



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

Fall/Winter 2013 - Automne/Hiver 2013

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

INSIDE  
this issue

DANS  
ce numéro

Message from the President .....	3
Message du président .....	4
Class Action vs. Arbitration: ..... A Cross-Jurisdictional Overview of Consumer Protection Legislation in Canada	5
Recours collectif et arbitrage : ..... un survol de la législation provinciale et territoriale en matière de protection des consommateurs au Canada	7
Where Dispute Resolution Boards Do Not Work .....	10
Lorsque les Comités de règlement de différends ne sont pas efficaces ....	17
Payment of Arbitration Fees and Costs .....	25
Païement des honoraires et des frais d'arbitrage .....	33

## Save the date for ADRIC 2014

*ADR Canada's Annual General Meeting  
and Annual National Conference*

**October 23 & 24, 2014**

*Montreal, Canada!*

## Réservez la date pour IAMC 2014

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

**les 23 et 24 octobre 2014**

*Montréal, Canada!*



National / national :  
Jeffrey Smith, CPA, CA•IFA, CIP

### 2013 Winners of the Lionel J. McGowan Awards of Excellence Lauréats du prix d'excellence Lionel J. McGowan 2013

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 2013 des Prix d'excellence Lionel J. McGowan. Ces prix reconnaissent la contribution exceptionnelle aux modes de PRD en tant que profession au niveau régional ou national.



Regional / régional :  
Barbara Benoliel, Ph.d.

# 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

requis, conformément aux normes de l'Institut peuvent se demander de la reconnaissance comme un Médiateur Certifié ou Arbitre Certifié.

En 2002, L'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada a lancé des nouvelles règles nationales pour le PRD administré. Ces nouvelles règles fournissent aux parties d'une différence avec une tierce partie 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 become a Corporate Member, please call Janet:

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

- Alberta Energy Regulator
- Alberta Environmental Appeals Board
- Apache Canada Ltd.
- Borden Ladner Gervais LLP
- Burnet Duckworth & Palmer LLP
- Canadian Institute for Conflict Resolution
- Canada Safeway Limited
- Canadian Sport Institute Pacific
- Cox & Palmer
- Davis LLP
- Dentons
- Gowling Lafleur Henderson LLP
- Imperial Oil Limited

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





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

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

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

Vol. 22, No. 2  
Fall/Winter 2013  
Automne/Hiver 2013

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

Toll Free/Sans frais: 1-877-475-4353  
Fax/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

Accountant / IT Specialist  
Comptable / spécialiste des TI  
Morgan Horst

Administrative Assistant /  
Adjointe administrative  
Brenda Lesperance

Layout / Mise en page  
Whizard Graphics

Canadian Arbitration and Mediation Journal  
(ISSN 1192-537X) is published twice a year  
by the ADR Institute of Canada, Inc. © 2013,  
All rights reserved. Reproduction or trans-  
mittal, in whole or in part, in any form or by  
any means, or its storage in a retrieval sys-  
tem, without prior permission of the copy-  
right owner in writing, is forbidden.

Le Journal canadien d'arbitrage et de  
médiation (ISSN 1192-537X) est publié deux  
fois par année par l'Institut d'arbitrage et de  
médiation du Canada inc. c2013. Tous droits  
réservés. Sa reproduction ou sa transmission,  
en tout ou en partie, sous quelque forme  
ou par quelque moyen, ou son stockage  
dans un système d'extraction, sans  
l'autorisation préalable du propriétaire des  
droits d'auteur, sont interdits.

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

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



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



# Message from the President

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

As the year comes to a close, we end on a high note: This year's national conference, ADRIC 2013, surpassed all expectations!

Retired Supreme Court of Canada Justice Ian Binnie delivered the 2013 national conference's keynote address, and the Honourable Bob Rae was the conference luncheon speaker. Both delivered messages that were thought-provoking and inspiring for ADR practitioners everywhere in Canada, and these presentations certainly set the standard and the tone for the five concurrent streams that followed.

The breadth and diversity of session subjects at ADRIC 2013 were noteworthy indeed, covering everything from *Family Med-Arb* and *Screening for Domestic Violence to Complex, Bet-the-Farm Arbitrations*; to *Online Dispute Resolution* and *Workplace Interventions*. ADRIC delegates from across Canada were also impressed with sessions on *Transformational Communication Intervention Strategies for High Conflict Behaviour*; *the Application of ADR to Indigenous based Disputes*; *Elder Mediation*; *Using Circles Process to Mediate Separation, Divorce and Parenting Plans*; and *Mediating Workplace Disputes*, to name a few more.

Like Macy's Santa Claus parade, the day after the conference work began on ADRIC 2014, now tentatively scheduled for **October 23-24, 2014** in beautiful **Montreal**.

## Recorded Sessions from ADRIC 2013

We are delighted to announce that the Binnie

and Rae presentations will be available shortly to all ADRIC members at no charge. Eight (8) other ADRIC 2013 sessions are also available for purchase online. These high quality recordings are "the next best thing to being there" and we encourage ADRIC members to go to [www.adrcanada.ca](http://www.adrcanada.ca) for more information.

## Training Courses

We will be rolling out ADRIC's **Gold Standard** Mediation and Arbitration Courses in 2014. More on this in 2014.

## Welcome to our New Manitoba Regional Affiliate!

Last but not least, we are delighted to welcome the ADR Institute of Manitoba ("ADRIM"). With the addition of our new Manitoba affiliate and its all-new Board of Directors, we now have a strong service-oriented presence for ADRIC members in Manitoba.

## Best Wishes from the ADRIC Board

The Board of ADRIC looks forward to 2014 with enthusiasm to new opportunities to work together as we continue to build and strengthen a vibrant Canadian ADR community from coast to coast. On behalf of your national Board and staff, I wish you and yours a happy, healthy and safe holiday season! See you in 2014! ❁

*Jim Musgrave*

Jim Musgrave, Q.C., C.Med

# ADR Connect:

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



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



# Message du président

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

Alors que l'année tire à sa fin, nous terminons sur une note très positive : la conférence nationale de cette année, IAMC 2013, a surpassé toutes les attentes!

L'honorable Ian Binnie, juge à la retraite de la Cour suprême du Canada, a prononcé le discours d'ouverture de la conférence nationale et l'honorable Bob Rae était le conférencier pendant le dîner de la conférence. Les deux ont livré des messages qui portaient à réflexion et qui ont été très inspirants pour les praticiens en PRD partout au Canada, et ces présentations ont certainement mis la table et donné le ton pour les cinq séances en atelier qui ont suivi.

L'ampleur et la diversité des sujets traités pendant les séances à IAMC 2013 étaient vraiment remarquables, allant notamment du *med-arb en matière familiale* et *comment détecter la violence domestique* à *comment mener un arbitrage complexe*, au *règlement des litiges en ligne* et aux *interventions en milieu de travail*. Des délégué(e)s de l'IAMC de partout au Canada ont également été impressionnés par des séances portant sur les *stratégies d'intervention transformationnelle basées sur les communications pour les comportements hautement conflictuels*, le *règlement extrajudiciaire des conflits auxquels participent les autochtones*, la *médiation touchant les aînés*, comment *faire appel au processus du cercle en médiation de séparation, de divorce et de plans parentaux* et la *médiation de conflits en milieu de travail*, pour n'en nommer que quelques autres.

Comme le défilé du Père Noël du grand magasin Macy, dès le lendemain de la conférence, les travaux ont commencé pour mettre sur pied IAMC 2014, qui devrait avoir lieu les **23 et 24 octobre 2014** (à confirmer) dans la belle ville de **Montréal**.

## Enregistrements des séances d'IAMC 2013

Nous sommes heureux d'annoncer que les présentations du juge Binnie et de M. Rae seront bientôt mises à la disposition à tous les membres de l'IAMC, sans frais. Huit (8) autres séances d'IAMC 2013 seront également offertes en vente en ligne. Ces enregistrements de haute qualité vous permettront de profiter de ces séances « comme si vous y étiez » et nous invitons vivement les membres de l'IAMC de se rendre au [www.adrcanada.ca](http://www.adrcanada.ca) pour en savoir plus.

## Cours de formation

Nous allons lancer les cours **Norme Or** en médiation et en arbitrage de l'IAMC en 2014. Nous vous communiquerons plus de renseignements à ce sujet en 2014.

## Bienvenue à notre nouvelle société affiliée du Manitoba!

Enfin, nous sommes très heureux de souhaiter la bienvenue à l'ADR Institute of Manitoba (« **ADRM** »). Avec l'ajout de notre nouvelle société affiliée du Manitoba et son tout nouveau conseil d'administration, nous avons maintenant une forte présence axée sur les services pour les membres de l'IAMC au Manitoba.

## Meilleurs vœux du conseil d'administration de l'IAMC

Le conseil d'administration envisage avec enthousiasme l'année 2014 et les nouvelles occasions de travailler ensemble alors que nous continuons à bâtir et renforcer une communauté vigoureuse en PRD d'un bout à l'autre du Canada. Au nom de votre conseil national et du personnel, je vous souhaite de très joyeuses Fêtes ainsi qu'à vos proches! Au plaisir de se retrouver en 2014! ❄️



Jim Musgrave, c.r., Méd. A.

## 2013-2014

### Board of Directors / Conseil d'administration

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

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

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

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

**H. Derek Lloyd Q.C., LL.B.**  
Vice President and Director / Vice Président et  
Administrateur - corporatif - AB

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

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

**Thierry Bériault, C.Med, LL.L., D.PRD**  
Director / Administrateur - QC

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

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

**William J. Hartnett, Q.C., LL.B.**  
Corporate Director / Administrateur - corporatif - AB

**Shawn T. Irving, LL.B.**  
Corporate Director / Administrateur - corporatif - ON

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

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

**Paul McMullan, MBA, LL.B.**  
Director / Administrateur - MB

**Louise Novinger Grant**  
Corporate Director / Administratrice - corporatif - AB

**Scott Siemens, C.Med, FICB**  
Director / Administrateur - SK

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

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

**Anne M. Wallace, Q.C., LL.B., C.Arb.,  
C.Med., CTAJ, IMI Cert.**  
Director / Administratrice - 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 Fulbright Canada LLP
- Thomas D. Gelbman, B.A., M.Phil, LL.B, LL.L., Osler, Hoskin & Harcourt LLP



# Class Action vs. Arbitration: A Cross-Jurisdictional Overview of Consumer Protection Legislation in Canada

## Background

In Canada, an arbitration clause in a commercial contract is generally enforceable, unless there is an express contrary legislative intention – typically found in consumer protection legislation: *Seidel v. Telus Communications Inc.* (“*Seidel*”).<sup>1</sup> While every Canadian jurisdiction has enacted its own arbitration and consumer protection legislation, occasionally the statutory wording is not sufficiently clear as to whether it manifests what the court in *Seidel* called a “legislative intent to intervene in the marketplace to relieve consumers of their contractual commitment to ‘private and confidential’ mediation/arbitration”.<sup>2</sup> In these circumstances, it is left for the courts to interpret the relevant statutes, and determine whether the arbitration clause is ousted by the consumer protection legislation. In this paper, we summarize the relevant legislative provisions in question.

## Jurisdictions where Arbitration of Consumer Claims is Not Permitted

In **Ontario**, consumer protection legislation expressly prohibits both waivers of class proceedings and arbitration clauses in agreements that are governed by consumer protection legislation. Section 7(2) of the *Consumer Protection Act, 2002*<sup>3</sup> provides that any term in a consumer agreement which requires that the dispute be submitted to arbitration is invalid insofar as it prevents a consumer from exercising a right to commence an action in the Superior Court of Justice. Section 8(1) specifically permits class proceedings despite any contradictory term in the contract.

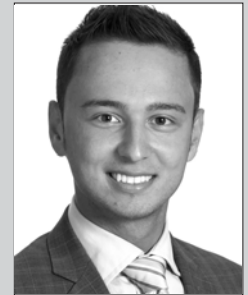
In **Quebec**, the *Consumer Protection Act*<sup>4</sup> stipulates that any condition obliging a consumer to refer a dispute to arbitration and restricting the consumer’s right to go before a court, especially by prohibiting a class action, is not permitted (section 11.1).

In **Alberta**, the legislative choice has been to confer upon the Minister the power to monitor consumer contracts and to approve only those arbitration and mediation clauses that do not bar class actions and do not frustrate consumer protection legislation. Section 16 of the *Fair Trading Act*<sup>5</sup> (“FTA”) prevents a consumer from starting an action under the FTA if the consumer has agreed to submit to arbitration and the agreement had been approved by the Minister. However, absent approval of the impugned arbitration clause by the Minister, a consumer is not bound by the arbitration clause and can freely pursue a class action. In *Young v. National Money Mart Company*,<sup>6</sup> the Minister for Service Alberta twice denied Money Mart approval of the arbitration provisions of its standard form loan agreements, and the Alberta Court of Appeal denied Money Mart’s request for a stay of the consumer’s action on that basis.

