-877-475-4353 [mena@adrcanada.ca](mailto:mena@adrcanada.ca)





tice peut justifier le règlement. Par exemple, « le défendeur a causé à la demanderesse toutes sortes de souffrances et d'incertitude. Il ne devrait donc pas bénéficier d'un gain fortuit uniquement en raison du fait que la chance a souri à la demanderesse ».

Nous pouvons rationaliser le règlement en prétextant que c'est l'état normal des choses. Somme toute, c'est propre au litige, et, bien que nous puissions le nier, tout le monde ment. Le processus accusatoire nous porte à mentir. En outre, nonobstant le contre-interrogatoire, les juges ne peuvent pas se vanter d'avoir une feuille de route impeccable lorsqu'il s'agit de déceler les mensonges.

En sus, nous pouvons rationaliser le règlement au motif qu'il n'y a aucune relation entre les parties qui doit être entretenue ou protégée. Ce n'est pas un cas de justice réparatrice, d'une interaction permanente, ou de codépendance continue.

### Les façons d'y voir plus clair

Que faire de ce problème ? Arrêter d'agir à titre de médiateur ? Accepter que nos compétences, notre expérience et notre passion pour notre travail font de nous, de temps à autre, les conspirateurs de voleurs et de menteurs ? Accepter que ce soit le lot de tout médiateur ? Ou tenter de ne pas y penser ? Faire le travail et passer à autre chose, et mettre de côté l'analyse pour la salle de cours ?

Je crois qu'il ne suffit pas d'obtenir un règlement. Agir ainsi, sans égard et sans souci quant à la façon de traiter ces questions, indique un manque de sérieux. C'est miner l'héritage du système de justice canadien, et être au service d'un modèle médiocre.

En fin de compte, chacun de nous doit se demander à quelles fins il offre ses services, ce qu'il représente lorsqu'il rend les services, et s'il utilise ses pouvoirs à bon escient.

Il appartient au médiateur de se préoccuper ou non de ces questions, d'être à l'affût des dilemmes déontologiques présents dans le travail tous les jours, dans chaque dossier.

Il appartient au médiateur de réfléchir à ces questions, ce qui entraîne un profond malaise en raison du chaos que ces difficultés provoquent. Selon moi, ce malaise est une étape très saine du processus qui consiste à y voir plus clair, et il ne faut pas l'éviter.

Toutefois, si le médiateur agit ainsi, il peut commencer à étudier ces questions selon une ou plusieurs des méthodes sérieuses et élégantes de la documentation que proposent ceux qui ont consacré leur carrière universitaire à la déontologie du médiateur. L'objectif du cours de l'ADRIO, « Cas pratiques de déontologie pour les médiateurs en exercice », (Practical Ethics for Working Mediators) est de rendre la documentation plus accessible, et d'offrir une gamme d'outils les plus utiles et les plus dynamiques que le médiateur en exercice peut apprendre et adopter.

Les auteurs Robert Baruch Bush<sup>7</sup> et Catherine Morris<sup>8</sup>, par exemple, maintiennent de longue date que la clé pour y voir clair dans les dilemmes déontologiques réside dans le processus propre à chacun qui consiste à reconnaître les « valeurs intrinsèques de la médiation » généralement répandues : la confidentialité; l'autodétermination des parties; la neutralité du médiateur; équilibrer les pouvoirs; assurer la justesse du processus; obtenir un règlement et maintenir la réputation du médiateur, et à élaborer un ordre de priorité personnel et particulier de ces valeurs. C'est-à-dire décider quelles valeurs de la médiation se rapprochent le plus de l'éthique personnelle du médiateur. Le plus difficile, c'est de mettre à l'épreuve ses priorités dans un ou deux scénarios délicats fondés sur des faits et vérifier si le plan tient la route.

L'auteure Katherine Mills<sup>9</sup>, par exemple, présente l'idée intéressante de l'organisation de ces concepts selon un paradigme qui propose de suivre des modèles de médiation différents, mais clairement définis, et différentes lignes de conduite, selon différents types de différends.

En outre, on peut tenir compte du modèle mis de l'avant par Ellen Waldman dans son dernier livre, « Ethics of Mediation<sup>10</sup> », que je considère comme excellent, et examiner si son propre modèle de médiation est « un modèle qui crée des normes, qui instruit sur les normes, ou qui favorise des normes ». La professeure Waldman applique ce nouveau paradigme à une série complète de scénarios basés sur des faits, et enchaîne des commentaires d'une gamme d'auteurs bien connus. Il en ressort un ensemble parfaitement affiné d'indices très pratiques et tout à fait praticables qui peuvent être utilisés pendant le travail, en vue de rétablir un peu d'ordre après que l'on ait constaté que l'on travaille dans un champ miné sur le plan déontologique.

### Codes de déontologie

Une façon pratique d'étudier les codes de déontologie consiste à les appliquer à une situation factuelle qui, au fil des ans, est devenue une de mes préférées. Mes étudiants, anciens et actuels, se rappellent de l'affaire du chèque de voyage, qui démontre non seulement que la réalité dépasse la fiction, mais, de façon plus importante, que les codes de déontologie qui régissent notre travail ne peuvent être des sources utiles pour régler les questions déontologiques liées à la médiation tant que la société et le système judiciaire ne décident ce qu'ils veulent que les médiateurs fassent.

**La demanderesse tente contre la banque une poursuite de 10 000 \$, ce qui représente la valeur de chèques de voyages perdus. La banque refuse de rembourser l'argent, et exige que la demanderesse établisse la preuve de sa demande.**



**La banque indique au médiateur, sous le sceau du secret, qu'elle soupçonne la demanderesse de fraude. C'est sa troisième demande de remboursement de chèques de voyage. En outre, ses explications des circonstances de la perte sont contradictoires. Toutefois, la banque ne veut pas engager les sommes nécessaires à sa défense et veut régler le dossier.**

**La demanderesse, lors d'un entretien confidentiel avec le médiateur, avoue qu'elle a échangé les chèques de voyage, et implore son aide. « C'est la dernière fois que j'agis ainsi. Si je rentre à la maison sans l'argent, mon ami sera furieux ».**

Une fois de plus, l'exemple fournit la possibilité d'un règlement facile, en autant que l'on ne s'inquiète pas de faciliter une fraude contre une banque. Est-ce la fonction du médiateur de conclure un règlement, comme les deux parties le souhaitent ? Ou la possibilité d'un acte criminel vous incite-t-elle à prendre du recul, ou à arrêter ?

Selon Waldman, le médiateur qui suit le modèle de création de normes s'en tiendra aux valeurs des parties. Elles veulent un règlement et ne s'inquiètent pas de l'illégalité ou des conséquences sur le coût des emprunts du public si la banque verse des montants limités pour des demandes frauduleuses afin d'éviter un litige. Le médiateur qui veut enseigner les normes sera axé sur ce qu'un tribunal déciderait selon les faits et utilisera ses connaissances approfondies pour informer les parties des conséquences probables d'un litige. Le médiateur qui favorise les normes agira en tenant compte de divers intérêts : la légalité, la nécessité de l'honnêteté dans les échanges, et une préoccupation à l'égard de la violence domestique qui semble inciter une femme souffrant d'un sentiment d'impuissance à commettre un acte frauduleux.

Que disent les codes de déontologie à ce sujet ? Font-ils la lumière sur le cas ? Donnent-ils des indications utiles ? Autrement dit, « le milieu veut que j'adopte quelle ligne de conduite lorsque j'agis comme médiateur » ?

Aux États-Unis, les Model Standards of Conduct for Mediators<sup>11</sup> exigent que les « mesures appropriées » soient prises si la médiation est utilisée à des fins d'activités criminelles. Les propositions comprennent le report de discussions, le retrait du processus et la fin du processus. Dans certains États, les médiateurs ont une latitude à l'égard de la détermination de la réponse appropriée<sup>12</sup>. Dans d'autres, comme en Alabama, le Code of Conduct for Mediators exige de mettre fin au processus s'il est utilisé à des fins d'activités criminelles<sup>13</sup>. Par souci d'uniformité et de clarté, l'Uniform Mediation Act (UMA)<sup>14</sup> interdit à une partie d'invoquer le privilège de la confidentialité si la médiation est « sciemment utilisé pour planifier, tenter de commettre ou commettre un crime, ou dissimuler un crime ou une activité criminelle en cours<sup>15</sup> » [traduction].

Le code de déontologie de l'IAMC est l'objet de réexamen et de réévaluation en permanence. Bien qu'il soit présentement silencieux sur ce point, est présentement à l'étude une modification qui interdirait aux médiateurs au Canada de faciliter un règlement qui, à leur connaissance, entérine un acte criminel<sup>16</sup>.

Ceux qui travaillent en vertu du Programme de médiation obligatoire à l'égard de certaines poursuites civiles à Toronto, Ottawa ou Windsor en Ontario, sont soumis à une différente approche codifiée. Le code de déontologie précise ce qui suit :

Les médiateurs peuvent suspendre la médiation ou y mettre fin si la demande en est faite par une partie ou plus;

Les médiateurs peuvent suspendre la médiation si, selon eux :

- (a) le processus est susceptible de porter préjudice à l'une des parties ou plus;
- (b) l'une des parties ou plus utilise le processus de manière abusive;
- (c) l'une des parties ou plus retarde le processus au détriment de l'autre partie ou des autres parties;
- (d) le processus de médiation est préjudiciable à l'une des parties ou plus au médiateur;
- (e) il semble que l'une des parties n'agit pas de bonne foi; ou

(f) il existe d'autres motifs qui sont ou semblent être à l'encontre du processus.

Les médiateurs mettront fin à la médiation si les conditions mentionnées dans la rubrique XI.3(a)-(f) ne sont pas rectifiées. [C'est nous qui soulignons]

Ce même code accorde une grande importance aux valeurs liées aux principes d'autodétermination des parties et d'impartialité du médiateur. Toutefois, dans nos deux exemples, ces valeurs de la médiation entrent directement en conflit l'une l'autre. Le médiateur qui tient énormément à l'autodétermination n'aura aucun problème à ce que les parties élaborent un règlement dans l'un ou l'autre cas, nonobstant ce qu'il pense que le règlement devrait être. Le médiateur qui tient énormément à l'impartialité sera réticent à arriver à la conclusion que l'une ou l'autre des parties « utilise le processus de manière abusive ». (Est-t-il « abusif » d'omettre toute la vérité lorsqu'un ancien employeur est prêt à surpayer ? Est-il « abusif » qu'un demandeur frauduleux accepte un paiement, uniquement en raison de la banque qui veut éviter les coûts et le temps requis par un litige ?)

Il importe de noter que ce code de déontologie impose au médiateur l'obligation de mettre fin au processus si les conditions liées à la « justice » ne sont pas rectifiées.