The language in **British Columbia’s Business Practices and Consumer Protection Act** (“BPCPA”),<sup>7</sup> which was at issue in *Seidel*, is not as explicit as that in Ontario and Quebec. However, the majority of the Supreme Court of Canada in *Seidel* interpreted the BPCPA to produce the same effect.



Michael Schafler



Amer Pasalic

Ranked by Chambers Global (*Dispute Resolution*), **Michael** is the Department Head of the Dentons Toronto Office Litigation Group, and he is also Co-Head of Dentons’ National ADR Group.

Michael focuses much of his practice on commercial international and domestic arbitrations, both ad hoc and institutional, including ICC, ICDR and ADRIIC-based disputes. He has acted as counsel in approximately 30 arbitrations.

Michael is active in the Toronto Commercial Arbitration Society (TCAS) and ADRIIC; he was an Executive Member of the National ADR Section of the Canadian Bar Association from 2010-2013. He has written a number of articles on arbitration-related matters and has also featured as a speaker at various conferences, including the 2012 Annual CBA Conference in Halifax, ADRIIC 2011, 2012 and 2013 and TCAS 2013.

Michael attended high school at the Nicolaus-Cusanus Gymnasium, Bonn, West Germany, where he graduated in 1983 (Grade XIII), then attended Queen’s University, where he obtained an Honours B.A. in Political Studies in 1987. He served as a Canadian Naval Officer from 1983-1992 (ROTP), navigating Destroyers. Upon his retirement as a Lieutenant (Navy), Michael attended Dalhousie Law School and obtained an L.L.B. in 1995. He joined Dentons’ predecessor firm, Fraser & Beatty, in 1994 as a student and became a partner in 2003.

**Amer Pasalic** is an associate in the Litigation and Dispute Resolution Group at Dentons Canada LLP. His practice involves a variety of commercial and civil litigation matters. Amer completed his J.D. at Osgoode Hall Law School, with a specialization in Litigation, ADR, and Access to Justice. During law school, Amer actively volunteered at Law Help Ontario – Superior Court of Justice branch and worked as a provincial offences prosecutor for the City of Toronto. He has received recognition for achieving the highest academic standing in legal process, family law, and constitutional law during his legal studies. Amer has also been the recipient of the Board of Governors Medal of the University of Windsor in 2009, and the prestigious Governor General of Canada Academic Medal in 2005. For more information, please visit <http://www.dentons.com/amer-pasalic>.



Section 3 of the BPCPA provides that any waiver or release of rights under the BPCPA is void, unless it is permitted elsewhere by the statute. Section 172 allows any person (other than a supplier) to bring an action in the B.C. Supreme Court, whether or not they are affected by the particular consumer transaction in question. In effect, the provision provides a cause of action to a consumer irrespective of whether he or she was privy to the contract with the supplier and, in this way, this provision creates an exception to a contractual requirement to arbitrate.

Similar to BC, consumer protection legislation in **Manitoba** is not explicitly clear when it comes to the effects of arbitration clauses in consumer contracts. *Briones v. National Money Mart Co.*<sup>8</sup> recently explored the issue of whether, as a matter of statutory interpretation, the *Unconscionable Transactions Relief Act*<sup>9</sup> (“UTRA”) and the *Consumer Protection Act*<sup>10</sup> (“CPA”) limited the arbitration clause in the consumer agreement. Sections 2-4 of the UTRA provide a statutory right to bring an action in the Court of Queen’s Bench with respect to lending transactions involving excessive borrowing costs or which are otherwise harsh or unconscionable. Section 2 of the UTRA confers express remedial powers on the court to address the consequences of such transactions. The court’s interpretation of these provisions was analogous to the one employed by the Supreme Court in *Seidel* as to sections 3 and 172 of the BPCPA. Specifically, section 3(b) of the UTRA was interpreted to mean that, to the extent an arbitration clause purported to be an agreement con-

trary to the consumer’s right to bring an action under the UTRA, it did not apply. Section 96 of the CPA, which provides a right to recover “in the court” money paid under an agreement which limited the application of the CPA, was held to be analogous to the non-waiver provision in section 3 of the BPCPA.

### Jurisdictions where Arbitration of Consumer Claims is Permitted (post-*Seidel*)

In **Saskatchewan**, *The Consumer Protection Act* (“CPA”) is the relevant consumer protection legislation. Part II of the CPA sets out a regime to redress unfair practices, while Part III deals with breaches of consumer product warranties. Under Part II of the CPA, subsection 14(2) permits a consumer who has suffered a loss as a result of an unfair practice to commence an action in court against the supplier. Section 32 of the CPA provides that the sections found in Part II (including section 14) apply notwithstanding any agreement to the contrary, and that any waiver or release of the rights, benefits, or protection provided pursuant to Part II are void. The Saskatchewan Court of Queen’s Bench recently interpreted this provision which, following *Seidel*, might reasonably have been expected to override an arbitration clause in a consumer contract. However, in *Zwack v. Pocha*,<sup>11</sup> the court held that this provision did not preclude arbitration. Rather, the court distinguished the Supreme Court of Canada’s approach as to section 172 of

the BPCPA on the basis that that provision conferred a “public” right of action that is not available under Part II of the CPA. As such, Part II fell short of manifesting a “legislative intent to intervene in the marketplace to relieve consumers” of their agreements.

Under Part III of the CPA, which deals with breaches of consumer product warranties, section 57 confers a right on the consumer to recover damages from a manufacturer or retail seller for breaches of consumer product warranties. The statutory waiver clause applicable to Part III claims is subsection 44(1), which voids any agreement that limits the application of, and the remedies provided by, Part III of the CPA. However, subsection 44(2) prohibits the consumer to seek a remedy for a breach of warranty under section 57, if the parties are able to resolve their dispute through mediation, arbitration, or another process. The court in *Zwack v. Pocha* concluded that section 44(2) “expressly extinguishes” a consumer’s right to seek a remedy for a breach of warranty “in the face of arbitration”.

Thus, the court held that neither Part of the CPA manifested a legislative intent to relieve consumers from their contractual commitment to arbitrate disputes under consumer contracts.

### Jurisdictions where Arbitration of Consumer Claims has not been Addressed

While in the remaining jurisdictions the

## Canada’s largest Searchable Database of ADR Professionals

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

This software also houses the ***New and Improved ADR CONNECT***, Canada’s largest database of ADR Professionals. Your Member Profile is key to the

online search tool that will allow anyone looking for ADR services to find you by specialty area, services provided, languages spoken and/or geographic location. **Members: ensure that you have completed your Profile so clients can find you!** Also please note: members must have a complete profile to be considered for any ADR Institute Roster opportunities.

ADRIC will be working on a customized French Member Portal.



issue of arbitration clauses in consumer contracts is not specifically addressed in the legislation, the wording of the non-waiver provisions in the consumer protection statutes of **Yukon, Northwest Territories, Nunavut, and Nova Scotia** is substantially similar to the wording of section 96 in Manitoba's CPA. As discussed above, section 96 was found to be analogous to the non-waiver provision in section 3 of the BPCPA at issue in *Seidel*, and therefore one might reasonably surmise that a court in these jurisdictions would similarly also override an arbitration clause in a consumer contract. However, as of the date of this article, there have been no cases that have interpreted the potentially applicable provisions in these statutes.

Finally, general non-waiver provisions also

exist in the consumer protection statutes of **Prince Edward Island, Newfoundland and Labrador, and New Brunswick**, but these have not yet been judicially considered and the effect of arbitration clauses in consumer agreements in these jurisdictions remains to be seen.

## Conclusion

Explicitly clear statutory language in consumer protection legislation will operate to limit the ability of a company to insist on arbitration as the dispute resolution mechanism of choice in its consumer contracts. As the court in *Seidel* emphasized, to the extent the consumer's cause of action was founded in the relevant consumer protection statute, by virtue of express language in the statute, the consumer could not be compelled to forego her right in court. The court also

made it clear that with respect to causes of action not based on the statutory rights under the BPCPA, the consumer was required to proceed by arbitration, as she had agreed to in her contract. Therefore, one must look to the statutes (and be guided by the jurisprudence) in each jurisdiction to determine whether the arbitration clause will be rendered inoperative by the consumer protection statute. ❄

1 2011 SCC 15, [2011] 1 SCR 531.

2 *Ibid* at para 2.

3 SO 2002, c 30.

4 RSQ c P-40.1.

5 RSA 2000, c F-2.

6 2013 ABCA 264.

7 SBC 2004, c 2.

8 2013 MBQB 168, 2013 CarswellMan 380.

9 CCSM c U20.

10 CCSM c C200.

11 2012 SKQB 371, 354 D.L.R. (4th) 83.

# Recours collectif et arbitrage :

## un survol de la législation provinciale et territoriale en matière de protection des consommateurs au Canada

*Michael Schafner et Amer Pasalic*

### Contexte

Au Canada, les clauses d'arbitrage dans les contrats commerciaux sont généralement exécutoires, à moins que la législature n'ait expressément voulu le contraire – volonté habituellement exprimée dans la législation en matière de protection des consommateurs : *Seidel c. Telus Communications Inc.* (« *Seidel* »).<sup>1</sup> Bien que les provinces et territoires canadiens aient tous édicté leur propre législation en matière d'arbitrage et de protection des consommateurs, il arrive parfois que son libellé ne soit pas suffisamment clair pour savoir si la législature a exprimé, ce que la Cour a appelé dans *Seidel*, « la volonté d'intervenir dans les rapports commerciaux pour libérer les consommateurs de leur engagement contractuel de soumettre leur éventuel litige à une médiation ou à un arbitrage "privé et confidentiel" ». <sup>2</sup> Dans de telles situations, il appartient aux tribunaux d'interpréter les lois en cause et de déterminer si la clause d'arbitrage est écartée par la législation en matière de protection des consommateurs. Dans le présent article, nous résumons les dispositions législatives pertinentes à cet égard.

### Provinces où l'arbitrage portant sur les réclamations de consommateurs n'est pas autorisé

En **Ontario**, la législation en matière de protection des consommateurs interdit expressément les renoncements à intenter des recours collectifs et les clauses d'arbitrage dans les conventions régies par cette législation. Aux termes du paragraphe 7(2) de la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*<sup>3</sup>, est invalide, dans la mesure où elle empêche le consommateur d'exercer son droit d'introduire une action devant la Cour supérieure de justice, la condition, énoncée dans une convention de consommation, qui exige que les différends soient soumis à l'arbitrage. Le paragraphe 8(1) permet expressément les recours collectifs, malgré toute condition contraire énoncée dans la convention.

Au **Québec**, aux termes de la *Loi sur la protection du consommateur*<sup>4</sup>, est interdite la stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, soit de restreindre son droit d'ester en justice,

notamment en lui interdisant d'exercer un recours collectif (article 11.1).

En **Alberta**, la législature a choisi de conférer au ministre le pouvoir de surveiller les contrats de consommation et de n'approuver que les clauses d'arbitrage et de médiation qui n'empêchent pas les recours collectifs et qui n'ont pas pour effet de contrecarrer la législation en matière de protection des consommateurs. L'article 16 de la *Fair Trading Act*<sup>5</sup> (« FTA ») empêche le consommateur d'intenter une action sous le régime de la FTA s'il a accepté de se soumettre à l'arbitrage et que la convention a été approuvée par le ministre. Toutefois, si le ministre n'a pas approuvé la clause d'arbitrage contestée, le consommateur n'est pas lié par cette clause et il lui est loisible d'intenter un recours collectif. Dans *Young c. National Money Mart Company*,<sup>6</sup> le ministre de Service Alberta a refusé à deux reprises à Money Mart l'autorisation des dispositions d'arbitrage prévues dans ses contrats types de prêt, et la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté la demande de Money Mart en suspension de l'instance





du consommateur pour ce motif.

Le libellé de la *Business Practices and Consumer Protection Act* (« BPCPA ») de la **Colombie-Britannique**,<sup>7</sup> en cause dans *Seidel*, n'est pas aussi explicite que celui des lois de l'Ontario et du Québec. Toutefois, dans cet arrêt, les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont interprété la BPCPA pour qu'elle produise le même effet. Aux termes de l'article 3 de la BPCPA, la renonciation aux droits prévus en vertu de la BPCPA est nulle, à moins d'être permise ailleurs par la loi. L'article 172 permet à toute personne (autre qu'un fournisseur) d'intenter une action en Cour suprême de la Colombie-Britannique, qu'elle soit ou non touchée par l'opération commerciale particulière en cause. De fait, la disposition confère un droit d'action au consommateur, qu'il ait été ou non partie au contrat avec le fournisseur, et créé ainsi une exception à l'obligation contractuelle d'aller en arbitrage.

À l'instar de celle de la Colombie-Britannique, la législation en matière de protection des consommateurs au **Manitoba** n'est pas explicitement claire quant aux effets des clauses d'arbitrage dans les contrats de consommation. L'affaire *Briones c. National Money Mart Co.*<sup>8</sup> a récemment permis d'examiner la question de savoir si, sur le plan de l'interprétation des lois, la *Loi sur les opérations de prêt exorbitantes*<sup>9</sup> (« LOPE ») et la *Loi sur la protection du consommateur*<sup>10</sup> (« LPC ») avaient

eu pour effet de limiter la clause d'arbitrage prévue dans le contrat de consommation. Les articles 2 à 4 de la LOPE prévoient un droit légal d'intenter une action en Cour du Banc de la Reine relativement aux opérations de prêt dont les coûts d'emprunt sont excessifs ou qui sont draconiennes ou exorbitantes par ailleurs. L'article 2 de la LOPE confère à la cour des pouvoirs réparateurs exprès pour remédier aux conséquences de ces opérations. L'interprétation de ces dispositions par la cour était analogue à celle employée par la Cour suprême dans *Seidel* quant aux articles 3 et 172 de la BPCPA. Plus particulièrement, la cour a jugé que l'alinéa 3b) de la LOPE signifiait que, dans la mesure où une clause d'arbitrage était censée être une entente contraire au droit du consommateur d'intenter une action en application de la LOPE, elle ne s'appliquait pas. La cour a statué que l'article 96 de la LPC, qui prévoit un droit de recouvrer « devant le tribunal » les sommes d'argent versées en vertu d'une convention qui limitait l'application de la LPC, était analogue à la disposition de non-renonciation prévue à l'article 3 de la BPCPA.

### Province où l'arbitrage portant sur les réclamations de consommateurs est autorisé (après *Seidel*)

En **Saskatchewan**, *The Consumer Protection Act* (« CPA ») est la législation pertinente en matière de protection des con-

sommateurs. La Partie II de la CPA établit un régime qui permet de remédier aux pratiques déloyales, alors que la Partie III a pour objet les violations de garanties relatives aux produits de consommation. Dans la Partie II de la CPA, le paragraphe 14(2) permet au consommateur qui a subi un préjudice à la suite d'une pratique déloyale d'intenter une action en justice contre le fournisseur. L'article 32 de la CPA prévoit que les dispositions de la Partie II (y compris l'article 14) s'appliquent malgré toute entente contraire et que toute renonciation aux droits, avantages ou protections prévus aux termes de la Partie II est nulle. La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a récemment interprété cette disposition qui, après *Seidel*, aurait pu raisonnablement être considérée comme ayant préséance sur une clause d'arbitrage dans un contrat de consommation. Toutefois, dans *Zwack c. Pocha*,<sup>11</sup> la cour a statué que cette disposition n'empêchait pas l'arbitrage. La cour a plutôt fait une distinction avec la manière dont la Cour suprême du Canada avait traité l'article 172 de la BPCPA, soulignant que cette disposition conférerait un droit d'action « public » que n'offrirait pas la Partie II de la CPA. Par conséquent, la Partie II ne permettait pas de constater la « volonté du législateur d'intervenir dans les rapports commerciaux pour libérer les consommateurs » de leurs engagements contractuels.

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



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

416-487-4733 — 1-877-475-4353

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

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





Dans la Partie III de la CPA, qui porte sur les violations de garanties relatives aux produits de consommation, l'article 57 confère au consommateur le droit de recouvrer des dommages-intérêts d'un fabricant ou d'un détaillant en cas de violation de garanties relatives aux produits de consommation. La disposition législative de renonciation applicable aux demandes fondées sur la Partie III est le paragraphe 44(1), qui annule toute entente qui limite l'application de la Partie III de la CPA et les recours qui y sont prévus. Toutefois, le paragraphe 44(2) interdit au consommateur d'intenter un recours en violation de garantie fondé sur l'article 57 si les parties sont capables de régler leur différend par la médiation, l'arbitrage ou un autre processus. Dans *Zwack c. Pocha* la cour a conclu que le paragraphe 44(2) [TRADUCTION] « annulait expressément » le droit du consommateur d'intenter un recours en violation de garantie [TRADUCTION] « s'il était possible d'aller en arbitrage ».

Par conséquent, la cour a statué que la législature n'avait pas exprimé, dans l'une ou l'autre des parties de la CPA, la volonté d'intervenir pour libérer les consommateurs de leur engagement contractuel de soumettre à l'arbitrage leurs différends fondés sur des contrats de consommation.

## Provinces et territoires où l'arbitrage portant sur les réclamations de consommateurs n'a pas été abordé

Bien que les clauses d'arbitrage stipulées dans les contrats de consommation ne soient pas expressément abordées dans la législation des autres provinces et territoires, le libellé des dispositions de non-renonciation dans les lois sur la protection des consommateurs du **Yukon**, des **Territoires-du-Nord-Ouest**, du **Nunavut** et de la **Nouvelle-Écosse** est en substance similaire au libellé de l'article 96 de la LPC du Manitoba. Comme nous l'avons vu, l'article 96 a été jugé analogue à la disposition de non-renonciation prévue à l'article 3 de la BPCPA en cause dans *Seidel*, si bien que l'on peut raisonnablement présumer qu'un tribunal dans ces ressorts écarterait de

la même façon une clause d'arbitrage stipulée dans un contrat de consommation. Toutefois, à la date du présent article, il n'y a eu aucun jugement qui a interprété les dispositions éventuellement applicables de ces lois.

Enfin, il existe aussi des dispositions générales de non-renonciation dans les lois sur la protection des consommateurs de l'**Île-du-Prince-Édouard**, de **Terre-Neuve-et-Labrador** et du **Nouveau-Brunswick**, mais ces dispositions n'ont pas encore été examinées par les tribunaux et on ne connaît pas encore l'effet des clauses d'arbitrage dans les contrats de consommation dans ces provinces.

## Conclusion

Une disposition explicite claire dans la législation en matière de protection des consommateurs aura pour effet de limiter la capacité d'une compagnie d'insister sur l'arbitrage comme mécanisme de choix de règlement des différends dans ses contrats de consommation. Comme la cour l'a souligné dans *Seidel*, dans la mesure où le recours de la consommatrice était fondé sur la loi sur la protection du consommateur pertinente, parce qu'il existait une disposition expresse dans la loi, la consommatrice ne pouvait pas être contrainte de renoncer à son droit de s'adresser aux tribunaux. En outre, la cour a statué clairement qu'en ce qui avait trait aux recours qui n'étaient pas fondés sur les droits légaux prévus dans la BPCPA, la consommatrice devait procéder par arbitrage, comme elle avait convenu de le faire dans son contrat. Par conséquent, il faut examiner les lois (et s'appuyer sur la jurisprudence) de chaque province ou territoire pour déterminer si la clause d'arbitrage sera rendue inopérante par la loi sur la protection du consommateur. 🍀

1 2011 CSC 15, [2011] 1 RCS 531.

2 *Ibid.*, par 2.

3 LO 2002, c 30.

4 LRQ c P-40.1.

5 RSA 2000, c F-2.

6 2013 ABCA 264.

7 SBC 2004, c 2.

8 2013 MBQB 168, 2013 CarswellMan 380.

9 CPLM c U20.

10 CPLM c C200.

11 2012 SKQB 371, 354 D.L.R. (4th) 83.

*Michael Schafner*, qui figure dans le répertoire *Chambers Global* parmi les avocats de premier plan dans le domaine du règlement des différends, est chef du groupe Litige du bureau de Toronto de Dentons ainsi que co-chef du groupe national de RED du cabinet. Il est spécialisé dans les arbitrages commerciaux canadiens et internationaux, tant ad hoc qu'institutionnels, notamment les arbitrages en vertu des règlements de l'ICC, de l'ICDR et de l'IAMC. Michael a agi à titre d'avocat-conseil dans une trentaine d'arbitrages.

Michael participe aux activités de la Toronto Commercial Arbitration Society (TCAS) et de l'ADRIC; il a été membre du bureau de la section nationale de RED de l'Association du Barreau canadien (ABC) de 2010 à 2013. Il a rédigé de nombreux articles sur l'arbitrage et des questions connexes et il a donné des conférences lors de nombreux événements, notamment la conférence annuelle 2012 de l'ABC à Halifax ainsi que des conférences de l'IAMC (2011, 2012 et 2013) et de la TCAS (2013).

Michael a fait ses études secondaires à l'école *Nicolaus-Cusanus Gymnasium* de Bonn en Allemagne. Il a terminé sa treizième année en 1983, puis s'est inscrit à l'Université *Queen's*, où il a obtenu un baccalauréat en études politiques (avec distinction) en 1987. Il a été officier navigateur d'un destroyer de la marine royale canadienne de 1983 à 1992 (PFOR). À sa retraite en tant que lieutenant de vaisseau, Michael s'est inscrit à la faculté de droit de l'Université *Dalhousie*, où il a obtenu son baccalauréat en droit (LL.B.) en 1995. Il s'est joint au cabinet *Fraser & Beatty* (cabinet prédécesseur de *Dentons*) en 1994 à titre d'étudiant et a été nommé associé en 2003.

*Amer Pasalic* est avocat au sein du groupe Litige et règlement des différends de Dentons Canada S.E.N.C.R.L. Il participe à des dossiers variés dans le domaine du litige commercial et civil. Amer est titulaire d'un baccalauréat en droit (*Juris Doctor Program*) de la *Osgoode Hall Law School* spécialisé en litige, RED et accès à la justice. Dans le cadre de sa formation en droit, Amer a offert un grand nombre d'heures de bénévolat à la division *Superior Court of Justice* de l'organisme *Law Help Ontario* et a travaillé comme poursuivant en matière d'infractions provinciales pour la ville de Toronto. Il a été récompensé pour avoir obtenu les meilleurs résultats dans les cours de processus juridiques, de droit de la famille et de droit constitutionnel. Amer a également reçu la médaille du conseil des gouverneurs de l'Université de Windsor en 2009 et la prestigieuse Médaille académique du gouverneur général du Canada en 2005. Pour obtenir de plus amples renseignements, visitez le <http://www.dentons.com/amer-pasalic>.





Harvey J. Kirsh<sup>2</sup>

# Where Dispute Resolution Boards Do Not Work<sup>1</sup>

A recent Google search of “Dispute Resolution Boards” and “Dispute Review Boards” generated more than 15 million and 27 million hits respectively

## Editorial Note:

*A Dispute Resolution Board, or “DRB”, is a creature of contract, which affords the contracting parties the opportunity to attempt to resolve their claims and disputes as they arise, particularly in a construction setting (although the DRB model is being adopted in other areas as well). Typically, a DRB, which usually consists of three independent and impartial engineering experts, is empanelled at the outset of a project, and its members would visit the site from time to time in order to develop a familiarity with the construction project as it unfolds. In the event of a dispute, the DRB would control its own process for the conduct of an informal hearing, although it is generally guided by a set of flexible rules. A DRB is vested with the authority to make non-binding recommendations usually with respect to technical (as opposed to legal) is-*

*ssues, and the credibility of those recommendations may guide the disputing parties in the direction of resolving their dispute. If the dispute is not settled at that initial stage, the parties still retain the right to proceed to litigation or arbitration; however, the parties may stipulate, in their contract, whether or not the DRB recommendations would be admissible in subsequent legal proceedings. DRBs are valued for their impartiality and the expertise of their members, and continue to be seen as a cost-effective, expedient alternative to litigation and arbitration. As stated in the article below, statistical information indicates that, in North America, the DRB process has been used on over 1,000 projects, and 99% of those projects were completed without resorting to litigation and arbitration.*

## Success of Dispute Resolution Boards in the Construction Industry

The mythology surrounding Dispute Resolution Boards (“DRB”s) in the construction industry is that, since their inception 50 years ago, they have worked exceptionally well, have helped to nip disputes in the bud “(w)hen it appears that the dispute cannot be resolved on Site”<sup>3</sup>, and have been a significant addition to the spectrum of alternative dispute resolution processes<sup>4</sup>.

Although the earliest reported use of a form of DRB (then called a “*Joint Consulting Board*”) was on the Boundary Dam Hydroelectric Project in northeastern Washington in the 1960s<sup>5</sup>, the genesis of their more common use occurred in the mid-1970s on civil engineering works, particularly tunneling projects. Since then, their use has expanded to include a multitude of complex private and government construction projects throughout the world, including heavy civil engineering, infrastructure, industrial, institutional, and commercial projects.

Sample U.S. projects using DRBs include<sup>6</sup>

Washington, D.C.’s Metropolitan Transit Authority; Phoenix’s America West Arena (concert hall and Phoenix Suns’ basketball arena); the Inter-Island Terminal of Hawaii’s International Airport; Washington State’s SR-90 Bellevue Transit Access project; and Colorado’s Hanging Lake Viaduct.

Furthermore, U.S. owner agencies that have used DRBs include state highway departments (e.g., The California Department of Transportation (Caltrans) and Florida Department of Transportation (FDOT), which use DRBs on many projects); public transit authorities; municipal public works projects (including bridge rehabilitation, building renovation, combined sewer pipelines and tunnels, convention centers, court houses, highways, libraries, parking structures, prisons, schools and water supply projects); universities (e.g., classroom and medical buildings, libraries, research facilities, and sports complexes); airport expansions; dams; hydroelectric projects; mines; manufacturing plants; office buildings; port facilities; private research laboratories; and public stadiums.