En Ontario, nous pouvons nous demander pourquoi il y a une différence entre les deux codes de déontologie. Si les codes de déontologie sont conçus afin de fournir la clarté d'une norme minimale, devons-nous réconcilier cette différence, ou réévaluer notre besoin en matière d'uniformité ? En outre, si une norme de justice doit être une règle universelle, comment peut-elle être différente selon que les parties choisissent un médiateur de la liste du gouvernement ou un médiateur du secteur privé ?

Comment le public veut-il que nous agissions à titre de médiateur ? Les codes de déontologie ne répondent pas adéquatement à la question. Ils ne pourront peut-être jamais remédier à leurs pro-

pres incohérences internes, ou être capables de fournir les indications que nous cherchons.

## Conclusion

Tout étudiant de premier cycle en philosophie nous soulignera que dans toute discussion sur l'éthique, il faut commencer par prendre position. Croyez-vous qu'il y ait un bien et un mal universels ? Y-a-t-il, à quelque niveau que ce soit, une déontologie universelle des médiateurs ? Convenons-nous qu'il est « mal » de poser certains gestes, comme faciliter un mensonge, accepter une entente obtenue sous la contrainte, justifier l'inégalité du pouvoir de négociation, faciliter les conséquences d'un acte criminel ? Nous contenterons-nous de hausser les épaules et d'adopter une approche relativiste modifiée, ce qui

nous permettra aisément de désigner que ces activités sont une application pratique de l'autodétermination ?

Comme un de mes étudiants me disait plus tôt cette année : « Je fais tout simplement ce qui semble juste eu égard aux circonstances ».

Ni cette discussion, ni le cours que l'ADRIO offre ne donnent de réponse. Toutefois, à la suite de bon nombre d'années de pratique et d'enseignement, je suis d'avis que nous agissons incorrectement, de façon générale et absolue, si, en raison du rôle important et essentiel que notre travail joue dans le système judiciaire canadien, nous nous limitons uniquement à obtenir un règlement.

Le souhait et l'intention de l'ADR Institute

of Ontario sont que notre nouveau cours en ligne, « Cas pratiques de déontologie pour les médiateurs en exercice », fournisse un outil utile qui contribue de façon importante à la recherche des médiateurs d'une approche réfléchie et fondée sur une éthique solide à ces questions. 🚶

*Elaine Newman est médiatrice et arbitre à Toronto, et travaille en pratique privée. Elle est la conceptrice et la chargée de cours principale de l'Advanced Certificate Program in Dispute Resolution, Atkinson Faculty of Liberal and Professional Arts, Université York, et est la conceptrice et l'auteure du cours de l'ADR Institute of Ontario, « Cas pratiques de déontologie pour les médiateurs en exercice (Practical Ethics for Working Mediators) », 2011. Les opinions exprimées dans cet article sont propres à l'auteure. Elles ne concernent que le domaine du droit civil (à l'exclusion du droit familial), son champ d'expertise.*

- 1 Elaine Newman est médiatrice et arbitre à Toronto, et travaille en pratique privée. Elle est la conceptrice et la chargée de cours principale de l'Advanced Certificate Program in Dispute Resolution, Atkinson Faculty of Liberal and Professional Arts, Université York, et est la conceptrice et l'auteure du cours de l'ADR Institute of Ontario, « Cas pratiques de déontologie pour les médiateurs en exercice (Practical Ethics for Working Mediators) », 2011. Les opinions exprimées dans cet article sont propres à l'auteure. Elles ne concernent que le domaine du droit civil (à l'exclusion du droit familial), son champ d'expertise.
- 2 Waldman, Ellen, *Mediation Ethics, Cases and Commentaries*, 2011, Jossey-Bass, San Francisco
- 3 Voir Oberman, Susan, « Style vs. Model : Why Quibble? », 2008, 9 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 1, Abramson, Harold « Crossing Borders into New Ethical Territory : Ethical Challenges When Mediating Cross-Culturally », 2007-2008 49 South Texas Law Review 921
- 4 Le juge en chef de la Cour suprême du Canada, à la retraite, Brian Dickson, « ADR, The Courts and The Judicial System : The Canadian Context », 1994 The Cornell Lectures
- 5 Fiss, Owen, « Against Settlement », 93 Yale Law Journal 1073 (1984)
- 6 L'origine de l'exemple de chevauchement en formation de médiateur est attribuée à m. Tom Colosi, The Colosi Group.
- 7 Bush, RAB, « Symposium : The Dilemmas of Mediation Practice : A Study of Ethical Dilemmas and Policy Implications » (1994) Journal of Dispute Resolution 1.
- 8 Morris, Catherine, « The Nature of Discourse on Ethics in Mediation », dans Macfarlane, Julie, « Rethinking Disputes : The Mediation Alternative » 1997, E. Montgomery Publications p. 301 – 347.
- 9 Mills, Katherine, « Can a Single Ethical Code Respond to All Models of Mediation? » (2005) Bond Dispute Resolution News (2005), article 21.
- 10 Note 2, ci-haut
- 11 Standard VI(A) (9) (2005)
- 12 Voir par exemple Kansas Superior Court Rule 903 (f).
- 13 Ala. Code of Ethics for Mediators, Standard 3 (b) (2010) : un médiateur doit se retirer d'une médiation si le médiateur croit que la médiation est utilisée à des fins illicites. Un médiateur peut se retirer si le médiateur croit que toute entente conclue serait le résultat d'une fraude, d'une contrainte, d'une exagération, de l'absence de capacité à négocier, ou de l'iniquité. Un médiateur ne continuera pas une médiation s'il devient apparent que la médiation ne convient pas au dossier ou si une ou plusieurs parties sont incapables ou réticentes à participer au processus de médiation de façon appropriée. [Traduction]
- 14 Sec.5 (c) (2001)
- 15 Voir en outre Waldman, Note 2, ci-haut, page 178.
- 16 Modification proposée au code de déontologie de l'IAMC : 7.5 *Un médiateur qui a connaissance qu'il participe à une médiation qui est utilisée pour entériner un acte criminel est requis de prendre les mesures appropriées, dont l'ajournement ou la fin du processus.*

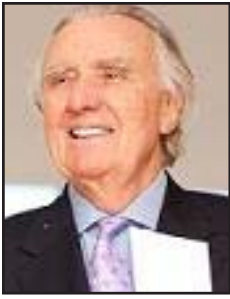
## Benefits of Membership with the Institute / Avantages aux membres de l'Institut

- Identification as a leader in ADR
- Learning and networking opportunities
- Competency and ethical standards
- Chartered designations (C.Med. and C.Arb.)
- Journal, handbooks, rules for administered ADR
- Regional and National conferences and events
- Identification comme leader en PRD
- Opportunités d'apprentissage et un réseau de contacts
- Normes d'éthique et de compétence
- Désignations accréditées (Med. A. et Arb. A.)
- Journal, manuels, règles d'administration de la PRD
- Conférences et événements régionaux et nationaux

416-487-4733 — 1-877-475-4353

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





David Bristow, Q.C.,  
LSM, C.Arb

# Arbitrator's Duties, Position and Status

Jivraj v. Hashwani, [2011] UKSC 40

An arbitration agreement in this case called for 3 arbitrators all who must be members of the Ismaili community.

Both parties were members of the Ismaili community. Mr. Hashwani nominated Sir Anthony Colman a non Ismaili. Mr. Jivraj moved to disqualify Sir Anthony as he was not Ismaili as called for in the arbitration agreement. However Mr. Hashwani took the position that Sir Anthony was not bound by the provision in the arbitration agreement that the arbitrator must be of the Ismaili community, as this provision would violate the United Kingdom discrimination regulations, since an arbitrator falls within the definition of employee under the regulations, which regulations prohibited religious discrimination against non Ismaili's.

The regulations (as amended by Section 77 (2) of the Equality Act in 2006), stated that regarding a person at any time seeking to employ another, means employment under a contract of service or a contract personally to do any work. Religious discrimination was specifically included as prohibited conduct.

Therefore the key to this case was, were the arbitrators' duties those that fell within a contract personally to do any work for an employer? The United Kingdom's highest court, the Supreme Court held that this definition did not fit an arbitrator and the arbitration clause stood as read and therefore Sir Anthony was disqualified.

The most important issue was, what was the duty, position, and status of an arbitrator? The Supreme Court found that arbitrators were independent providers of services who were not in the relationship of subordination with the person who receives the services.

The Court stated,

*"The arbitrator is in critical respects independent of the parties. His functions and duties require him to rise above the partisan interests of the parties and not to act in, or as to further, the particular interests of either party. As the international Chamber of Commerce ("the ICC") puts it, he must determine how to resolve their competing interests. He is in no sense in a position of subordination to the parties; rather the contrary. He is in effect a "quasi-judicial adjudicator": K/S Norjarl a/s v Hyundai Heavy Industries Co Ltd [1992] QB 863,885."*

The Court adopted a paragraph from a former case \* as follows,

*"It does not seem permissible to treat the arbitrator as equivalent to a representative or an employee or an entrepreneur. His office has...an entirely special character, which distinguishes him from other persons handling the affairs of third parties. He has to decide a legal dispute in the same way as and instead of a Judge, identifying the law by matching the relevant facts to the relevant legal provisions. The performance expected from him is the award, which constitutes the goal and outcome of his activity. It is true that the extent of his powers depends on the arbitration agreement, which can to a greater or lesser extent prescribe the way to that goal for him. But, apart from this restriction, his position is entirely free, freer than that of an ordinary Judge". \*(1904 RGZ 59, 247)\**

The Court therefore clearly defined the arbitrators duties, position and status.

The case drew attention of the entire Bar

of the United Kingdom, and no less than 23 lawyers appeared before the Supreme Court including intervener counsel from the London Court of International Arbitration (LCIA), the International Chamber of Commerce (ICC) and his Highness Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili.

## Would the Jivraj case be followed in Canada?

Cohen Higley Vogel Dawson V. Bon Appetit Restaurant (1999) 44 O.R. (3d) 731

The Ontario Court of Appeal in the Cohen case pondered the problem of an arbitrator accused by the arbitrating parties of negligence in the conduct of arbitration and in his decisions. The parties refused to pay the arbitrator's fees. The assessment officer found the arbitration of no benefit to the parties and assessed the account at nil. On appeal, the assessment was reversed and the arbitrator ordered to be paid. The Court found the arbitrator made serious errors in his report which ultimately rendered the report of little or no value to the clients but never the less he should be paid.

Since the arbitrator appeared to be performing the general functions of a Judge,



there may have been in the Appellant Court's mind this comparison in treating the arbitrators conduct as akin to quasi judicial findings and therefore to shield arbitrators from civil law suits.