Internationally<sup>7</sup>, dispute boards have also been used in the Peoples’ Republic of China (e.g., the US \$3.4 billion Ertan Hydroelectric Project<sup>8</sup>); on Uganda’s Owen Falls Extension Hydroelectric Project<sup>9</sup>; on the US \$15 billion Folkestone (England) to Calais (France) Channel Tunnel; on the London Docklands Light Railway project; and on numerous projects in Australia, Bangladesh, Botswana, Denmark, Dominican Republic, Ethiopia, Honduras, Hong Kong, Hungary, India, Ireland, Italy, Lesotho, Madagascar, Mozambique, New Zealand, Pakistan, Poland, Romania, Sudan, Uganda, the U.K. and Vietnam.

In Canada, the use of DRBs has been breaking ground only over the course of the last 20 years. Projects employing them have included the Toronto Sheppard Subway Twin Tunnels Project (1994-2002); the Sir Adam Beck hydroelectric generation complex at Niagara Falls, Ontario (1996-2005); the Confederation Bridge Project, spanning the Northumberland Strait between mainland New Brunswick and Prince Edward Island (1993-1997); the Seymour-Capilano Tunnel in Vancouver, British Columbia (2004-2008); the Port



Mann Water Supply Tunnel in Vancouver, British Columbia (2011-2014); Hydro Quebec's Romaine II Powerhouse (2012-2013); the Trans-Canada Highway project in New Brunswick (2006-2007); the Southeast Trunk Sewer Tunnel in York Region (north of Toronto) (2011-2014); and the Toronto-York Spadina Subway Extension Project (2009 and ongoing).

## Cornerstone Values of DRBs

The cornerstone values of DRBs are said to consist of independence, impartiality and fairness, in terms of procedures and protocols; as well as dispute avoidance, and the promotion and maintenance of good project relationships<sup>10</sup>.

Consider what several independent writers have observed:

- One writer, citing DRBF statistical information, commented that "(i)n North America, the DRB process has been used on over 1,000 projects, and 99% of those projects were completed without resorting to arbitration or litigation"<sup>11</sup>; and
- Another writer observed that "a DRB acts as a buffer which absorbs all unresolved disputes from negotiation and prevents their escalation to a higher, more protracted level of resolutions like arbitration and litigation"<sup>12</sup>; and
- A Briefing Report of the CPR Institute observed that "(t)he costs of DRBs are minimal and are far outweighed by the benefits they provide"<sup>13</sup>. Furthermore, "(t)he DRB is generally recognized as one of the most efficient and effective means of preventing and resolving claims and disputes on a construction project"<sup>14</sup>.

## Are the Reports About DRBs Uniformly Positive?

There are projects where DRBs have not worked as well as expected for any of the parties, and where the process has faced criticisms and has generated considerable expense, delay and frustration<sup>15</sup>. As one writer wryly commented, "*Oscar Wilde is reported to have said of George Bernard Shaw that he hadn't an enemy in the world, but none of his friends liked him either. The same could be said of dispute review boards*"<sup>16</sup>.

## Case Study of A Current Subway Construction and Tunneling Project

A new subway construction and tunneling project is currently underway in Canada (the "**Subway Project**"), under the auspices of the municipality's transit commission, and is not expected to be completed before the Fall of 2016. Since the project is ongoing, and since the DRB is expected to continue to perform its traditional role for several more years, neither the project nor the participants will be identified in this article. As Sergeant Friday, of the old TV series "Dragnet", might have said, "*The story you are about to hear is true. Only the names have been changed to protect the innocent*".

The Subway Project consists of a new underground subway line extension, which has been designed by the transit commission and its consultants. The implementation of that design contemplates the excavation of twin bored tunnels, using earth pressure balance (EPB) tunnel boring machines, and the construction of a number of new subway stations, all of which is projected to cost several billion dollars.

The construction contract between the transit commission and the contractor provides that disputes which cannot be resolved by negotiation may be submitted, on the agreement of both parties, to arbitration. However, the contract also stipulates that neither arbitration nor litigation may take place until after the completion of the work. Accordingly, "*in an effort to avoid construction delay and litigation*"<sup>17</sup>, either the transit commission or the con-

tractor may "*appeal*" a dispute to the DRB, as soon as it appears that the normal dispute resolution effort is not succeeding.

But, as the story begins to unfold, we learn about some of the shortcomings and challenges confronting the DRB process.

## Selection of DRB Panel for Subway Project

Ideally, it is fundamental to a successful DRB "*culture*" that Board members are selected for their neutrality, integrity, experience and expertise<sup>18</sup>. And as one writer observed, "*the moral authority of [DRB] recommendations seems to lie in the parties' confidence in their dispute review board members' technical expertise, first-hand understanding of the project conditions, practical judgment, and the overall transparency of the dispute review board process*"<sup>19</sup>. But aside from the technical knowledge required for complex construction, engineering and infrastructure projects, Board members must also have the skill to address "*contract interpretation issues . . . that generate disputes relating to a variety of matters, such as contractual requirements relating to scope, delays, scheduling, and performance issues*"<sup>20</sup>.

In an interview for this article, the transit commission's Senior Counsel, when asked for his view of DRBs, advised that "*it changes from day to day*", but "*the makeup of the Panel is critical*"<sup>21</sup>. One of the shortcomings, he opined, is that attorneys have not typically been welcome participants in the DRB process, either as counsel or as Board members, which often means that

### 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)





the Board members, whose backgrounds are usually in engineering, tend to struggle with legal and contract interpretation issues<sup>22</sup>. In the same vein, another commentator recently wrote that “*DRB panel members are likely to be less effective in interpreting commercial contract terms and/or statutes, especially when the parties’ issues may depend on construing duties that are implied under common law*”<sup>23</sup>.

With respect to the Subway Project, there was what appeared to be a closed process in the form of a formal tender call by the transit commission for the submission of competitive bids (called “*Proposals*”) from prospective DRB members, resulting in a short preferred list of six applicants from Illinois, California, New York, Idaho, and Colorado. The fact that none of the prospective Board members were resident or carrying on business in Canada meant that schedules might be more difficult to coordinate, and that there would be an additional cost, in terms of travel time and disbursements, for the Board members’ services. The contractor had no role in this procurement process, other than to make a selection from the pre-screened short list.

In their Proposals, the bidders were required to declare and disclose any possible conflict of interest, but only insofar as the municipality and the transit commission were concerned, and without regard to the contractor. There being no point system or other method of discriminating or discerning between the various bidders, it appeared that the Proposals were then evaluated on the basis of their hourly rates (notably in the US \$225.00 range).

Curiously, despite the fact that DRB Board members were expected to be independent and neutral, the bidders were required to “*propose and offer to perform the Work as assigned by the [transit commission]*”. Furthermore, the bids were to be open for acceptance for a period of 60 days from the bid closing date, “*and that the [transit commission] may at any time within the said period accept this Proposal*”. The transit commission maintained control over the process.

Although the short list of bidders for Board

positions included candidates who were consulting engineers with broad construction and engineering experience, it did not appear to include engineering professionals who were prominently on the radar screen as having the most significant underground construction and mass transit project experience and expertise, and who had also recently served as a member of other dispute boards. In fact, the preferred list of selected bidders even included a manager/supervisor of a heavy engineering construction firm who was not an engineer.

## Initial Organization of the DRB

Obviously, a DRB is only as good as its constituent members, and their adherence to organized, proper and fair procedures and protocols. However, on the Subway Project, it appeared that the DRB was somewhat distracted and confused in its initial organization. Both the Rules of Operation and the DRB Three-Party Agreement, drafted and issued by the DRB, contained inaccuracies, discrepancies, conflicts and inconsistencies, and even referenced sections of the construction contract which did not exist. Also, in correspondence with the parties, the DRB erroneously referred to itself as the “*DAB*” (i.e., “*Dispute Adjudication Board*”), which of course is a different form of standing neutral process used predominantly in Europe under FIDIC’s<sup>24</sup> suite of “*Red*”, “*Yellow*” and “*Silver*” Book construction contracts<sup>25</sup>.

Significantly, the documents also improperly identified the name of the contractor, referring to it as a “*joint venture*” rather than as a “*limited liability partnership*”. From a legal perspective, there is an important difference. When these items were pointed out, the DRB apologized, stating that the misnomer of the contractor arose out of the fact that, when the documents were being drafted, the DRB relied on e-mail addresses and business cards, rather than on the actual construction contract itself.

Additionally, the DRB conceded that, with respect to the inaccuracies, discrepancies, conflicts and inconsistencies in the draft-

ing of those documents, it had mixed up the Subway Project with another, stating that the documents were sent out before they were proofread, and undertaking to issue a corrected version. However, despite the passage of more than a year, the DRB has done nothing to formally correct either the Rules of Operation or the DRB Three-Party Agreement.

This lack of care and attention to detail has caused the parties, particularly the contractor, to lose a measure of confidence and trust in the DRB process.

## The Hearing Process

Although the DRB provision in the construction contract for the Subway Project stipulates that the DRB “*shall formulate its own rules of operation*”, it also provides that “*(d)isputes shall be considered as quickly as possible*”. Similarly, the Rules of Operation call for the “*timely prevention and resolution of disputes*”.

Having said that, the DRB process has experienced significant delays, which have frustrated the parties, and, again, have caused them to re-examine their commitment to the process. Some hearings have been scheduled for dates months off into the future; the DRB has in some instances permitted one of the parties to adjourn hearing dates, over the objection of the other party; and the time between the actual hearing and the release of the DRB’s Findings and Recommendations is sometimes unduly excessive, measured in months, rather than based on the 2-week specification set out in the construction contract<sup>26</sup>. As one author wrote, “*The whole purpose of a DRB is to resolve disputes contemporaneously. . . . While hope springs eternal, those experienced in the industry know that the longer a change order/claim sits and awaits resolution, the more positions harden and cost grows*”<sup>27</sup>.

The problem of DRB delays on the Subway Project is exacerbated by the fact that the contractor has many million of dollars in claims, with 90% of them remaining unresolved, and that, as indicated above, the construction contract stipulates that neither arbitration nor litigation may take place until after the completion of the





work. This means that the contractor has to carry its outstanding claims for at least several years, without whatever cash flow and other benefits might possibly be achieved by a more efficient and expeditious DRB process. In the circumstances, therefore, there is a perception that the process is inequitable, in that delays tend to work in favour of one party (the transit commission) and to the detriment of the other (the contractor).

Another concern regarding the hearing process is that, although neither the DRB provision in the construction contract nor the Rules of Operation nor the DRB Three Party Agreement expressly preclude the right of a party to be represented by coun-

sel at a hearing, the DRB has typically not permitted legal representation (including in-house counsel), even when contract interpretation and legal issues are to be addressed.

Similarly, the Rules of Operation generally provide that only essential personnel from each party may attend hearings, and that only one person for each party should be designated as the primary presenter. The DRB process, though, should be accommodating and culturally sensitive to differences in the contractor's language and culture. In an age when the global marketplace dictates that contractors may have "foreign" countries as their home bases, with different cultures and legal systems,

and with mother tongues other than English, it may be intimidating and difficult for a contractor representative to properly and coherently put forward the requisite technical and contractual submissions to the DRB. In this regard, the Briefing Report of the CPR Institute, referred to above, commented that "(W)hile DRB presentations are typically made by project personnel with first-hand knowledge of the facts and occurrences on the project, it may be necessary at times to have an attorney make such presentations. For example, if project participants have language difficulties then the use of an attorney may be desirable"<sup>28</sup>.

Given the multitude and complexity of

## 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 1 of the course however a law degree or training in arbitration is not essential. The 27 lessons that comprise the program cover concepts and procedures of contract and tort law, arbitration acts and procedures, evidence and court control of arbitration.

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

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

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

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

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

### The Commercial Mediation Practice Handbook

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

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

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

### The Arbitration Handbook

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

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

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



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

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



some of the individual and inter-related time extension and compensation claims which have arisen on the Subway Project, and the informality and restrictions of the hearing process, the parties are of course also concerned whether the DRB in fact has understood the nature and nuances of the claims, both in terms of liability and compensation; whether the DRB understands and has addressed all of the issues; and whether those possible concerns, if accurate to any extent, would affect the ability of the DRB to make a comprehensive, fair, equitable and reasoned recommendation.

## The DRB's Findings and Recommendations

(i) **"Splitting the Baby?":** The transit commission's Senior Counsel, interviewed for this article<sup>29</sup>, observed that no one should be under the illusion that DRB members are tasked with *resolving* problems on the site or disputes between the parties. Their role is limited only to *reviewing* the matters referred to them, to promoting a dialogue between the parties<sup>30</sup>, and to providing their advisory, non-binding opinions. As a result, it is his view that a major "flaw" in the process is that many DRB members tend to try to appease both parties, to take a middle-of-the-road approach, and generally to "split the baby". However, given the cash flow predicament which any contractor would encounter in having to postpone the determination of its claims, this view on "splitting the baby" would not likely be shared by a contractor who perceives that the DRB's recommendations tend to appease one party (the transit commission) to the detriment of the other (the contractor).

(ii) **"No Jurisdiction":** The Subway Project is not expected to be completed before the Fall of 2016, and the contractor, having completed only about 50% of its work, already has a multitude of complex claims (plus subcontractor claims) totaling in the millions of dollars, many of which claims are for time extensions and for additional compensation for delay.

Other than taking these claims to the DRB for its recommendations, the contractor may have a right but no remedy at this time

to recover its claims, since the contract provides that there is to be no litigation or arbitration until the project has been completed.

What was the cause of the delay, and how were the delay claims addressed by the DRB? The following is the background:

In the Fall of 2011, one of the subcontractors on the Subway Project, while operating a drilling rig, was involved in a serious and tragic mishap, causing a fatality as well as serious injuries to several labourers working on the site.

Immediately, the provincial Ministry of Labour issued a stop-work order and the transit commission followed up with a direction that all work in that area of the site be halted. In due course, after a Ministry and police investigation, both the contractor and the subcontractor were charged with having committed offences under the *Occupational Health and Safety Act*. This exposed the contractor to the prospect of significant penalties, fines, assessments, surcharges, and legislative sanctions for which the contractor is claiming indemnity from the subcontractor.

The incident also resulted in a 3 to 6-month delay in the tunneling and construction activities surrounding the site where it occurred. The net effect on the Subway Project was that some of the contractual milestone dates will not likely be achieved, and, as well, the contractor became exposed to the prospect of having to pay the transit commission a substantial amount of liquidated damages (as much as \$70,000.00 per calendar day in some cases).

The contractor's position is that the effective cause of the delay was the negligence of its subcontractor, but is also alleging that the transit authority has shared responsibility for having stopped the work and for having obliged the subcontractor to carry out unnecessary work which ultimately lead to the drilling rig incident.

The subcontractor is not involved in the DRB process. When the contractor's claim against the transit commission for damages

for delay was submitted to the DRB, the DRB, after permitting a number of adjournments, then took almost 6 months to issue its recommendations, ultimately determining, without explanation, that it had "no jurisdiction" to deal with many of the delay claims. As observed elsewhere, "the main purpose of the [DRB's] recommendation is to convince the parties of the wisdom of the panel's proposed settlement. The recommendation is the way the DRB demonstrates its knowledge of the project; understanding of both sides of the dispute, as well as the analysis of the solution to the disputes, the recommendation itself"<sup>31</sup>. However, declining jurisdiction to make a recommendation, whether it be credible, informed or otherwise, does not assist the parties in approaching a resolution of their disputes.

Also, not all of the issues were addressed by the DRB, and it was the view of the contractor that some of the recommendations showed a lack of understanding as to what was requested.

One might speculate that the DRB did not want to deal with liability and damages issues relating to the delay caused by the stop-work order arising out of the drilling rig incident. However, since the DRB's mandate and jurisdiction was only to issue non-binding, without prejudice recommendations, one wonders why the DRB did not want to deal with the claims, using "no jurisdiction" as an excuse (and after making the parties wait 6 months).

The DRB process for this one hearing was expensive, unduly lengthy, and ultimately unrewarding. Without any recommendation or hint as to the DRB's evaluation of the delay claims, the contractor now must carry part of its multi-million dollar claim against the transit commission until after the completion of the project. This of course will result in serious cash flow problems, even for large contractor companies. Once again, this reinforces the perception that the process is inequitable, and works in favour of one party (the transit commission) and to the detriment of the other (the contractor).

(iii) **Admissibility of DRB's "Recom-**



**mentations”:** The construction contract for the Subway Project contemplates that the DRB would provide “*verbal or written recommendations*” with respect to disputes which are submitted to it. It also stipulates that, prior to a dispute review, the parties may opt to agree that the “*decision*” of the DRB would be binding on them, in which case there would be no right of appeal, except on an issue of law<sup>32</sup>. The construction contract is silent and does not expressly address what happens where there is an absence of such an agreement, but one would expect that, in such circumstances, the DRB’s recommendations would be without prejudice, and would be neither final nor binding.

However, that inference or assumption does not address the issue of the admissibility of such recommendations in subsequent legal proceedings (i.e., litigation, arbitration, and/or mediation)<sup>33</sup>. The default position would likely be that, although non-binding, the recommendations would nevertheless be admissible<sup>34</sup>.

For that reason, the contractor on the Subway Project negotiated a collateral agreement with the transit commission to the effect that the recommendations would *not* be admissible. This agreement arose as a result of the parties’ compromised feelings of confidence and diminished expectations with respect to the DRB, but it unfortunately also served to subvert the general intent of the DRB process.

### An Anecdotal Case Study Regarding Admissibility<sup>35</sup>

The transit commission had previously developed another subway project in Canada 11 years ago, which also included a twin tunnel component costing approximately \$93 million.

The contractor for the tunneling work was a joint venture consisting of 3 experienced and well-respected contractors. The tunneling contract established, and set out the procedure, function and key features of, a Dispute Review Board, and the mandate of the Board included the provision of written recommendations to the parties in order to assist in the resolution of disputes. However, although not binding on either

party, the contract stipulated that “*the recommendations of the Disputes Review Board should carry great weight for both [the transit commission] and [the contractor]*”.

The 3 Board members on that project consisted of a prominent engineer who had substantial underground and mass transit project experience and expertise; a Professor of Civil Engineering at Stanford University, who had experience as an expert witness in cases involving geotechnical, contractual or construction practice issues, and who had served both as Chair and as a member of numerous other dispute review boards; and an engineering consultant with substantial experience managing large tunneling and other underground construction contracts, and who also had considerable experience chairing numerous other dispute review boards relating to tunnelling, subway and other construction and infrastructure projects.

Within a short time after commencing its tunneling work, the joint venture contractor gave notice to the transit commission that it was incurring additional cost as a result of muck disposal problems due to high foam usage. The contractor alleged that the actual quantity of foam that it was required to use in order to successfully excavate the tunnels far exceeded both what it expected to use and what it could have reasonably been expected to use; and it contended that, as a result of the high foam usage, its tunnel spoil was reduced to such a high-slump condition that its disposal costs were significantly increased. The contractor further alleged that both it and its trucking subcontractor were forced to haul the excavated and conditioned tunnel muck to inconvenient and expensive disposal sites, all at costs far beyond what had been included in its tender.

Subsequently, the contractor submitted its 369-page claim for \$4.4 million in additional costs associated with tunnel spoil disposal, but

the transit commission responded that there was no valid basis for the claim. After preliminary settlement discussions, the parties agreed to bring the matter before the Dispute Review Board for a formal hearing.

Shortly after a 2-day hearing, the Board released its detailed and comprehensive 41-page written “*Recommendation*”. The three members of the panel, in unanimously rejecting the contractor’s claim, stated that the contractor “*has not made a reasonable case for extra compensation based upon arguments that lay within the four corners of the contract.*”

Subsequently, the contractor notified the transit commission of its rejection of the Board’s Recommendation, and commenced litigation proceedings.

The facts, issues, pleadings, and submissions in the ensuing litigation were virtually identical to those which were put before the Board. However, in its Statement of Claim, the contractor made no reference whatsoever to the hearing before, or to the Recommendation of, the Board. So the transit commission, in its Statement of Defence, pleaded that “*(t)he claim being asserted by [the contractor] against [the transit commission] in this litigation is precisely the same claim that was submitted by [the contractor] and [the transit commission] to the DRB for hearing more than 2 ½ years ago*”.

The transit commission also pleaded that the commencement of this litigation gave rise to the risk of the court making a decision that would be inconsistent with the Recommendation made 2½ years earlier



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

<http://adrcanada.force.com/adrmemberssearch>



by the panel of three eminently qualified and experienced experts comprising the Dispute Review Board; and that inconsistent decisions would bring the alternative dispute resolution and DRB processes into disrepute.

Furthermore, the transit commission pleaded that, as a matter of public policy, the commencement of litigation, after the same claim was unanimously and unequivocally rejected previously by a DRB, created a precedent that only served to discredit the benefits of the partnering, dispute resolution and DRB concepts and processes, and to discourage other parties on other projects from attempting to resolve their disputes using those concepts and processes instead of litigation.

The litigation settled before trial. And money changed hands. The parties obviously felt that it would be more prudent to settle the claim than to bet on a successful result at trial. Despite the expense, time and resources which were incurred by the parties in initially taking their dis-

pute to the Board, the fact that the Board's Recommendation was non-binding permitted the party, who was not satisfied with the resulting recommendation, simply to transfer the dispute to another forum.

### Epilogue: The Commercial Consequences of the DRB Process

Looking at the bigger picture, DRB members should be mindful of the commercial consequences of their recommendations, or of their failure to make recommendations, and of the unreasonable delays in the DRB process which are not uncommon.

And, by way of overview, one might ask:

- Should there be more quality control with respect to persons who want to serve as DRB members?
- Acknowledging that the DRB process is operating in a real-life commercial setting, what is the duty or responsibility of the DRB to the parties?;

- How does one reconcile the law of contract with the DRB process? This point is somewhat reminiscent of the hot-button issue as to whether arbitrators are required to follow the law<sup>36</sup>;
- Does the DRB have any accountability to the parties when it does not acknowledge the right of the parties to due process with respect to the submission or defence of claims; does not observe or apply any rules of evidence or legal procedure; does not allow either any discovery process or sworn witness testimony or cross-examination; and does not permit the involvement of attorneys?;
- Does a DRB have any accountability to the parties when it waits 6 months after the hearing before releasing its recommendations, only to announce at that time that it has "no jurisdiction"?

As Mr. Justice Felix Frankfurter of the U.S. Supreme Court once wrote, admittedly in another context, "*justice must satisfy the appearance of justice*"<sup>37</sup>. 🌱

Take the Online Course that ADRIO Mediators are praising!

## Practical Ethics for Working Mediators

Sign up today for:

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

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

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

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

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

**Accredited by Law Societies across Canada.**  
Over 340 individuals have already completed  
the Course, with exceptionally positive reviews!