In *Noble China Inc. V. Lei* 1998 (42) O.R (3d) 69, in an arbitration conducted by 3 arbitrators where the majority decision was final, the dissenting arbitrator's affidavit (GZ) was filed by the unsuccessful party to support a motion to set aside the award on the grounds that the other 2 arbitrators were racially biased, had prejudiced the issues, and excluded the arbitrator from the decision making process. Justice Lax struck out the Affidavit and since there was no other evidence, the arbitration award stood. She found that it was a hallmark of judicial independence that judges' deliberations were confidential and that a judge could not be compelled to testify about judicial proceedings, and that this rule of deliberate secrecy also applied to other adjudicators such as these arbitrators.

She quoted from the case of *Agnew v. Ontario Association of Architects* (1987) 64 O.R. 2 (D) O.A.C 354 (DIV.CT) as follows:

*"Apart from the practical consideration that tribunal members and judges would spend more time testifying about their decisions than making them, their compellability would be inconsistent with any system of finality of decisions. No decision and a fortiori no record, would be really final until the judge or tribunal member had been cross-examined by his decision. Instead of review by appeal or extraordinary remedy, a system would grow up of review by cross-examination. In the case of a specialized tribunal representing different interests the mischief would be even greater because the process of discussion and compromise among different points of view would not work if stripped of its confidentiality".* She concluded "to this point, the law would appear to have been settled that the principle of deliberative secrecy applies

to the adjudicative process, regardless of the level of decision-making or the character of the decision-maker".

If the *Noble China* case came before Justice Lax today, I think she most certainly would have quoted Jivraj with approval in her judgment.

## Conclusion

It is my opinion that the pronouncement in *Jivraj v Hashwani* on the arbitrator's position duty and status would be followed in our Ontario and other Canadian Courts. In case I am wrong I suggest a clause in the arbitration agreement as follows;

1. "The parties jointly and severally agree that the arbitrator shall be given the same power and protection as a Judge of the Ontario Superior Court of Justice. The arbitrator shall have no liability to any of the parties for any act or omission arising, directly or indirectly from this arbitration." ❁

## Fonctions, situation d'emploi et statut de l'arbitre

Par : David Bristow, cr., LSM, C.Arb.

### *Jivraj v. Hashwani*, [2011] UKSC 40

Dans cette affaire, une convention d'arbitrage exigeait la présence de trois arbitres, et précisait qu'ils devaient tous être membres de la communauté ismaélienne, à laquelle appartenaient les deux parties.

M. Hashwani avait nommé Sir Anthony Colman, qui n'était pas Ismaélien. Pour ce motif, M. Jivraj a présenté un recours en vue de disqualifier Sir Anthony, alléguant que la nomination d'un non Ismaélien était contraire aux dispositions de la convention d'arbitrage. M. Hashwani, quant à lui, soutenait que la disposition de la convention d'arbitrage voulant que chaque arbitre soit membre de la communauté ismaélienne n'était pas applicable, étant donné qu'elle était contraire à la réglementation en matière de discrimination du Royaume-Uni, et qu'un arbitre relève de la définition

d'un employé en vertu de la réglementation, qui interdit la discrimination basée sur la religion.

Les règlements (modifiés par l'article 77(2) de l'*Equality Act* de 2006), prévoient que toute personne qui cherche à tout moment à embaucher une autre crée une relation d'emploi en vertu d'un contrat de service ou d'un contrat relatif à un travail donné. La discrimination basée sur la religion y est expressément interdite.

Par conséquent, la question fondamentale

dans cette affaire consistait à savoir si les fonctions d'un arbitre s'inscrivent dans le cadre d'un contrat relatif à un travail donné. Le plus haut tribunal du Royaume-Uni, la Cour suprême, a statué que l'arbitre n'est pas visé par cette définition et a maintenu la clause d'arbitrage telle quelle. Sir Anthony a donc été disqualifié.

La question la plus importante était la suivante : quels sont les fonctions, la situation d'emploi et le statut de l'arbitre? Selon la Cour suprême, les arbitres sont des prestataires de services indépendants sans lien de subordination avec la personne qui reçoit les services.

La Cour précise :

« Il est indispensable que l'arbitre n'ait aucun lien de dépendance envers les



parties. Ses fonctions et ses devoirs l'obligent à s'élever au-dessus des intérêts partisans des parties et à n'en privilégier aucune. Comme le formule la Chambre de commerce internationale (« CCI ») l'arbitre doit déterminer comment résoudre les intérêts divergents des parties. D'aucune façon n'est-il subordonné aux parties; c'est plutôt le contraire. Il est, dans les faits, un « arbitre quasi-judiciaire » : *K/S Norjarl a/s v. Hyundai Heavy Industries Co Ltd* [1992] QB 863,885. » [TRADUCTION]

La Cour reprend à son compte le paragraphe d'une affaire précédente :\*

« Il ne semble pas admis de traiter l'arbitre comme l'équivalent d'un représentant, d'un employé ou d'un entrepreneur. Sa fonction revêt ... un caractère tout particulier, qui le distingue des autres personnes qui gèrent les affaires d'un tiers. Lorsqu'il tranche un litige, l'arbitre remplace un juge et doit le faire de la même façon, soit appliquer le droit en faisant correspondre les faits aux dispositions légales pertinentes. On attend de lui une décision, ce qui constitue le but et le résultat de son activité. Il est vrai que l'étendue de ses pouvoirs dépend de la convention d'arbitrage, qui dicte, dans une mesure plus ou moins grande, la manière dont il doit atteindre cet objectif. Toutefois, outre cette limitation, il est entièrement libre, plus libre qu'un juge ordinaire. » \*(1904 RGZ 59, 247)\*

La Cour a donc clairement défini les fonctions, la situation d'emploi et le statut des arbitres.

L'affaire a attiré l'attention de l'ensemble du Barreau du Royaume-Uni, et pas moins de 23 avocats ont comparu devant la Cour suprême, dont l'avocat intervenant de la London Court of International Arbitration (LCIA), la Chambre de commerce internationale (CCI) et son Altesse le Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili.

**PennWest**  
Exploration

## L'affaire Jivraj fera-t-elle jurisprudence au Canada?

*Cohen Higley Vogel Dawson v. Bon Appetit Restaurant* (1999) 44 O.R. (3d) 731

Dans l'affaire Cohen, la Cour d'appel de l'Ontario s'est penchée sur la question d'un arbitre accusé de négligence dans la conduite de l'arbitrage et dans ses décisions par les parties à l'arbitrage. Les parties ont refusé de payer les frais de l'arbitre. L'agent d'évaluation a jugé que l'arbitrage n'était d'aucune utilité pour les parties et a évalué le solde à payer à zéro. En appel, cette évaluation a été renversée et les parties ont été sommées de payer l'arbitre. La Cour a conclu que malgré des erreurs graves qui ont réduit son rapport à peu de valeur, l'arbitre devait être payé.

Dans ce jugement, la Cour d'appel a cherché à protéger les arbitres contre les poursuites au civil. Cette décision pourrait avoir été influencée par le fait que le travail d'un arbitre s'apparente à celui d'un juge, la Cour assimilant ce travail au rendu de décisions quasi-judiciaires.

Dans l'affaire *Noble China Inc. v. Lei* 1998 (42) OR (3d) 69, un arbitrage mené par trois arbitres prévoyait le caractère définitif de toute décision majoritaire. Toutefois, la partie perdante a déposé l'affidavit de l'arbitre dissident (GZ) à l'appui d'un recours en annulation de la sentence arbitrale, au motif que les deux autres arbitres avaient des préjugés raciaux, qu'ils avaient compromis le processus et exclu le troisième arbitre du processus décisionnel. La juge Lax a refusé d'admettre l'affidavit en preuve et, en l'absence d'autres éléments de preuve, a maintenu la sentence arbitrale. Selon elle, l'une des pierres d'assise de l'indépendance judiciaire est la confidentialité de la délibération des juges. Ainsi, un juge ne peut être contraint de témoigner au sujet des procédures judiciaires, et cette règle de confidentialité délibérée s'applique également à d'autres instances décisionnelles, notamment aux arbitres. Elle cite l'affaire *Agnew v. Ontario Association of Architects* (1987) 64 O.R. 2 (D) OAC 354 (DIV.CT) :

« Outre le problème pratique issu du fait que les membres des tribunaux et les juges passeraient plus de temps à témoigner au sujet de leurs décisions qu'à les rendre, leur contraignabilité serait incompatible avec tout système qui donne un caractère définitif aux décisions. Aucune décision, et a fortiori aucun dossier, ne serait vraiment clos tant que le juge ou le membre du tribunal ne soit contre-interrogé au sujet de sa décision. Plutôt qu'un contrôle en appel ou un recours extraordinaire, les contrôles par contre-interrogatoire seraient érigés en véritable système. Dans le cas d'un tribunal spécialisé représentant des intérêts variés, les torts causés seraient encore plus importants, le processus de discussion et de compromis entre différents points de vue ne pouvant fonctionner s'il est dépouillé de son caractère confidentiel. » [TRADUCTION] La juge conclut en soulignant que « dans cette mesure, le droit semble avoir établi que le principe de la confidentialité des délibérations s'applique aux procédures d'arbitrage, quel que soit le niveau de prise de décision ou le caractère du décideur. »

Si la juge Lax était saisie de l'affaire *Noble China* aujourd'hui, nous sommes convaincus qu'elle citerait l'affaire Jivraj avec approbation dans son jugement.

## Conclusion

À notre avis, la décision dans l'affaire *Jivraj v. Hashwani* relative à la situation d'emploi, aux fonctions et au statut de l'arbitre serait adoptée par les tribunaux ontariens et canadiens. Au cas où nous serions dans l'erreur, nous suggérons d'ajouter la clause suivante à toute convention d'arbitrage :

1. « Les parties conviennent conjointement et individuellement de donner à l'arbitre les mêmes pouvoirs et la même protection que ceux dont bénéficient les juges de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. L'arbitre ne saurait être tenu responsable envers une partie de tout acte ou toute omission découlant directement ou indirectement de cet arbitrage. » ❁





Randy A. Pepper

# Commercial Arbitration in Canada: Tracking Up, Looking South

I read with interest and amusement Curt von Kann's companion article on the history and state of commercial arbitration in the United States and his assessment of the "exciting and somewhat worrisome times in US commercial arbitration". The debate in the United States about whether commercial arbitration is "broken" and can be fixed has been going on for a number of years.<sup>1</sup> In Canada, we have much less experience with commercial arbitration and are still in a growth phase. New arbitration chambers are sprouting up and there is a growing number of experienced litigators leaving the security and conflicts of large firms to act as arbitrators. Commercial arbitration is tracking upward in Canada but there is good reason to look south at the experience of our American colleagues in order to understand how the disenchantment with commercial arbitration developed in the U.S. and how we can avoid a similar malaise in Canada.