- 1 This paper was delivered at the Dispute Resolution Board Foundation's 17<sup>th</sup> Annual Meeting and Region 1 Conference in Miami, Florida on September 20, 2013
- 2 B.A. (Tor.), LL.B. (Osg.), LL.M. (Harv.), C. Arb., C.S. (Constr.), Arbitrator and Mediator with the Global Engineering and Construction Group of JAMS International (New York, Miami and Toronto Resolution Centers), and Of Counsel to the Toronto construction law firm, Glaholt LLP
- 3 This quotation is excerpted from the DRB provision in the construction contract between the contractor and the transit commission relating to the "Subway Project" defined and discussed below
- 4 For an overview of the use of Dispute Resolution Boards on construction projects, see Harvey J. Kirsh, "Dispute Review Boards and Adjudication: Two Cutting-Edge ADR Processes in International Construction", *Journal of the American College of Construction Lawyers*, Vol. 3, Issue 1, Winter 2009
- 5 See Richard A. Shadbolt, "Resolution of Construction Disputes by Dispute Review Boards" [1999] *The International Construction Law Review* 101, at 104
- 6 See "DRBF Practices and Procedures Manual", Chapter 1, Section 3 (revised April 2007), pages 2-3 (at [http://www.drb.org/manual/1.3\\_final\\_4-07.doc](http://www.drb.org/manual/1.3_final_4-07.doc))
- 7 See "DRBF Practices and Procedures Manual", Chapter 1, Section 3 (revised April 2007), pages 2-3 (at [http://www.drb.org/manual/1.3\\_final\\_4-07.doc](http://www.drb.org/manual/1.3_final_4-07.doc))
- 8 For a Case Study of this project, see *Forum* (the newsletter of The Dispute Resolution Board Foundation), Vol. 8, Issue 2 (May 2004), at page 1
- 9 For a Case Study of this project, see *Forum* (the newsletter of The Dispute Resolution Board Foundation), Vol. 8, Issue 1 (February 2004), at page 1
- 10 See Jim Phillips, "When is Fair Not Fair? Ethics in the DRB Process", in *Forum* (the newsletter of The Dispute Resolution Board Foundation), Vol. 11, Issue 1 (February 2007), at page 1. Also see "DRBF Practices and Procedures Manual (January 2007)", Chapter 1, Section 1, page 1 (at [http://www.drb.org/manual/1.1\\_final\\_12-06.pdf](http://www.drb.org/manual/1.1_final_12-06.pdf))
- 11 John W. Hinchey and Troy L. Harris, *International Construction Arbitration Handbook* (Thomson/West, 2008), at page 30 and fn. 6 of para. 1:10
- 12 Carol C. Menassa and Feniosky Pena Mora, "Analysis of Dispute Review Boards Application in U.S. Construction Projects from 1975 to 2007", *Journal of Management in Engineering* (April 2010), at page 74
- 13 *CPR Dispute Prevention Briefing Report* (at page 8), authored by Randy Hafer and the Construction Advisory Committee of the International Institute for Conflict Prevention & Resolution; but see, *contra*, Kathleen M. J. Harmon, "Case Study as to the Effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project", *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction* (February 2009), particularly the section entitled "Did Use of DRBs Reduce Cost of Resolving Disputes?", at page 7
- 14 *ibid*
- 15 See, for example, Kathleen M. J. Harmon, "Case Study as to the Effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project", *supra*, fn. 13, particularly at pages 5 ff
- 16 Duncan Glaholt, "Reviewing Dispute Review Boards", *JAMS Global Construction Solutions Newsletter* (Fall 2010), at page 7
- 17 This quotation refers to the goal expressly set out in the DRB provision of the construction contract
- 18 See Donald L. Marston, "Dispute Resolution Boards (DRBs) – Creative ADR for Infrastructure Projects", Vol. 18, No. 2 (Fall 2009), *Canadian Arbitration and Mediation Journal* 30, at 31
- 19 Duncan Glaholt, "Reviewing Dispute Review Boards", *supra*, fn. 16, at page 9
- 20 Donald L. Marston, "Dispute Resolution Boards (DRBs) – Creative ADR for Infrastructure Projects", *supra*, fn. 18
- 21 Telephone interview with Senior Counsel for transit commission on Thursday, July 11, 2013
- 22 In his article "Dispute Review Boards: What the Case Law Says About Them" (*Dispute Resolution Journal*, November 2010-January 2011), Daniel D. McMillan wrote: "Many proponents of DRBs discourage appointing attorneys to the panel. However, as DRB practice continues to evolve, parties are increasingly seeing the value of having an attorney or retired judge experienced with construction law on the board. This is because legal and procedural issues are often intertwined with the resolution of technical issues". The article is published online at: [http://findarticles.com/p/mi\\_qa3923/is\\_201011/ai\\_n57034686/?tag=content:co11](http://findarticles.com/p/mi_qa3923/is_201011/ai_n57034686/?tag=content:co11)
- 23 Douglas S. Oles, "Dispute Review Boards" (paper presented at August 4, 2011 Annual Meeting of American Bar Association's Section on Dispute Resolution, Toronto, Ontario), at page 5
- 24 Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils / International Federation of Consulting Engineers
- 25 For an overview of the "DAB" (i.e., "Dispute Adjudication Board") and FIDIC's suite of construction contracts, see Harvey J. Kirsh, "Dispute Review Boards and Adjudication: Two Cutting-Edge ADR Processes in International Construction", *supra*, fn. 4; and Jesse B. Grove and Richard Appuhn, "Comparative Experience with Dispute Boards in the United States and Abroad", *The Construction Lawyer* (Vol. 32, No. 3, Summer 2012), at page 6
- 26 The DRB provision in the construction contract provides that "(t)he Board's decision for resolution of the dispute will be given in writing within two weeks of the completion of the hearings unless the Board requires more time in which case [the contractor] and [the transit commission] will be so advised" (emphasis added)
- 27 Kathleen M. J. Harmon, "Case Study as to the Effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project", *supra*, fn. 13, at page 5
- 28 See *CPR Dispute Prevention Briefing Report* (at page 13), *supra*, fn. 13
- 29 Telephone interview with Senior Counsel for transit commission on Thursday, July 11, 2013
- 30 Promotion of an ongoing dialogue between the parties is evident in the Project's DRB provision, in the construction contract between the transit commission and the contractor, which provides that "It is not intended that the [transit commission] or the [contractor] default on their normal responsibility to amicably and fairly settle their differences by indiscriminately assigning them to the Board. It is intended that the Board encourage the [transit commission] and the [contractor] to resolve potential disputes without resorting to this appeal procedure".
- 31 Kathleen M. J. Harmon, "Case Study as to the Effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project", *supra*, fn. 13, particularly at page 6
- 32 It is curious that the right of appeal is based on an "issue of law", in circumstances where the DRB members, who typically are not attorneys, may not have the requisite background, experience, expertise or qualifications to canvass issues of law in their "decisions"
- 33 For an excellent discussion of this topic, see Deborah Bovarnick Mastin, "Admissibility of Nonbinding Written Dispute Board Recommendations", *JAMS Global Construction Solutions Newsletter* (Winter 2013), at page 1. Also see Christopher T. Horner II, "Should Dispute Review Board Recommendations Be Considered in Subsequent Proceedings?", *The Construction Lawyer* (Vol. 32, No. 3, Summer 2012), at page 17
- 34 In his article "Dispute Review Boards: What the Case Law Says About Them" (*Dispute Resolution Journal*, November 2010-January 2011), Daniel D. McMillan wrote: "Because DRB recommendations are admissible in subsequent proceedings relating to the dispute, parties can manipulate the DRB process to create evidence for use in litigation or arbitration. To prevent this kind of misuse, model DRB provisions are sometimes modified to make DRB recommendations inadmissible in subsequent legal proceedings". The article is published online at: [http://findarticles.com/p/mi\\_qa3923/is\\_201011/ai\\_n57034686/?tag=content:co11](http://findarticles.com/p/mi_qa3923/is_201011/ai_n57034686/?tag=content:co11)
- 35 For a more detailed discussion of the case study described in this section, see Harvey J. Kirsh, "Dispute Review Boards and Adjudication: Two Cutting-Edge ADR Processes in International Construction", *supra*, fn. 4
- 36 For a discussion of this issue, see Roy S. Mitchell, "Must Arbitrators Follow the Law?", *JAMS Global Construction Solutions Newsletter* (Spring 2012), at page 1
- 37 *Offutt v. United States*, (1954) 348 U.S. 11, at 14

## Lorsque les Comités de règlement de différends ne sont pas efficaces<sup>1</sup>

Une récente recherche Google de « Dispute Resolution Boards » et de « Dispute Review Boards » a généré respectivement plus de 15 millions et 27 millions de documents pertinents

par Harvey J. Kirsh<sup>2</sup>

Note de la rédaction :

Un Comité de règlement de différends, ou « CRD », est une création contractuelle, qui offre aux parties contractantes la possibilité de tenter de résoudre leurs demandes d'indemnisation et conflits lorsqu'ils se présentent, particulièrement dans le milieu de la construction (quoique le modèle CRD soit adopté dans d'autres domaines également). Normalement, un CRD qui comporte habituellement trois experts d'ingénierie indépendants et impartiaux, est constitué au début d'un projet, et ses membres visitent le site à l'occasion afin de se familiariser avec le projet de construction tandis qu'il prend forme. En cas de conflit,

le CRD contrôle son propre processus pour la tenue d'une audience informelle, quoiqu'elle soit généralement guidée par une série de règles flexibles. Un CRD a le pouvoir de donner des recommandations à caractère non-obligatoire qui concernent habituellement des questions techniques (plutôt que juridiques), et la crédibilité de ces recommandations peut guider les parties en conflit vers la résolution de leur conflit. Si le conflit n'est pas réglé à cette étape initiale, les parties conservent le droit d'entamer une poursuite ou un arbitrage; toutefois, les parties peuvent prévoir, dans leur contrat, si les recommandations



du CRD seraient admissibles ou non dans des actions judiciaires subséquentes. Les CRD sont reconnus pour leur impartialité et l'expertise de leurs membres, et continuent d'être perçues comme une alternative opportune et rentable au litige ou à l'arbitrage. Tel qu'indiqué dans

l'article ci-dessous, les informations statistiques démontrent que, en Amérique du Nord, le processus de CRD a été utilisé pour plus de 1000 projets et 99 % de ces projets ont été complétés sans avoir recours au litige ou à l'arbitrage.

## Succès des Comités de règlement des différends dans l'industrie de la construction

La mythologie entourant les Comités de règlement des différends (« CRD ») dans l'industrie de la construction est que, depuis leur création il y a 50 ans, ils ont travaillé de façon exceptionnelle, ils ont contribué à étouffer les conflits dans l'œuf » alors qu'il semble qu'un conflit ne puisse être résolu sur place »<sup>3</sup>, et ont représenté un nouvel élément significatif au monde des processus alternatifs de résolution de différends<sup>4</sup>.

Quoique le recours documenté le plus rapidement d'un type de CRD (alors appelé un « Comité de consultation conjoint ») était pour le Boundary Dam Hydroelectric Project dans le Nord-Est de Washington au cours des années 1960<sup>5</sup>, l'origine de leur usage plus courant se situe au milieu des années 1970 dans le cadre de travaux d'ingénierie, particulièrement de projets de creusement de tunnels. Depuis, leur usage s'est étendu à de nombreux projets de construction privés et gouvernementaux complexes aux quatre coins du monde, y compris les projets de génie civil lourd, d'infrastructures, industriels, institutionnels, et commerciaux.

Parmi les projets américains faisant appel aux CRD,<sup>6</sup> on retrouve la Metropolitan Transit Authority de Washington, D.C.; l'America West Arena de Phoenix (salle de concert et aréna de l'équipe de basketball, les Suns de Phoenix); le Inter-Island Terminal du Hawaii's International Airport; le projet SR-90 Bellevue Transit Access de Washington State; et le Hanging Lake Viaduct du Colorado.

De plus, parmi les agences de propriété américaine ayant utilisé des CRD, on retrouve les départements d'autoroutes d'État (p.ex., le California Department of Transportation (Caltrans) et le Florida Department of Transportation (FDOT), lequel utilise les CRD pour de nombreux projets); les autorités du transport en commun; les projets de travaux publics muni-

cipaux (tels que la réhabilitation des ponts, la rénovation des bâtiments, les pipelines et tunnels d'égoût unitaire, les centres de congrès, les palais de justice, les autoroutes, les bibliothèques, les structures de stationnement, les prisons, les écoles et les projets d'alimentation en eau); les universités (p.ex., les salles de classe et les bâtiments médicaux, les bibliothèques, les établissements de recherche, et les centres sportifs); les agrandissements d'aéroports; les barrages; les projets hydroélectriques; les mines; les usines de fabrication; les édifices à bureaux; les installations portuaires; les laboratoires de recherche privés; et les stades publics.

À l'échelle internationale<sup>7</sup>, les comités de résolution de conflit ont également été utilisés en République populaire de Chine (p.ex., le Ertan Hydroelectric Project, de 3,4 milliards \$ US<sup>8</sup>); dans le cadre du Owen Falls Extension Hydroelectric Project en Ouganda<sup>9</sup>; pour le Channel Tunnel liant Folkestone (Angleterre) à Calais (France), de 15 milliards \$ US; lors du projet London Docklands Light Railway; et pour de nombreux projets en Australie, au Bangladesh, au Botswana, au Danemark, en République dominicaine, en Éthiopie, au Honduras, à Hong Kong, en Hongrie, en Inde, en Irlande, en Italie, au Lesotho, à Madagascar, au Mozambique, en Nouvelle-Zélande, au Pakistan, en Pologne, en Roumanie, au Soudan, en Ouganda, au R.-U. et au Vietnam.

Au Canada, le recours aux CRD a gagné du terrain seulement au cours des 20 dernières années. Parmi les projets ayant fait appel à leurs services, on retrouve le Toronto Sheppard Subway Twin Tunnels

Project (1994-2002); le Sir Adam Beck hydroelectric generation complex à Niagara Falls, en Ontario (1996-2005); le Confederation Bridge Project, traversant le Northumberland Strait entre la partie continentale du Nouveau-Brunswick et l'Île-du-Prince-Édouard (1993-1997); le Seymour-Capilano Tunnel à Vancouver, Colombie-Britannique (2004-2008); le Port Mann Water Supply Tunnel à Vancouver, en Colombie-Britannique (2011-2014); le Romaine II Powerhouse d'Hydro Québec (2012-2013); le projet Trans-Canada Highway au Nouveau-Brunswick (2006-2007); le Southeast Trunk Sewer Tunnel de la York Region (au Nord de Toronto) (2011-2014); et le Toronto-York Spadina Subway Extension Project (2009 et en cours).

## Les valeurs principales de CRD

Les valeurs principales reconnues des CRD ont été l'indépendance, l'impartialité et l'équité, en ce qui a trait aux procédures et aux protocoles; ainsi que l'évitement des conflits, et la promotion et l'entretien de bonnes relations de projet<sup>10</sup>.

Considérez ce que plusieurs auteurs indépendants ont observé :

- Un auteur, citant les informations statistiques de la FCRD, a émis le commentaire « en Amérique du Nord, le processus de CRD a été mis à profit pour plus de 1000 projets, et 99 % de ces projets ont été complétés sans recours à l'arbitrage ou au litige »<sup>11</sup>; et
- Un autre auteur a fait l'observation que « un CRD agit à titre d'intermédiaire qui absorbe tous les conflits de négociation non résolus et permet d'éviter leur escalade vers un niveau plus élevé,

## 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 / 1-877-475-4353  
admin@adrCanada.ca, www.adrCanada.ca



prolongé de résolutions tel que l'arbitrage et le litige »<sup>12</sup>; et

- Un Briefing Report du CPR Institute a observé que « les frais des CRD sont minimaux et les avantages offerts sont bien plus importants que ces derniers »<sup>13</sup>. De plus, « le CRD est généralement reconnu en tant que l'un des moyens les plus efficaces et productifs de prévenir et de résoudre les demandes d'indemnisation et conflits des projets de construction »<sup>14</sup>.

## Les informations à propos des CRD sont-elles toutes positives?

Certains projets où on a fait appel aux CRD se sont moins bien déroulés que prévu pour l'une ou l'autre des parties, et dont le processus a reçu des critiques et généré des dépenses, des retards et des frustrations considérables<sup>15</sup>. Comme l'a commenté ironiquement un auteur, « Oscar Wilde a apparemment dit de George Bernard Shaw qu'il n'avait aucun ennemi dans le monde entier, mais qu'aucun de ses amis ne l'appréciait. On pourrait dire la même chose des comités de résolution de conflits »<sup>16</sup>.

## Étude de cas sur un projet actuel de construction de métro et de creusement de tunnels

Un nouveau projet de construction de métro et de creusement de tunnels est en cours au Canada (le « **Projet métro** »), sous l'égide de la commission de transport de la municipalité, et la complétion n'est pas prévue avant l'automne 2016. Puisque le projet est en cours, et puisqu'on s'attend à ce que le CRD continue d'assumer son rôle traditionnel pendant plusieurs années encore, ni le projet, ni les participants ne seront identifiés dans le présent article. Comme Sergeant Friday, de la vieille série télé « Dagnet », aurait pu dire, « L'histoire que vous allez entendre est vraie. Seulement les noms ont été changés pour protéger les innocents ».

Le Projet métro implique le prolongement d'une nouvelle ligne de métro souterraine, qui a été conçue par la commission de transport et ses consultants. La mise en œuvre de ce design considère l'excavation

de tunnels forés jumeaux, à l'aide de machines de forage de tunnel à pression de terre (EPB), ainsi que la construction de plusieurs nouvelles stations de métro, le tout entraînant des dépenses estimées de plusieurs milliards de dollars.

Le contrat de construction entre la commission de transport et l'entrepreneur prévoit que les conflits ne pouvant être résolus par négociation pourraient être soumis, avec le consentement des deux parties, à un arbitrage. Cependant, le contrat prévoit également que ni un arbitrage, ni un litige n'aura lieu avant la complétion des travaux. En conséquence, « afin d'éviter les retards de construction et tout litige »<sup>17</sup>, la commission de transport ou l'entrepreneur peut « faire appel » relativement à un litige au CRD, dès qu'il semble que les efforts habituels de résolution de conflit échouent.

Mais, tandis que l'histoire se poursuit, nous sommes informés de certaines faiblesses et de certains défis du processus du CRD.

## Sélection du groupe de CRD pour le Projet métro

Idéalement, il est essentiel pour une « culture » efficace du CRD que les membres du Comité soient sélectionnés pour leur neutralité, leur intégrité, leur expérience et leur expertise<sup>18</sup>. Et comme l'a observé un

auteur, « le pouvoir moral des recommandations du [CRD] semble se situer dans la confiance des parties envers l'expertise technique, la compréhension de première main des conditions du projet, le jugement pratique et la transparence globale du processus de révision des conflits des membres de leur comité de révision de conflit »<sup>19</sup>. Mais à part les connaissances techniques requises pour les projets de construction, d'ingénierie et d'infrastructure complexes, les membres du Comité doivent également avoir les compétences pour gérer les « problèmes d'interprétation de contrat. . . qui entraînent des conflits relatifs à diverses questions, telles que les exigences contractuelles associées aux problèmes d'envergure, de retards, de calendrier et de rendement »<sup>20</sup>.

Dans une entrevue pour cet article, l'avocat principal de la commission de transport, lorsqu'interrogé sur son opinion des CRD, a indiqué que « cela change de jour en jour », mais « la composition du groupe d'experts est fondamentale »<sup>21</sup>. L'une des faiblesses, il a admis, est que les avocats n'ont pas été bien accueillis en général en tant que participants au processus d'un CRD, que ce soit à titre de conseillers ou de membres d'un Comité, ce qui signifie souvent que les membres d'un Comité, dont l'expérience a habituellement été acquise en ingénierie, ont tendance à éprouver des difficultés avec les questions juri-

## Externalisation des services de l'IAMC

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

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



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





diques et d'interprétation de contrat<sup>22</sup>. De façon similaire, un autre commentateur a écrit récemment que « *les membres du groupe d'experts d'un CRD seront probablement moins efficaces pour l'interprétation des conditions de contrat commercial et/ou les actes législatifs, surtout quand les problèmes des parties dépendent de l'interprétation des responsabilités implicites de common law* »<sup>23</sup>.

Dans le cas du Projet métro, il semblait y avoir un processus clos, sous la forme d'un appel d'offres par la commission de transport pour la présentation de soumissions concurrentielles (appelées « *Propositions* ») des membres potentiels d'un CRD, créant une liste de six postulants favoris de l'Illinois, de la Californie, de New York, de l'Idaho, et du Colorado. Le fait qu'aucun des membres du Comité n'était résident ou ne menait des affaires au Canada signifiait que les horaires pouvaient être plus difficiles à coordonner et qu'il y aurait des frais additionnels, associées au temps consacré aux voyages et aux dépenses pour les services des membres du Comité. L'entrepreneur n'occupait aucun rôle dans ce processus d'obtention, autre que celui de choisir parmi la liste de présélection.

Dans leurs propositions, les soumissionnaires devaient déclarer et divulguer tout conflit d'intérêt potentiel, mais seulement pour autant que la municipalité et la commission de transport étaient concernées, et sans considérer l'entrepreneur. Puisqu'il n'existait pas de système de points ou autre méthode pour distinguer ou discerner les divers soumissionnaires, il semblait que les Propositions étaient ensuite évaluées en fonction de leurs taux horaires (notamment dans la fourchette de 225,00 \$ US).

Étrangement, malgré le fait qu'on s'attendait à ce que les membres du Comité CRD soient indépendants et neutres, les soumissionnaires devaient « *proposer et offrir d'accomplir le travail tel qu'attribué par la [commission de transport]* ». De plus, les soumissions étaient admissibles pour une période de 60 jours à partir de la date de clôture des soumissions, « *et que la [commission de transport] pouvait en tout temps accepter cette Proposition, au*

*cours de cette période* ». La commission de transport conservait le contrôle du processus.

Quoiqu'une courte liste de soumissionnaires pour les postes au Comité comprenait des candidats qui étaient des ingénieurs-conseils avec une vaste expérience en construction et en ingénierie, elle ne semblait pas inclure de professionnels de l'ingénierie qui étaient clairement reconnus pour leur expérience et expertise des plus significatives en projets de construction souterrains et de transport en commun, et ayant récemment aussi été membre d'autres comités de résolution de conflits. En fait, la liste des soumissionnaires favoris comprenait même un directeur/superviseur d'un cabinet d'ingénierie en construction lourde qui n'était pas lui-même ingénieur.

### Organisation initiale du CRD

Évidemment, un CRD ne réussit que grâce à ses membres, et leurs compétences pour l'adoption de méthodes et protocoles organisés, appropriés et équitables. Cependant, dans le cas du Projet métro, il semblait que le CRD était quelque peu distrait et confus dans son organisation initiale. Les Règles d'exploitation et l'Entente de trois parties du CRD, rédigées et émises par le CRD, contenaient toutes deux des inexactitudes, des différences, des conflits et des incohérences, et faisaient même référence à des sections du contrat de construction inexistantes. De plus, dans des communications avec les parties, le CRD a mentionné de façon erronée qu'il était le « *CDC* » (i.e., « *Comité de décisions de conflit* »), ce qui est évidemment une forme différente de processus neutre permanent utilisé en grande partie en Europe en vertu d'une série des codes de contrats de construction de la FIDIC<sup>24</sup> « *Rouge* », « *Jaune* », et « *Argent* »<sup>25</sup>.

Fait important, les documents identifiaient également de manière inappropriée le nom de l'entrepreneur, en tant que « *coentreprise* » plutôt que « *société à responsabilité limitée* ». D'un point de vue juridique, la différence est importante. Lorsque ces éléments ont été soulignés, le CRD a présenté ses excuses, indiquant que la fausse appella-

tion de l'entrepreneur provenait du fait que lorsque les documents avaient été rédigés, le CRD utilisait les adresses courriel et cartes d'affaires, plutôt que le contrat de construction comme tel.

Également, le CRD a reconnu que, quant aux inexactitudes, différences, conflits et incohérences de la rédaction de ces documents, elle avait confondu le Projet métro pour un autre, indiquant que les documents avaient été envoyés avant d'avoir pu être révisés, et qu'il avait entrepris d'émettre une version corrigée. Toutefois, plus d'un an s'étant écoulé, le CRD n'a rien fait pour corriger de façon formelle les Règles d'exploitation ou l'Entente des trois parties du CRD.

Ce manque d'attention et de minutie a entraîné chez les parties, particulièrement l'entrepreneur, une perte d'assurance et de confiance aux processus du CRD.

### Le Processus d'audience

Quoique la disposition du CRD dans le contrat de construction pour le Projet métro prévoit que le CRD « *établira ses propres règles d'exploitation* », elle indique également que « *les conflits seront considérés le plus rapidement possible* ». De la même façon, les Règles d'exploitation exigent la « *prévention et la résolution rapides des conflits* ».

Cela dit, le processus du CRD a connu des retards importants, ce qui a frustré les parties, et, encore une fois, les a incités à repenser leur engagement dans le processus. Certaines audiences ont été prévues plusieurs mois plus tard; le CRD a parfois permis à l'une des parties de suspendre les dates d'audience, malgré l'objection de l'autre partie; et le temps s'écoulant entre l'audience elle-même et l'émission des Conclusions et Recommandations du CRD est parfois excessivement long, de plusieurs mois, plutôt que la période de 2 semaines prévues par le contrat de construction<sup>26</sup>. Comme l'a écrit l'auteur, « *L'objectif du CRD est justement de résoudre les conflits de façon contemporaine. . . . On peut toujours espérer, mais les gens d'expérience de l'industrie savent que plus une demande de changement/demande d'indemnisation attend une résolution,*





plus les positions se renforcent et les frais augmentent. »<sup>27</sup>.

Le problème des retards du CRD dans le Projet métro est accentué par le fait que l'entrepreneur a de nombreux millions de dollars en demandes d'indemnisation, dont 90 % demeurent non résolues, et que, tel qu'indiqué ci-dessus, le contrat de construction prévoit que ni un arbitrage ni un litige n'aura lieu avant la complétion des travaux. Cela signifie que l'entrepreneur doit maintenir ses demandes d'indemnisation pendant au moins plusieurs années, sans tout le capital et les autres bénéfices qui pourraient être obtenus à l'aide d'un processus de CRD plus efficace et plus rapide. Dans ces circonstances, donc, le processus est perçu comme non équitable, en ce que les retards ont tendance à jouer en faveur d'une des parties (la commission de transport) au détriment de l'autre (l'entrepreneur).

Une autre préoccupation relative au processus d'audience est que, quoique ni la disposition du CRD dans le contrat de construction, ni les Règles d'exploitation, ni l'Entente des trois parties du CRD n'exclut de manière explicite le droit d'une partie d'être représenté par un avocat à une audience, le CRD n'a typiquement pas permis une représentation juridique (y compris un avocat interne), même lorsque l'interprétation du contrat et les questions juridiques sont abordées.

De façon similaire, les Règles d'exploitation indiquent que les seuls employés essentiels de chaque partie peuvent assister aux audiences, et que seulement une personne par partie devra être désignée par le présentateur principal. Le processus du

CRD, toutefois, devrait être accommodant et sensible aux différences de langue et de culture de l'entrepreneur. À une époque où le marché mondial dicte que les entrepreneurs peuvent avoir des pays « étrangers » en tant que ports d'attache, avec des cultures et systèmes juridiques différentes, et des langues maternelles autres que l'anglais, il peut être intimidant et difficile pour le représentant d'un entrepreneur de présenter correctement et avec cohérence les soumissions techniques et contractuelles requises par le CRD. À cet effet, le Briefing Report du CPR Institute, mentionné ci-dessus, commentait « *Quoique les présentations du CRD soient effectuées habituellement par le personnel du projet, avec des connaissances de première main des faits et réalités du projet, il peut être nécessaire parfois de demander à un avocat de faire ces présentations. Par exemple, si les participants au projet ont des difficultés linguistiques, faire appel aux services d'un avocat peut être souhaitable* »<sup>28</sup>.

Étant donné la multitude et la complexité de certaines des demandes individuelles et liées d'indemnisation et de prolongement des délais ayant eu lieu dans le cadre du Projet métro, et le caractère informel et les contraintes du processus d'audience, les parties s'inquiètent également bien sûr de savoir si le CRD a effectivement compris la nature et les nuances des demandes d'indemnisation, tant en ce qui a trait à la responsabilité qu'à la rémunération; si le CRD comprend et a répondu à toutes les questions; et si ces inquiétudes possibles, si elles sont exactes dans une certaine mesure, affecteraient la capacité du CRD à faire des recommandations complètes, équitables et réfléchies.