## Canucks were Late to the Game

Unlike their US counterparts who for decades have chosen arbitration to avoid jury awards and punitive damage regimes, commercial parties in Canada are more recent converts to the benefits of arbitration over conventional litigation. Our history explains why Canadian commercial parties and their legal advisers were slower to embrace arbitration as a preferred method of dispute resolution.

In 1985, some Canadian legislators woke up to the possibilities of international commercial arbitration and recognized the seriously under-developed state of arbitration legislation within Canada. Prior to 1986, the federal government had passed no arbitration legislation, and the common law provinces had statutes based on English arbitration legislation dating from 1889. Further, the federal government had not seen fit to accede to the United Nations Convention on the Reciprocal Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (commonly known as the "New York Convention")<sup>2</sup> which was adopted by the United Nations Conference on International Commercial Arbitration in 1958. The New York Convention ensures

that international arbitration awards are enforceable in the over 140 countries that are signatories to the Convention. In short, Canada's Parliament had for more than 25 years seen no need to adopt an international code for the recognition and enforcement of arbitral awards made in Canada and other countries. This reflected a surprising lack of interest among Canadian commercial parties, trade organizations and their counsel in the benefits of commercial arbitration.

At a time when the term "globalization" had become a watchword of modern society, it is remarkable that as recently as 1982 the Canadian Department of Justice expressed the view that the Canadian business community had little interest in Canada's accession to the New York Convention.<sup>3</sup> Enticed by the potential opportunities available to Canadian business through the expanding Pacific Rim economies, British Columbia lead Canadian legislators out of the darkness. In January 1985 the Attorney General of British Columbia established a task force to examine options to improve the legal climate in British Columbia to make it a more hospi-

table site for international business dispute resolution. The British Columbia task force set about developing a provincial law governing the resolution of international commercial disputes. The task force and other Canadian proponents of arbitration recognized that Canada would not be viewed as an attractive site for international dispute resolution until Canada acceded to the New York Convention. Canada's accession was complicated by a constitutional problem because the subject matter of the Convention fell primarily within provincial jurisdiction.<sup>4</sup> In 1986, a solution to this problem was found in the form of undertakings by the provinces to implement a *Uniform Foreign Awards Act* adopted by the Uniform Law Conference of Canada in August 1985. In May, 1986 Canada acceded to the New York Convention and the federal government then passed the *United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act*<sup>5</sup> which made the convention part of the law of Canada. The provinces followed suit and each passed legislation adopting the New York Convention as part of provincial law.

Meanwhile, in June 1985 the United Na-



tions Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”) adopted a Model Law on international commercial arbitration.<sup>6</sup> This Model Law was then adopted by the federal government and the provinces as the law that would govern any international arbitrations taking place within their respective jurisdictions. Led by Ontario, the provinces then revised their domestic arbitration statutes to conform to the modern approach of the Model Law.

Canada became the first country to adopt legislation based on the UNCITRAL Model Law. The decisive and systematic implementation of the UNCITRAL regime throughout Canada was described by one American observer as “a beacon to the US and the rest of the world”.<sup>7</sup>

A beacon to legislators perhaps but legal counsel in Canada were still carrying the historical legal biases that pre-dated the new legislation. Traditionally, courts in Canada were protective of their jurisdiction and some courts and litigators were downright hostile towards arbitration.

## The Courts Come on Board

The attitudes of legal counsel changed because insightful judges in Canada recognized that the new legislation represented a dramatic shift in policy. Some of the early decisions under the new legislation were bold and refreshing. For example, in *Boart Sweden v. NYA Stromnes*<sup>8</sup> the Ontario High Court considered the alleged wrongful termination by a Swedish party of a distributorship arrangement with Swedish and Canadian companies. The relevant agreement provided for arbitration in Sweden although some of the plaintiffs’ claims were clearly outside the ambit of the arbitration agreement. The plaintiffs commenced an action in Ontario claiming *inter alia*, breach of contract, conspiracy, inducing breach of contract and unlawful interference in economic relations. The defendants moved to stay the action and refer the matter to arbitration. The plaintiffs opposed the motion on various grounds including: the Ontario action involved parties who were not parties to the arbitration agreement, Swedish law did not

recognize the economic torts claimed in the action and public policy against inconsistent verdicts and multiplicity of proceedings. The stay was granted. Mr. Justice Colin Campbell determined that refusing the stay would violate “the very strong public policy of this jurisdiction that where parties have agreed by contract that they will have the arbitrators decide their claims, instead of resorting to the Courts, the parties should be held to their contract”.

In 1994, the Ontario Court of Appeal added its voice to what was becoming a judicial chorus of lower courts in favour of minimal interference by the courts in commercial arbitration. In *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.*<sup>9</sup> the plaintiff, a Missouri corporation, agreed to manufacture and install a conveyor system for Chrysler Canada in Ontario. The contract contained no arbitration clause. The plaintiff subcontracted the electrical work to the defendant Ontario company under a contract designating Missouri law as the governing law and providing for arbitration in Kansas City under the American Arbitration Association Rules. When a dispute arose under the subcontract, the defendant commenced an action under the *Construction Lien Act*<sup>10</sup> (“CLA”) which conferred lien rights upon the subcontractor. The plaintiff then brought an application under the Ontario *International Commercial Arbitration Act*<sup>11</sup> (the “ICAA”) for a stay of the action. In refusing to grant the stay, the lower court referred to a section in the CLA which rendered void any agreement for the supply of services or materials that attempted to exclude the operation of the CLA and also noted that the CLA specifically recognized domestic arbitrations for CLA claims but made no mention of the ICAA. The Court of Appeal rejected this analysis and the action was stayed. The Court held that the lien rights issue had been resolved by posting a letter of credit with the court. More importantly, the Court held that as a matter of principle, there was no reason to draw any distinction between domestic, international and inter-provincial arbitration:

“Having regard to international comity, and to the strong commitment made by the legislature of this province to the policy of international commercial ar-

bitration through the adoption of the ICAA and the Model Law, it should, in my respectful view, require very clear language indeed to preclude it. No such language appears in the CLA or in any other statute referred to the court. At most, the failure to amend the CLA so that reference is made to the *Arbitration Act, 1991*, and to the ICAA, instead of to the *Arbitrations Act*, may raise some doubt as to what precisely was intended. Having regard to the commitment of the province to the Model Law, that doubt must be resolved in favour of support for the application of the Model Law and not otherwise.”

This ringing endorsement of one of the fundamental principles of party autonomy was followed by a comment on the significant change brought about in the law of Ontario:

“[Refusing the stay] would also fail to give effect to the change in the law of international arbitration which, with the advent of art.8 of the Model Law and the removal of the wide ambit of discretion, gives the Courts a clear direction to defer to the arbitrators even more than under the previous law of international arbitration.”

As cases crept upwards through the appeal process, the Supreme Court of Canada added to the chorus.<sup>12</sup> In *Desputeaux v. Éditions Chouette*,<sup>13</sup> the Court considered a copyright dispute between the creators of the children’s cartoon character Caillou. An arbitrator issued an award recognizing the plaintiff’s reproduction rights under a licensing agreement between the parties. The Québec Court of Appeal annulled the award, in part because the *Copyright Act* (Canada) assigned concurrent jurisdiction over copyright matters to the Federal Court of Canada and the provincial superior courts. The Supreme Court of Canada, in a unanimous decision, overturned the Court of Appeal’s decision and applied a wide interpretation of the arbitrator’s mandate, which covered all questions having a “connection with the question to be disposed of.” The Court held that the terms of the *Copyright Act* were sufficiently gen-





eral to include arbitration proceedings as an acceptable means of dispute resolution and that, in the absence of express language, the legislation did not exclude arbitration as an alternative means of dispute resolution. In doing so, the Court referenced the Ontario Court of Appeal decision in *Bracknell* and concluded that if Parliament had intended to exclude arbitration in copyright matters, it would have clearly done so.<sup>14</sup>

## Legal Counsel Join the Chorus

The Canadian fans of commercial arbitration have grown over the past two decades and so have the arbitral institutions that service them. Within Canada, organizations such as the ADR Institute of Canada, the British Columbia International Commercial Arbitration Centre and private ADR providers such as ADR Chambers have developed effective arbitration rules and offer institutional arbitration services.

Arbitral organizations have also developed in different arbitration centres in Canada. The Arbitration Roundtable of Toronto, the Toronto Commercial Arbitration Society and Western Canada Arbitrators Roundtable have been formed to promote commercial arbitration in Canada.

In the past ten years, Canadian lawyers who draft commercial agreements have been listening to the above judicial chorus and to the many proponents of commercial arbitration in Canada. Increasingly, Canadian commercial parties are selecting arbitration as a preferred method of dispute resolution. In addition, international commercial arbitration parties are recog-

nizing that Canada represents one of the best places in the world to arbitrate commercial disputes. Toronto, Montreal, Calgary and Vancouver are becoming known as more convenient, less expensive and more reliable places to conduct arbitrations than the world's traditional arbitration centres. Opportunities for arbitration practitioners in Canada have increased as a result.

## Consumer Arbitrations: A Path that needs Work

There is one area where the legislators and courts have largely failed to acknowledge the benefits of arbitration over conventional litigation. Many judicial voices have been heard on the issue of whether a dispute, and in particular a consumer dispute, should be heard by an arbitrator when a plaintiff or its counsel would prefer to have the matter heard as a class proceeding. The debate has made its way to several appellate courts across the country including the Supreme Court of Canada in *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*<sup>15</sup> and *Rogers Wireless Inc. v. Muroff*<sup>16</sup>. Provincial legislators have also waded into the debate and, in the end, consumers have not benefited.

Consider, by way of example, the plaintiff in *Griffin v. Dell Canada Inc.*<sup>17</sup> In *Griffin*, the first representative plaintiff leased a Dell Inspiron notebook, primarily for business purposes, through his business, Griffin Leasing, from a leasing company. Before leasing the computer, Griffin looked at various Dell products on Dell's website and agreed to be bound by Dell's terms and conditions of sale which included an arbitration clause requiring that all disputes

be submitted to arbitration. The statement of claim, issued in January 2007, alleged that in 2006 Griffin's computer began to experience overheating problems and eventually failed. The statement of claim also alleged that five models of Dell notebook computers sold in Canada were defective and asked for certification of the claim as a class proceeding. Claims were asserted in negligence, breach of contract, unjust enrichment, waiver of tort and breach of the *Competition Act*.<sup>18</sup>

Dell sold 118,629 of the Inspiron notebook computers at a price of approximately \$2,000 each. The plaintiff sought to certify a national class of purchasers who bought Dell notebook computers between March 2003 and May 2005. In response, Dell sought an order staying the action pursuant to the arbitration clause and the *Arbitration Act, 1991*.<sup>19</sup>

On the certification motion, Madam Justice Lax found that it was "fanciful to think that any claimant could pursue an individual claim in a complex products liability case" and that enforcing Dell's arbitration clause would have the effect of immunizing Dell "from accounting to class members for any wrong it may have caused". The Court refused Dell's request to stay the class action in favour of arbitration, granted a certification order conditional on the plaintiff filing an improved litigation plan, and also gave the plaintiff leave to amend to add a second representative plaintiff. A second representative plaintiff was then added who fell within the definition of "consumer" under the *Consumer Protection Act, 2002* ("CPA") which bans manda-

## Corporate Membership Adhésion corporative

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

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

416-487-4733 • 1-877-475-4353  
[janet@adrcanada.ca](mailto:janet@adrcanada.ca)



tory arbitration clauses in consumer agreements. The second representative purchased his computer before the effective date of the *CPA* but his claim did not arise until after the *CPA*'s effective date, when his computer failed.

A five-member panel of the Court of Appeal concluded unanimously that clauses requiring arbitration and precluding the aggregation of claims have the effect of removing consumer claims from the reach of class actions. "The seller's stated preference for arbitration is often nothing more than a guise to avoid liability for widespread low-value wrongs that cannot be litigated individually but when aggregated form the subject of a viable class proceeding." In dismissing Dell's appeal, the Court also held remarkably that no stay should be granted in relation to the non-consumer claims because of efficiency concerns. It is difficult to reconcile this conclusion on the non-consumer claims with the mandatory stay language in the *Arbitration Act*. Dell's application for leave to appeal to the Supreme Court was dismissed.<sup>21</sup>

Thus, three years after Griffin issued his statement of claim, the action was certified as a class proceeding. Perhaps, in another three or four years, some of the folks who bought Dell notebook computers (between March 2003 and May 2005) might have a judicial determination of whether they are entitled to a remedy. And, by 2013 or 2014, if the plaintiffs succeed or achieve a settlement in their action, how many of the 118,629 purchasers will still have their notebook computers or be around to collect on a judgment or take up a settlement?

In this writer's opinion, most consumer disputes can be dealt with much more efficiently and effectively through arbitration than litigation. It is acknowledged that some arbitration rules can present an unfair deterrent to the prosecution of consumer claims. However, it is time to amend the *CPA* to permit business parties to include in their standard sales terms a set of arbitration rules *that the Act would prescribe* in order to offer consumers a cost-effective and timely method of resolving disputes. The *CPA* could also provide ar-

bitrators with the power to consolidate consumer arbitrations involving common facts. Such procedures would be far more effective *for both sides* than many class proceedings which become bogged down in disputes about which plaintiff's counsel will take the lead in prosecuting the claims and whether the matter is properly a class proceeding (regardless of issues of arbitrability).

## The Path Forward

Canadian lawyers are well advised to read Curt von Kann's article as a cautionary tale. The "worrisome times" in the U.S. have arisen in large part because arbitration practitioners have, over time, reverted to what they know – conventional litigation with its endless appeal rights – while forgetting why commercial parties initially became fans of arbitration in the first place. For example, there has been a tendency in the United States to import into commercial arbitration many of the procedural rules that apply to litigation before the courts which includes wide deposition and discovery rights and considerable interlocutory skirmishing. This is perhaps a natural tendency for legal counsel when they are trained to use court rules of procedure for most of their cases and have come to adopt those rules for arbitrations. However, this tendency negates one of the principle benefits of arbitration over conventional litigation: procedural flexibility. Civil procedure rules are rigid and can provide a recalcitrant litigant with the means to drag out proceedings for many years. Arbitration, in contrast, may be structured by the parties to suit their particular interests, timetables and the nature of their commercial relationship. In short, the parties rather than a set of procedural rules can control the arbitration process.

It is also encouraging that the malaise in relation to the American commercial arbitration system does not appear to be shared by international commercial parties. The 2010 International Arbitration Survey, conducted by Queen Mary University of London and sponsored by White & Case LLP, is one of the largest independent empirical studies ever conducted on corporate

attitudes and practices regarding international arbitration. It is the largest of the three surveys conducted by the University (the first two surveys were published in 2006 and 2008)<sup>22</sup>. The 2010 study found that 68 percent of international corporations have a dispute resolution policy. Whether or not they have a policy, corporations generally take a reasonably flexible approach to negotiating arbitration clauses. They have strong preferences regarding confidentiality and language and reasonably strong preferences regarding governing law and seat. The 2008 study found that international arbitration remains companies' preferred dispute resolution method for cross-border disputes and provides an effective enforcement process. Importantly, 86 percent of participating corporate counsel reported being satisfied with international arbitration although timeliness and costs were mentioned as possible concerns.

Canadian arbitral institutions are trying to respond to concerns about the time and expense of dispute resolution. For example, ADR Chambers has adopted Expedited Arbitration Rules which limit the length of an arbitral hearing to one day or less. Under these Rules, the entire arbitration process is designed to be completed in a couple of months at a fixed rate fee of \$10,000 for the arbitration. The ADR Institute allows parties to elect to use its Simplified Arbitration Procedure which eliminates oral discovery. JAMS, the large American ADR provider now with an office in Toronto, has its Optional Expedited Arbitration Procedures which allows parties to elect a process that limits discovery and e-discovery.

## Conclusion

Commercial arbitration in Canada is not broken and we do not need to head down the slippery slope taken by some of our American colleagues who have chosen to turn arbitration into private conventional litigation. To avoid the U.S. disenchantment with commercial arbitration, the main challenge remains with Canadian lawyers and their clients to ensure that their arbitration clauses and procedures preserve the benefits of commercial arbitration.



Business parties in Canada should avoid the tendency to adopt arbitration rules which simply import rigid civil procedure rules and instead adopt procedures that

take full advantage of the benefits of arbitration over conventional litigation. ❁

Randy A. Pepper is a mediator and arbitrator

with ADR Chambers, a Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators and a barrister in Toronto who acts on a variety of international and domestic mediations and arbitrations.

- 1 See, for example, R. Pepper, "Avoiding the American Malaise in Commercial Arbitration" *Lawyers Weekly*, December 5, 2008 at 7
- 2 *United Nations Treaty Series* (1959), Vol. 330, 38, No. 4739
- 3 B. C. Law Reform Commission, *Report on Arbitration* (1982), LRC 55 at 58
- 4 For a more detailed discussion of this process, see Paterson, R.K. and Thompson, B.J., *UNCITRAL Arbitration Model in Canada* (Vancouver: Carswell, 1987)
- 5 R.S.C. 1985, c.16 (2nd Supp.)
- 6 Adopted by resolution of UNCITRAL in June, 1985 and adopted by the General Assembly on December 11, 1985 as U.N. Resolution No. 40/72.
- 7 Dore, I.I., *The UNCITRAL Framework for Arbitration in Contemporary Perspective*, (London/Boston: Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1993) at 183
- 8 (1988) 41 B.L.R. 295 (Ont. H.C.)
- 9 (1994) 18 O.R. (3d) 257 (C.A.), reversing (1993), 110 D.L.R. (4th) 390
- 10 R.S.O. 1990, c.17
- 11 R.S.O. 1990, c.19

- 12 Perhaps the earliest indication of the Supreme Court's approach to the new legislation was *Burlington Northern Railway Co. v. Canadian National Railway Co.* (1997), 34 B.L.R. (2d) 291 where the Court overturned a confusing decision of the British Columbia Court of Appeal and thereby endorsed the principles of party autonomy underlying the Model Law.
- 13 *Desputeaux v. Éditions Chouette*, [2003] 1 S.C.R. 178.
- 14 *Desputeaux*, *supra* at par. 47.
- 15 2007 SCC 34 (CanLII)
- 16 2007 SCC 35 (CanLII)
- 17 2010 ONCA 29 (CanLII), leave to appeal to the S.C.C. dismissed 2010 CanLII 27725 (SCC)
- 18 R.S.C. 1985, c. C-34, s.52
- 19 S.O. 1991, c. 17, s. 7
- 20 S.O. 2002, c. 30
- 21 2010 CanLII 27725 (SCC)
- 22 All are available at <http://www.arbitrationonline.org/research/2010/index.html>

## L'arbitrage commercial au Canada : un suivi et un regard au sud de la frontière

Randy A. Pepper

C'est avec intérêt et amusement que j'ai lu l'article d'accompagnement de Curt von Kann sur l'historique et l'état de l'arbitrage commercial aux États-Unis et son évaluation de « l'époque passionnante et passablement troublée que traverse l'arbitrage commercial aux États-Unis ». Aux États-Unis, le débat sur le fait de savoir si l'arbitrage commercial est « en difficulté » et si la situation peut être redressée dure depuis bon nombre d'années<sup>1</sup>. Au Canada, nous avons beaucoup moins d'expérience en arbitrage commercial et nous sommes encore en phase de croissance. De nouveaux cabinets dédiés à l'arbitrage poussent comme des champignons et un nombre croissants d'avocats quittent la sécurité et les conflits des grands cabinets pour agir comme arbitres. L'arbitrage commercial est en essor au Canada mais il y a lieu d'examiner l'expérience de nos collègues américains afin de comprendre comment la désillusion à l'égard de l'arbitrage commercial s'est installée aux États-Unis et comment éviter un malaise semblable au Canada.

### Les Canadiens sont des néophytes

Contrairement à leurs homologues américains qui, depuis des décennies, choisissent l'arbitrage afin d'éviter les procès devant jury et les régimes de dommages-intérêts punitifs, les parties commerciales au Canada n'ont adopté que récemment l'arbitrage et ses avantages par rapport au litige classique. Il y a une explication historique de l'enthousiasme tardif des parties commerciales canadiennes et de leurs conseillers juridiques pour l'arbitrage à titre de mode privilégié de règlement de différends.

En 1985, un nombre de législateurs canadiens se rendent compte des possibilités de l'arbitrage commercial international et notent les graves lacunes de la législation en matière d'arbitrage au Canada. Avant

1986, le gouvernement fédéral n'adopte aucune loi en matière d'arbitrage et les lois des provinces de common law se fondent sur la législation britannique en matière d'arbitrage qui remonte à 1889. En outre, le gouvernement fédéral ne croit pas bon d'adhérer à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères des Nations Unies (connu sous le nom de « Convention de New York »)<sup>2</sup> qui est adoptée par la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international en 1958. La Convention de New York assure que les sentences arbitrales sont exécutoires dans plus de 140 pays qui sont signataires de la Convention. En bref, pendant plus de 25 ans, le Parlement du Canada estime

inutile l'adoption d'un code international pour reconnaître et exécuter les sentences arbitrales rendues au Canada et ailleurs. C'est l'expression de l'étonnant manque d'intérêt des parties commerciales canadiennes, des associations corporatives et de leurs conseillers juridiques pour les avantages de l'arbitrage commercial.

À un moment où le terme « globalisation » devient le mot d'ordre de la société moderne, il est remarquable que déjà en 1982, le ministère canadien de la justice déclare que l'adhésion du Canada à la Convention de New York présente peu d'intérêt au milieu canadien des affaires<sup>3</sup>. Le potentiel économique des pays du Pacifique dont les économies sont en expansion, à la portée des entreprises canadiennes, séduit la Co-



lombie-Britannique qui entraîne les législateurs canadiens hors de l'obscurité. En janvier 1985, le procureur général de la Colombie-Britannique crée un groupe de travail pour examiner les possibilités d'améliorer le climat juridique de la Colombie-Britannique afin de le rendre plus propice au règlement de différends commerciaux internationaux. Le groupe de travail de la Colombie-Britannique procède à élaborer une loi provinciale régissant le règlement de différends commerciaux internationaux. Le groupe de travail et d'autres adeptes canadiens de l'arbitrage reconnaissent que le Canada ne sera pas perçu comme un lieu propice au règlement de différends internationaux tant que le Canada n'aura pas adhéré à la Convention de New York. L'adhésion du Canada est compliquée par un problème constitutionnel étant donné que l'objet de la Convention relève principalement de la compétence des provinces<sup>4</sup>. En 1986, l'engagement des provinces de mettre en œuvre une loi uniforme sur les sentences arbitrales étrangères adoptée par la Conférence sur l'harmonisation des lois du Canada en août 1985 est la solution à ce problème. En mai 1986, le Canada adhère à la Convention de New York et le gouvernement fédéral adopte alors la Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères<sup>5</sup> ce qui intègre la Convention au droit canadien. Les provinces font de même et chacune adopte une loi intégrant la Convention de New York au droit provincial.

Entre-temps, en juin 1985, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (« CNUDCI ») adopte la Loi type sur l'arbitrage commercial international<sup>6</sup>. Cette loi type est alors adoptée par le gouvernement fédéral et les provinces à titre de loi qui régit tout arbitrage

international ayant lieu au sein de leurs juridictions respectives. L'Ontario la première, les provinces examinent alors leurs propres lois sur l'arbitrage afin de les rendre conformes à l'approche moderne de la Loi type.

Le Canada devient le premier pays à adopter une législation fondée sur la Loi type de la CNUDCI. La mise en œuvre ferme et systématique du système de la CNUDCI partout au Canada est décrite par un observateur américain comme « un phare pour les États-Unis et le reste du monde<sup>7</sup> » [traduction].

Un phare pour les législateurs peut-être, mais les conseillers juridiques au Canada conservent les partis pris juridiques historiques antérieurs à la nouvelle législation. Traditionnellement, les tribunaux au Canada protègent leur juridiction et certains tribunaux et avocats sont carrément hostiles à l'arbitrage.

### Les tribunaux se rallient

Les attitudes des conseillers juridiques changent grâce à des juges perspicaces au Canada qui reconnaissent que la nouvelle législation représente un changement remarquable de politique. Quelques-unes des premières décisions rendues en vertu de la nouvelle législation sont hardies et visionnaires. Par exemple, dans *Boart Sweden c. NYA Strommes*<sup>8</sup>, la Cour suprême de l'Ontario étudie la résiliation abusive alléguée par une partie suédoise d'une entente de distribution avec des sociétés suédoises et canadiennes. L'entente pertinente indique l'arbitrage en Suède bien que certaines demandes des demandeurs sont clairement hors de la portée de la convention d'arbitrage. Les demandeurs intentent un recours en Ontario alléguant *inter alia*, rupture de contrat, complot, incitation à rompre un contrat et intervention illicite

dans les relations économiques. Les défenseurs demandent de surseoir à l'action et de référer le dossier à l'arbitrage. Les demandeurs contestent cette demande en se fondant sur plusieurs motifs, notamment que l'action en Ontario concerne des parties qui ne sont pas parties à la convention d'arbitrage, que le droit suédois ne reconnaît pas les délits économiques allégués dans l'action, et que les verdicts incompatibles et la multiplicité des recours sont à l'encontre de l'ordre public. Le sursis est accordé. Le juge Colin Campbell détermine que le refus d'accorder le sursis violerait « le principe d'ordre public bien établi par notre juridiction à savoir que lorsque les parties ont convenu que des arbitres décideront de leurs différends, au lieu de recourir aux tribunaux les parties doivent respecter leur contrat » [traduction].

En 1994, la Cour d'appel de l'Ontario joint sa voix à ce qui devient un véritable chœur judiciaire de tribunaux inférieurs en faveur de l'ingérence minimale des tribunaux dans l'arbitrage commercial. Dans *Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corp.*<sup>9</sup>, la demanderesse, une société du Missouri, convient de fabriquer et d'installer une chaîne de montage pour Chrysler Canada en Ontario. Le contrat ne contient aucune clause d'arbitrage. La demanderesse sous-traite les travaux en électricité auprès de la société défenderesse de l'Ontario. Le contrat de sous-traitance stipule que les lois du Missouri régissent le contrat et contient une clause d'arbitrage à Kansas City selon les *American Arbitration Association Rules*. Lorsqu'un différend lié au sous-contrat survient, la défenderesse tente une poursuite en vertu de la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction<sup>10</sup> qui confère au sous-traitant le droit à un privilège. La demanderesse présente alors une demande de sursis à l'action en vertu de la Loi sur l'arbitrage commercial international de l'Ontario<sup>11</sup>. En refusant d'accorder le sursis, le tribunal inférieur s'appuie sur un article de la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction qui interdit toute entente de fourniture de services ou de matériaux qui tente d'exclure l'application de ladite loi et note également que ladite

## Règles nationales d'arbitrage et Règles nationales de médiation

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



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

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



loi reconnaît spécifiquement l'arbitrage intérieur à l'égard de demandes fondées sur ladite loi mais ne fait aucune mention de la Loi sur l'arbitrage commercial international. La Cour d'appel rejette cette analyse et ordonne le sursis à l'action. La Cour décide que la question liée au droit au privilège est réglée par le dépôt d'une lettre de crédit au greffe de la Cour. De façon plus importante, la Cour décide que, par principe, il n'y a aucune raison d'établir une distinction entre l'arbitrage interne, international et interprovincial :

« En tenant compte de la courtoisie internationale et de l'engagement ferme de la législature de cette province à l'égard de la politique en matière d'arbitrage commercial international que démontre l'adoption de la Loi sur l'arbitrage commercial international et de la Loi type, à mon humble avis, un langage très clair est requis pour l'exclure. Une telle disposition n'existe pas dans la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction ni dans tout autre loi mentionnée par le tribunal. Au mieux, l'absence d'amendement à la Loi sur le privilège pour y indiquer la Loi de 1991 sur l'arbitrage et la Loi sur l'arbitrage commercial international, au lieu de la Loi sur l'arbitrage, peut soulever un doute quant à la volonté précise du législateur. En tenant compte de l'engagement de la province à l'égard de la Loi type, ce doute doit être résolu en faveur de l'appui à l'application de la Loi type et non autrement. »  
[Traduction]

Cet appui sans réserve de l'un des principes fondamentaux de l'autonomie des parties est suivi d'un commentaire sur le changement important apporté au droit en Ontario :

« En outre, le refus d'accorder le sursis ne donnerait pas effet au changement à la Loi sur l'arbitrage international qui, compte tenu de l'introduction de l'article 8 de la Loi type et de la suppression de la large portée du pouvoir discrétionnaire, donne une

directive plus claire aux tribunaux d'ordonner le renvoi des parties à l'arbitrage qu'en vertu de la loi précédente sur l'arbitrage international ».

[Traduction]

Au fur et à mesure que les dossiers gravissent les échelons du processus d'appel, la Cour suprême du Canada confirme le mouvement<sup>12</sup>. Dans *Desputeaux c. Éditions Chouette*<sup>13</sup>, la Cour examine un différend en matière de droit d'auteur entre les créateurs du personnage Caillou. Un arbitre rend une sentence qui reconnaît les droits de reproduction du demandeur en vertu d'un contrat de licence intervenu entre les parties. La Cour d'appel du Québec annule la sentence en partie au motif que la Loi sur le droit d'auteur du Canada stipule que la Cour fédérale, concurrentement avec les tribunaux provinciaux, connaît de toute procédure liée à l'application de la loi. Dans un arrêt unanime, la Cour suprême du Canada infirme la décision de la Cour d'appel et donne une interprétation large au mandat de l'arbitre, qui comprend les questions qui entretiennent un « lien de connexité de la question tranchée par les arbitres avec le litige qui leur est soumis ». La Cour indique que les dispositions de la Loi sur le droit d'auteur demeurent suffisamment générales pour inclure les procédures arbitrales créées par une loi provinciale dans les modes de règlement de différends et qu'en l'absence d'un libellé clair, le législateur n'a pas exclu l'arbitrage des modes alternatifs de règlement de différends. Ce faisant, la Cour cite la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Bracknell* et tire la conclusion que si le législateur fédéral avait voulu exclure l'arbitrage en matière de droit d'auteur, il l'aurait fait clairement<sup>14</sup>.

### Les conseillers juridiques se joignent au mouvement

Le nombre d'adeptes canadiens de l'arbitrage commercial augmente au cours des deux dernières décennies ainsi que le nombre d'organismes d'arbitrage qui leur offrent des services. Au Canada, des organismes comme l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada, le British Columbia International Commercial Arbitration Centre et les fournisseurs de services de PRD du secteur privé, dont

ADR Chambers, élaborent des règles d'arbitrage efficaces et offrent des services d'arbitrage institutionnels.

En outre, des associations d'arbitrage naissent dans différents centres d'arbitrage au Canada. L'Arbitration Roundtable of Toronto, la Toronto Commercial Arbitration Society et la Western Canada Arbitrators Roundtable sont constituées afin d'encourager l'arbitrage commercial au Canada.

Depuis les dix dernières années, les avocats canadiens qui rédigent les ententes commerciales sont à l'écoute des tribunaux ci-haut mentionnés et des nombreux adeptes de l'arbitrage commercial au Canada. De plus en plus, les parties commerciales canadiennes choisissent l'arbitrage comme un mode privilégié de règlement de différends. En outre, les parties à l'arbitrage commercial international reconnaissent que le Canada représente un des meilleurs endroits au monde pour tenir un arbitrage commercial. Toronto, Montréal, Calgary et Vancouver acquièrent la réputation d'être des endroits plus pratiques, moins chers et plus fiables pour mener des arbitrages que les centres d'arbitrage classiques. En conséquence, les perspectives d'affaires pour les professionnels en arbitrage augmentent.

### L'arbitrage en matière de consommation : une piste à travailler

Il y a un domaine auquel les législateurs et les tribunaux ne reconnaissent pas les avantages de l'arbitrage par rapport au litige classique. Bon nombre de voix judiciaires se sont exprimées sur la question à savoir si un différend, et en particulier un différend avec des consommateurs, doit être entendu par un arbitre alors que la partie demanderesse ou son avocat préfère que la cause soit entendue dans le cadre d'un recours collectif. Le débat s'est introduit devant plusieurs tribunaux d'appel, dont la Cour suprême du Canada dans *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*<sup>15</sup> et *Rogers Wireless Inc. c. Muroff*<sup>16</sup>. En outre, les législateurs provinciaux se sont joints au débat et, en bout de compte, les consommateurs n'en tirent aucun profit.

Examinez, à titre d'exemple, la partie de-



manderesse dans *Griffin c. Dell Canada Inc.*<sup>17</sup> Dans *Griffin*, la partie demanderesse représentant le groupe loue un ordinateur bloc-notes Inspiron de Dell, à des fins principalement commerciales, par l'entremise de sa société Griffin Leasing auprès d'une société de location. Avant de louer l'ordinateur, Griffin étudie divers produits Dell sur le site Web de Dell et accepte d'être lié par les modalités de vente dont une clause d'arbitrage qui exige que tous les différends soient soumis à l'arbitrage. La déclaration, déposée en janvier 2007, allègue qu'en 2006, l'ordinateur de Griffin a des problèmes de surchauffe et tombe finalement en panne. La déclaration allègue en outre que les cinq modèles d'ordinateur portatif de Dell vendus au Canada étaient défectueux et demande que le tribunal autorise le recours collectif. La déclaration repose sur des allégations de négligence, de bris de contrat, d'enrichissement sans cause, de renonciation de délit civil et de violation de la Loi sur la concurrence<sup>18</sup>.

Dell a vendu 118 629 ordinateurs bloc-notes Inspiron à un prix d'environ 2 000 \$ chacun. La partie demanderesse demande que le tribunal autorise un groupe national d'acheteurs qui ont acheté des ordinateurs bloc-notes Dell entre mars 2003 et mai 2005. En réponse, Dell demande une ordonnance de sursis à l'action en vertu de la clause d'arbitrage et de la Loi de 1991 sur l'arbitrage<sup>19</sup>.

Statuant sur la demande en autorisation, madame la juge Lax indique qu'il est « illusoire de penser qu'un demandeur puisse exercer un recours individuel dans un dossier complexe de responsabilité de produits » [traduction] et que l'application de la clause d'arbitrage de Dell aurait le résultat de mettre Dell à l'abri « de rendre compte auprès des membres du groupe de

tout préjudice qu'elle peut avoir causé ». Le tribunal rejette la demande de Dell de surseoir au recours collectif en faveur de l'arbitrage, accorde l'ordonnance de certification à la condition que la partie demanderesse dépose un meilleur plan du litige, et accorde en outre à la partie demanderesse la permission d'amender afin d'ajouter un deuxième représentant des demandeurs. Il est ajouté un deuxième représentant des demandeurs qui répond aux exigences de la définition de « consommateur » de la Loi de 2002 sur la protection du consommateur<sup>20</sup> (« LPC ») qui interdit les clauses d'arbitrage obligatoire dans les contrats de consommation. Le deuxième représentant a acheté son ordinateur avant la date d'entrée en vigueur de la LPC mais sa réclamation est née après la date d'entrée en vigueur de la LPC, lorsque son ordinateur est tombé en panne.

La Cour d'appel, constituée de cinq juges, décide à l'unanimité que les clauses qui obligent le recours à l'arbitrage et empêchent la réunion d'actions ont le résultat d'exclure les demandes de consommateurs de la portée des recours collectifs. « La préférence indiquée du vendeur pour l'arbitrage n'est souvent rien de plus qu'un prétexte pour éviter la responsabilité à l'égard de dommages généralisés de peu de valeur dont les poursuites ne peuvent être intentées individuellement mais dont l'ensemble donne lieu à un recours collectif viable » [traduction]. Lors du rejet de l'appel de Dell, la Cour décide en outre de façon étonnante que par souci d'efficacité, aucun sursis ne doit être accordé aux demandes non liées à la consommation. Il est difficile de réconcilier cette conclusion sur les demandes qui ne sont pas liées à la consommation et les dispositions sur le sursis obligatoire de la Loi sur l'arbitrage. La demande de permission

d'en appeler à la Cour suprême du Canada de Dell est rejetée<sup>21</sup>.

Par conséquent, trois années après que Griffin ait déposé sa déclaration, l'action est certifiée à titre de recours collectif. Dans trois ou quatre autres années, peut-être, certaines des personnes qui ont acheté des ordinateurs bloc-notes de Dell, entre mars 2003 et mai 2005, obtiendront une décision judiciaire sur leur droit ou non à un dédommagement. En outre, en 2013 ou en 2014, si les demandeurs réussissent ou règlent leur poursuite, quel sera le nombre d'acheteurs parmi les 118 629 qui auront toujours leurs ordinateurs bloc-notes ou qui seront là pour percevoir le jugement ou participer au règlement ?

Selon le soussigné, l'arbitrage est une façon de traiter la grande partie des différends en matière de consommation beaucoup plus efficace et efficiente que ne l'est le litige classique. Il est reconnu que certaines règles d'arbitrage peuvent constituer des moyens de dissuasion inéquitables à la poursuite de réclamations de consommateurs. Toutefois, le moment est venu d'amender la LPC pour permettre aux parties commerciales d'inclure dans leurs modalités générales de vente un ensemble de règles d'arbitrage que la Loi établira afin d'offrir aux consommateurs un mode de règlement de différends efficient et rapide. La LPC pourrait en outre donner aux arbitres l'autorité de regrouper des arbitrages de consommation qui reposent sur des faits communs. De telles procédures seraient beaucoup plus efficaces pour les deux parties que bon nombre de recours collectifs qui s'enlisent dans des différends quant à savoir l'avocat de quelle partie demanderesse dirigera les procédures en demande et si la question constitue à juste titre un recours collectif (nonobstant les questions d'arbitrabilité).

**Advertise  
Affichez votre  
publicité**

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

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

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

416-487-4733 • 877-475-4353



## La voie à suivre

Il est fortement recommandé aux avocats canadiens de lire l'article de Curt von Kann qui nous incite à la prudence. Les « temps d'incertitudes et d'interrogations » aux États-Unis se sont installés en grande partie en raison des professionnels en arbitrage qui, au fil du temps, sont revenus à leurs vieilles habitudes – le litige classique dont les droits d'appel sans fin – et qui ont oublié pourquoi les parties commerciales sont devenues des adeptes de l'arbitrage en premier lieu. Par exemple, il y a une tendance aux États-Unis à introduire en arbitrage commercial bon nombre des règles de procédures qui s'appliquent aux litiges devant les tribunaux de droit commun, ce qui comprend d'importants recours à des mesures préliminaires comme l'interrogatoire au préalable et de nombreuses escarmouches interlocutoires. Il est peut-être naturel que les avocats, eu égard à leur formation et à l'exercice du droit qui les obligent à utiliser les règles de procédure judiciaires dans la plupart de leurs dossiers, adoptent ces règles en arbitrage. Toutefois, cette tendance annule l'un des principaux avantages de l'arbitrage par rapport au litige classique, à savoir la souplesse procédurale. Les règles de procédure civile sont rigides et peuvent fournir à une partie récalcitrante les moyens d'étirer les procédures pendant de nombreuses années. L'arbitrage, en revanche, peut être structuré par les parties de façon à convenir à leurs intérêts particuliers, leurs calendriers et la nature de leur relation commerciale. En bref, les parties, et non un ensemble de règles de procédure, contrôlent le processus d'arbitrage.

En outre, il est encourageant de constater que le malaise à l'égard du système d'arbitrage commercial américain ne semble pas être partagé par les parties commer-

ciales internationales. L'enquête de 2010 sur l'arbitrage international (*2010 International Arbitration Survey*), menée par la Queen Mary University of London et sous l'égide de White & Case LLP, est une des plus vastes études empiriques menées sur l'attitude et les pratiques des entreprises à l'égard de l'arbitrage international. C'est la plus importante de trois enquêtes menées par l'Université (les deux premières ont été publiées en 2006 et 2008)<sup>22</sup>. L'étude de 2010 constate que 68 % des entreprises internationales ont une politique en matière de règlement de différends. Qu'elles aient ou non une politique, les entreprises adoptent en général une approche raisonnablement flexible à la négociation de clauses d'arbitrage. Elles ont des préférences marquées en matière de confidentialité et de langue et des préférences raisonnablement marquées en matière de droit applicable et de lieu. L'étude de 2008 constate que l'arbitrage international demeure le mode de règlement de différends préféré des sociétés en matière de différends transfrontaliers et fournit un processus d'exécution efficace. Qui plus est, 86 % des conseillers juridiques d'entreprise indiquent qu'ils sont satisfaits de l'arbitrage international bien que les délais et les coûts soient mentionnés à titre de préoccupations possibles.

Les institutions d'arbitrage canadiennes tentent de répondre aux préoccupations en matière de délais et de coûts liés au règlement de différends. Par exemple, ADR Chambers a adopté un Règlement d'arbitrage accéléré qui limite la durée de l'audience arbitrale à au plus un jour. En vertu de ce Règlement, tout le processus d'arbitrage est conçu afin d'être mené à terme dans un délai de quelques mois à

honoraires à taux fixe de 10 000 \$ l'arbitrage. L'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada permet aux parties de choisir une procédure d'arbitrage simplifiée qui élimine les interrogatoires préalables. JAMS, l'important fournisseur américain de services de PRD qui a maintenant des bureaux à Toronto, offre des procédures d'arbitrage accélérées facultatives qui permettent aux parties de choisir un processus qui limite les interrogatoires préalables et la communication de documents de façon classique et électronique.

## Conclusion

L'arbitrage commercial au Canada n'est pas mal en point et nous ne sommes pas tenus de suivre l'exemple de certains de nos collègues américains qui ont choisi de rendre l'arbitrage une forme privée de litige classique. Afin d'éviter la désillusion des américains à l'égard de l'arbitrage commercial, les avocats canadiens et leurs clients doivent relever le défi d'assurer que leurs clauses et leurs procédures d'arbitrage traduisent bien les avantages de l'arbitrage commercial.

Les parties commerciales au Canada doivent éviter la tendance d'adopter des règles d'arbitrage qui ne font que copier des règles de procédure civile rigides et, au contraire, adopter des procédures qui tirent entièrement profit des avantages de l'arbitrage par rapport au litige classique. ❁

*Randy A. Pepper est médiateur et arbitre membre d'ADR Chambers, Fellow du Chartered Institute of Arbitrators et avocat à Toronto, il agit dans divers arbitrages canadiens et internationaux et dans des médiations de même nature.*

1 Par exemple, voir R. Pepper, « *Avoiding the American Malaise in Commercial Arbitration* » *Lawyers Weekly*, le 5 décembre 2008 p. 7

2 *Recueil des traités des Nations Unies* (1959), Vol. 330, 38, No. 4739

3 B. C. Law Reform Commission, *Report on Arbitration* (1982), LRC 55 p. 58

4 Pour une analyse plus approfondie de ce processus, voir Paterson, R.K. et Thompson, B.J., *UNCITRAL Arbitration Model in Canada* (Vancouver : Carswell, 1987)

5 L.R.C. (1985) ch. 16 (2<sup>e</sup> suppl.)

6 Adoptée par résolution de la CNUDCI en juin 1985 et adoptée par l'Assemblée générale le 11 décembre 1985 comme la résolution des Nations Unies No. 40/72.

7 Dore, I.I., *The UNCITRAL Framework for Arbitration in Contemporary Perspective*, (London/Boston : Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1993) p. 183

8 (1988) 41 B.L.R. 295 (C.S. Ont.)

9 (1994) 18 O.R. (3<sup>e</sup> éd) 257 (C.A.), infirmant (1993), 110 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 390

10 L.R.O. 1990, ch. 17

11 L.R.O. 1990, ch. 19

12 Une des premières indications de l'approche de la Cour suprême à la nouvelle législation

se trouve peut-être dans *Burlington Northern Railway Co. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (1997), 1 R.C.S. (21 janvier 1997) où la Cour infirme une décision confuse de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et, de ce fait, appuie le principe de l'autonomie des parties qui sous-tend la Loi type.

13 *Desputeaux c. Éditions Chowette*, [2003] 1R.C.S. 178.

14 *Desputeaux*, supra au paragraphe 47.

15 2007 R.C.S. 34 (CanLII)

16 2007 R.C.S. 35 (CanLII)

17 2010 ONCA 29 (CanLII), demande de permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada rejetée 2010 CanLII 27725 (R.C.S.)

18 R.S.C. 1985, c. C-34, art.52

19 L.O. 1991, chapitre. 17, art. 7

20 L.O. 2002, chapitre 30

21 2010 CanLII 27725 (R.C.S.)

22 Les trois sont disponibles au <http://www.arbitrationonline.org/research/2010/index.html>



## Benefits of Membership

In addition to the many practical benefits of membership relating to education, networking, advertising and accreditation opportunities, members are part of an organization that will take them into the future. Some of the benefits of membership are outlined below:

### Designations:

A member in good standing can apply for accreditation as a Chartered Mediator, Chartered Arbitrator or Qualified Mediator. These designations are recognized nationally and internationally and signify to the public, and to those referring clients, that an ADR practitioner has achieved a particular level of skill and experience. Individuals who hold these designations therefore enjoy a competitive advantage. Professionals who have earned these designations stand above the crowd.

The letters behind a professional's name mean something. That's why we work towards them and that's why members of the public gravitate to them. A professional designation is your way of differentiating yourself and conveying your level of achievement to prospective users of your services.

Users of ADR services, or lawyers and other professionals referring clients, feel confident selecting ADR professionals with designations granted by ADR Canada. In making their selections, users are choosing individuals whose performance has been reviewed and assessed by a committee of senior and respected practitioners who have verified that the professional is working at a particular level.

Highly experienced members can apply for the Chartered Mediator, (C.Med.) or Chartered Arbitrator, (C. Arb.) designations. These high level, senior designations are known and respected across Canada and internationally. This is the most senior designation offered by the Institute.

Members with extensive training and some practice experience can apply for the "Qualified Mediator", designation that indicates they have been judged to be practicing at an intermediate level.

*For more information on these designations*  
[www.adrcanada.ca/resources/designation.cfm](http://www.adrcanada.ca/resources/designation.cfm)

### Practice standards and a regulatory framework:

Users of ADR services are warned to steer clear of unaffiliated professionals so membership in the ADR Institute, the largest and most respected organization of ADR professionals in Canada, is a competitive advantage that sets you apart from ADR practitioners who are not associated with a strong organization.

In addition, Institute members are held accountable to practice standards that include a Mediator's Code of Conduct and a National Code of Ethics. Practitioners not associated with any organization are accountable to no one, making them a more risky choice for ADR users.

Complaints about members who breach the standards set out in these documents can be brought to the attention of the Board of Directors of the affiliate or national for investigation and potential discipline as per the procedure set out in Regulations issued under the By-laws of the ADR Institute of Canada, or by disciplinary processes set by the province. There is, therefore, an avenue of redress for users of ADR services who feel the service they have received breaches ADRI's practice standards.

In effect, the Institute provides an infrastructure that allows ADR practitioners to be self-regulating professionals.

### Canada's largest association of ADR professionals:

Listing on our national database, ADR Connect, is now free with the cost of membership - and there is no better way of getting your name in front of thousands of potential users - nationally and internationally. You can list your areas of expertise, your designations, biographical details or add your resume and calendar to your listing. Users can search by name, geographic area, practice area and language. This web site provides our members with invaluable national and international advertising opportunities.

### Preferred liability insurance coverage:

ADR Institute of Canada has negotiated a competitive professional liability insurance rate for our members with Encon Group Inc. through Marsh Canada. *For rates, applications and further information* [www.adrcanada.ca/resources/insurance.cfm](http://www.adrcanada.ca/resources/insurance.cfm)

### Canadian Arbitration and Mediation JOURNAL:

With a cross-Canada editorial Board of some of the foremost mediators and arbitrators in Canada, the Canadian Arbitration and Mediation JOURNAL provides insights and information on issues of central concern to ADR professionals from all provinces. To write for the JOURNAL contact Mary Anne Harnick, Executive Director.

### The annual national conference:

Each year, ADR Canada brings together leading professionals from across the country to discuss the ADR issues of immediate and long-term relevance to members and friends of the Institute. The conference is an invaluable networking and learning opportunity that is available to members at a reduced rate.





# ADR Institute of Canada Fellows

## Past Presidents/ Anciens présidents

1974-1975 **L. J. McGowan**  
1975-1976 **J. T. Fisher**  
1977-1979 **W. E. Hickey**  
1979-1981 **P. B. Walters**  
1981-1981 **B. V. Orsini**  
1981-1984 **Joseph W. Myers**  
1984-1985 **W. John C. Stikeman**  
1985-1986 **Norman A. Richards**  
1986-1988 **William G. Geddes**  
1988-1990 **C. H. Laberge**  
1990-1991 **D. C. Andrews**  
1991-1994 **H. J. Wilkinson**  
1994-1995 **Joanne H. Goss**  
1995-1997 **Roman Evancic**  
1997-1999 **Gervin L. Greasley**  
1999-2000 **Heather A. de Berdt Romilly**  
2000-2001 **Allan Stitt**  
2001-2002 **Kent Woodruff**  
2002-2004 **Barry C. Effler**  
2004-2007 **P. David McCutcheon**  
2007-2009 **Donald E. Short**  
2009-2012 **R.J. (Randy) Bundus**

## Fellows/ Distingués

**Archie M. Doyle**, BSc (EE), MEIC, PEng.  
**Basil V. Orsini**, CMP, CIE, MCIQS, FCI Arb  
**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**, FCI Arb., 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. Hickey**, 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**, FCI Arb, FCII, FHC.  
**D.M. Batten**, FCI Arb., FIIC.  
**David L. Campbell**, BSc, PEng.  
**Douglas V. Gonder**  
**Francois Beauregard**  
**Frank A. Wright**, LLB, FCI Arb, 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. Hickey**, LLD, FEIC, PEng.





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

---

### National Office / Bureau national

ADR Institute of Canada, Inc.  
L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc.  
Suite 405, 234 Eglinton Avenue East  
Toronto, ON M4P 1K5  
Toll-free: 1-877-475-4353  
Tel: 416-487-4733  
Fax: 416-487-4429  
Email: [admin@adrcanada.ca](mailto:admin@adrcanada.ca)  
Internet: [www.adrcanada.ca](http://www.adrcanada.ca)

---

### Affiliates / Affiliées

**BRITISH COLUMBIA**  
British Columbia Arbitration  
and Mediation Institute  
510 - 700 West Pender St.  
Vancouver, BC V6C 1G8  
Toll-free: 1-877-332-2264 (in BC)  
Tel: 604-736-6614  
Fax: 604-736-6611  
Email: [info@bcami.com](mailto:info@bcami.com)  
Internet: [www.bcami.com](http://www.bcami.com)

**ALBERTA**  
ADR Institute of Alberta  
Lethbridge Building, Suite 605  
10707 - 100 Avenue  
Edmonton, AB T5J 3M1  
Toll-free: 1-800-232-7214  
Tel: 780-433-4881  
Fax: 780-433-9024  
Email: [info@aams.ab.ca](mailto:info@aams.ab.ca)  
Internet: [www.aams.ab.ca](http://www.aams.ab.ca)

**SASKATCHEWAN**  
ADR Institute of Saskatchewan Inc.  
Box 22015, RPO Wildwood  
Saskatoon SK S7H 5P1  
Toll-free: 1-866-596-7275  
Fax: 1-855-487-4429  
email: [info@ardsaskatchewan.ca](mailto:info@ardsaskatchewan.ca)  
internet: [www.ardsaskatchewan.ca](http://www.ardsaskatchewan.ca)

**MANITOBA**  
Arbitration and Mediation  
Institute of Manitoba Inc.  
P.O. Box 436, RPO Corydon  
Winnipeg, MB R3M 3V3  
Tel: 1-855-529-8666  
Fax: 1-855-487-4429  
Email: [info@amim.ca](mailto:info@amim.ca)  
Internet: [www.amim.ca](http://www.amim.ca)

**ONTARIO**  
ADR Institute of Ontario, Inc.  
Suite 405, 234 Eglinton Avenue East  
Toronto, ON M4P 1K5  
Tel: 416-487-4447  
Fax: 416-487-4429  
Email: [admin@adrontario.ca](mailto:admin@adrontario.ca)  
Internet: [www.adrontario.ca](http://www.adrontario.ca)

**QUÉBEC**  
Institut de médiation et  
d'arbitrage du Québec  
C.P. 874, Succursale B  
Montréal, PQ H3B 3K5  
Tél: 514-282-3327  
Télééc. 514-282-2214  
Email: [info@imag.org](mailto:info@imag.org)  
Internet: [www.imaq.org](http://www.imaq.org)

**ATLANTIC PROVINCES**  
ADR Atlantic Institute  
Box 123  
Halifax CRO, NS B3J 2M4  
Fax: 902-435-3084  
Email: [admin@adratlantic.ca](mailto:admin@adratlantic.ca)  
Internet: [www.adratlantic.ca](http://www.adratlantic.ca)