## Les Conclusions et Recommandations de la CRD

(i) **Solution inefficace?** : l'avocat principal de la commission de transport, interviewé pour cet article<sup>29</sup>, a observé que personne ne doit croire l'illusion selon laquelle les membres du CRD ont pour mission de *résoudre* des problèmes sur le site ou des conflits entre les parties. Leur rôle se limite à la *révision* des questions qui leur sont soumises, la promotion du dialogue entre les parties<sup>30</sup>, et la présentation de leurs opinions à titre de conseils, non obligatoires. Ainsi, il croit qu'une « *faiblesse* » importante du processus est le fait que de nombreux membres du CRD ont tendance à vouloir plaire aux deux parties, adoptant une approche modérée, et généralement, de trouver une solution inefficace. Cependant, étant donné la situation fâcheuse du capital avec laquelle devra composer tout entrepreneur reportant la détermination de ses demandes d'indemnisation, ce point de vue d'une solution stratégiquement faible ne serait probablement pas partagé par un entrepreneur qui estime que les recommandations du CRD ont tendance à apaiser l'une des parties (la commission de transport) au détriment de l'autre (l'entrepreneur).

(ii) « **Aucune juridiction** » : le Projet métro ne devant pas se terminer avant l'automne 2016, et l'entrepreneur, ayant complété seulement environ 50 % de son travail, a déjà une panoplie de demandes d'indemnisation complexes (plus les demandes des sous-traitants) pour un montant de plusieurs millions de dollars, dont plusieurs sont des demandes de prolongement des délais et de rémunération additionnelle pour les retards.

À part demander des recommandations pour ces demandes au CRD, l'entrepreneur pourrait avoir le droit mais pas de solution à ce moment pour retirer ses demandes d'indemnisation, puisque le contrat prévoit qu'il n'y aura aucun litige ni arbitrage avant la fin du projet.

Quelle était la cause du retard, et comment les demandes d'indemnisation pour les retards ont-elles été traitées par le CRD? Voici le contexte :

À l'automne 2011, l'un des sous-traitants

### « 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)



du Projet métro, alors qu'il utilisait un appareil de forage, a été impliqué dans une mésaventure grave et tragique, causant la mort et des blessures graves à plusieurs travailleurs sur place.

Immédiatement, le ministère du Travail a émis un ordre d'arrêt de travail et la commission de transport a réagi en ordonnant un arrêt de tous travaux dans cette zone du site. En temps voulu, après une enquête du ministère et de la police, l'entrepreneur et le sous-traitant ont été accusés d'avoir commis des infractions en vertu du *Occupational Health and Safety Act*. Cela a exposé l'entrepreneur à la possibilité de pénalités, amendes, vérifications, sanctions législatives et frais supplémentaires importants pour lesquels l'entrepreneur demande une indemnisation au sous-traitant.

L'incident a également entraîné un retard de 3 à 6 mois dans les activités de creusement des tunnels et de construction dans l'environnement du site où il s'est produit. L'effet net sur le Projet métro a été que certaines des dates contractuelles importantes ne seront probablement pas respectées, et, de plus, l'entrepreneur s'est exposé à la possibilité de devoir envers la commission de transport un montant substantiel en dommages-intérêts extrajudiciaires (jusqu'à 70 000,00 \$ par jour dans certains cas).

La position de l'entrepreneur est que la cause effective du retard était la négligence de son sous-traitant, mais il allègue également que l'organisme de transport a partagé la responsabilité pour avoir cessé les travaux et obligé le sous-traitant à poursuivre des travaux inutiles, ce qui a en fin de compte mené à l'incident de l'appareil de forage.

Le sous-traitant n'est pas impliqué dans le processus du CRD. Lorsque la demande d'indemnisation de l'entrepreneur contre la commission de transport pour des dommages associés au retard a été soumise au CRD, le CRD, après avoir permis plusieurs suspensions, a mis près de 6 mois pour émettre ses recommandations, déterminant en fin de compte, sans explication, qu'il n'avait « aucune juridiction » en réponse à bon nombre des demandes d'indemnisa-

tion. Tel qu'observé ailleurs, « *la mission principale de la recommandation du [CRD] est de convaincre les parties de la sagesse du règlement proposé par le groupe d'experts. La recommandation est la façon dont le CRD démontre sa connaissance du projet; comprendre les deux côtés d'un conflit, ainsi que l'analyse de la solution aux conflits, la recommandation elle-même* »<sup>31</sup>. Cependant, refuser la juridiction pour fournir une recommandation, qu'elle soit crédible, informée ou autre, n'aide pas les parties à trouver une solution pour leurs conflits.

De plus, toutes les questions n'ont pas été abordées par le CRD, et l'entrepreneur croyait que les recommandations démontraient un manque de compréhension de ce qui était demandé.

On peut se demander si le CRD tentait d'éviter de devoir faire face aux questions de responsabilité et dommages associées au retard causé par l'arrêt de travail entraîné par l'incident impliquant l'appareil de forage. Cependant, puisque le mandat et la juridiction du CRD était uniquement d'émettre des recommandations non-obligatoires et sous réserve de tous droits, on peut se demander pourquoi le CRD ne voulait pas faire face aux demandes d'indemnisation, utilisant « aucune juridiction » à titre d'excuse (puis faisant attendre les parties pendant 6 mois).

Le processus du CRD pour cette audience a été coûteux, excessivement lent, et en fin de compte infructueux. Sans recommandation ou indice sur l'évaluation du CRD des demandes d'indemnisation pour le retard, l'entrepreneur doit maintenant mener une partie de sa demande d'indemnisation de plusieurs millions de dollars vers la commission de transport jusqu'à la fin du projet. Cela entraînera bien sûr des problèmes sérieux de flux de caisses, même pour des grandes entreprises d'entrepreneur. Encore une fois, cela renforce la perception selon laquelle le processus est inéquitable, et agit en faveur de l'une des parties (la commission de transport) et au détriment de l'autre (l'entrepreneur).

(iii) **Admissibilité des « Recommandations » du CRD** : le contrat de construc-

tion pour le Projet métro envisage que le CRD fournisse des « recommandations orales ou écrites » en ce qui a trait aux conflits qui y sont soumis. Il prévoit également que, avant la révision du conflit, les parties pourraient opter pour que la « décision » du CRD soit obligatoire pour eux, auquel cas il n'y aurait pas de droit de recours, sauf pour une question de loi<sup>32</sup>. Le contrat de construction est muet et n'aborde pas de manière explicite ce qui se produit en absence d'une telle entente, mais on peut s'attendre à ce que, dans de telles circonstances, les recommandations du CRD soient sous réserve de tout droit, et ne soient ni définitifs, ni exacts.

Toutefois, cette inférence ou supposition ne règle pas la question de l'admissibilité de telles recommandations dans des procédures judiciaires subséquentes (i.e., litige, arbitrage, et/ou médiation)<sup>33</sup>. La position en défaut serait probablement que, quoiqu'elles ne soient pas obligatoires, les recommandations seraient néanmoins admissibles<sup>34</sup>.

Pour cette raison, l'entrepreneur du Projet métro a négocié une entente collatérale avec la commission de transport. Cette entente a été conclue en raison des sentiments de confiance compromis des parties et de leurs attentes réduites en ce qui a trait au CRD, mais elle a malheureusement servi également à subvertir l'intention générale du processus du CRD.

### Une étude de cas anecdotique sur l'admissibilité<sup>35</sup>

La commission de transport avait développé précédemment un autre Projet métro au Canada 11 ans plus tôt, lequel prévoyait une composante de tunnels jumeaux au coût d'approximativement 93 millions de dollars.

L'entrepreneur pour les travaux de creusement de tunnels était une coentreprise rassemblant 3 entrepreneurs d'expérience et respectés. Le contrat de creusement de tunnels a établi, et déterminé la procédure, le fonctionnement et les caractéristiques essentielles d'un Comité de révision des différends, et le mandat du Comité prévoyait la présentation des recommandations écrites aux parties afin de contribuer



à la résolution de conflits. Cependant, quoiqu'elles ne soient pas obligatoires pour l'une ou l'autre des parties, le contrat prévoyait que « *les recommandations du Comité de révision des différends aient une grande importance pour [la commission de transport] et [l'entrepreneur]* ».

Les 3 membres du Comité pour ce projet étaient un ingénieur de premier plan possédant une expérience et une expertise significatives au sein de projets souterrains et de transport en commun; un Professeur en génie civil de la Stanford University, ayant acquis de l'expérience en tant que témoin expert dans des dossiers impliquant des questions géotechniques, contractuelles ou de pratique de la construction, et ayant agi à titre de président et de membre de nombreux autres comités de révision de différends; et un ingénieur-conseil avec une expérience significative en gestion de contrats d'envergure de creusement de tunnels et d'autres contrats en construction souterraine, et ayant également une expérience considérable en tant que président de nombreux comités de révision de différends associées à des projets de creusement de tunnels, de métro et autres projets de construction et d'infrastructure.

Rapidement après avoir entamé les travaux de creusement de tunnels, l'entrepreneur de coentreprise a remis un avis à la commission de transport indiquant qu'il encourrait des frais additionnels suite à des problèmes de traitement de déchets de laitance en raison de l'usage élevé de mousse. L'entrepreneur a allégué que la quantité réelle de mousse qu'il devait utiliser pour l'excavation efficace des tunnels dépassait grandement ce qu'il avait estimé utiliser et ce qui pouvait avoir été prévu qu'il utilise; et il soutenait que, en conséquence de l'usage élevé de mousse, son excès de tunnel était réduit à une telle condition d'affaiblissement que ses frais de traitement des déchets avaient augmenté considérablement. L'entrepreneur a également allégué que lui et son sous-traitant de camionnage devaient remorquer la laitance de tunnel excavée et conditionnées vers des sites de traitement non pratiques et coûteux, tout cela à des frais bien supérieurs à ce que sa proposition prévoyait.

Subséquentement, l'entrepreneur a soumis sa demande d'indemnisation de 369 pages pour un montant de 4,4 millions \$ en frais additionnels associés au traitement de l'excès de tunnel, mais la commission de transport a répondu que la demande d'indemnisation n'était pas fondée. Après des discussions de règlement préliminaires, les parties ont convenu de mener l'affaire devant le Comité de révision de différends pour une audience formelle.

Peu après une audience de deux jours, le Comité a émis sa « Recommandation » écrite détaillée et complète de 41 pages. Les trois membres du groupe d'experts, rejetant à l'unanimité la demande d'indemnisation de l'entrepreneur, lui ont indiqué « *n'a pas présenté un dossier raisonnable pour une rémunération additionnelle reposant sur des arguments tels que définis par le contrat.* »

Subséquentement, l'entrepreneur a informé la commission de transport de son rejet de la Recommandation du Comité, et a entamé la procédure de litige.

Les faits, questions, plaidoiries et soumissions du litige consécutif étaient pratiquement identiques à ceux qui avaient été présentés au Comité. Toutefois, dans sa Déclaration de demande d'indemnisation, l'entrepreneur ne mentionnait aucunement l'audience précédente, ni de la Recommandation, du Comité. Alors la commission de transport, dans l'Exposé de la défense, a fait valoir que « *la demande d'indemnisation revendiquée [l'entrepreneur] contre [la commission de transport] dans sa poursuite est précisément la même demande d'indemnisation soumise par [l'entrepreneur] et [la commission de transport] à la CRD pour audience il y a plus de 2 ans ½.* »

La commission de transport a également fait valoir que le début de ce litige avait entraîné le risque que le tribunal prenne une décision qui serait incohérente par rapport à la Recommandation présentée 2 ans ½ auparavant par le groupe de trois experts aux compétences et à l'expérience de premier plan, formant

le Comité de révision de différends; et que des décisions incohérentes mettraient la résolution alternative du conflit et les processus du CRD en discrédit.

De plus, la commission de transport a fait valoir que, en matière de politique publique, le début du litige, une fois que la même demande d'indemnisation ait d'abord été rejetée de façon unanime et sans équivoque par un CRD, créait un précédent qui ne servirait seulement qu'au discrédit des avantages du partenariat, de la résolution de conflits et des concepts et processus du CRD, et à décourager les autres parties de participer à d'autres projets de tenter de résoudre leur conflits au moyen de ces concepts et processus plutôt que par une poursuite.

Le litige a été réglé avant le procès. Et l'argent a changé de mains. Les parties ont de façon évidente senti qu'il serait plus prudent de régler la demande d'indemnisation que de parier sur une issue fructueuse au procès. Malgré les dépenses, le temps et les ressources encourus par les parties en présentant d'abord leur différend devant le Comité, le fait que la Recommandation du Comité ait été non-obligatoire a permis à la partie, qui n'était pas satisfaite de la recommandation émise, de mener simplement le conflit vers un autre forum.

## Épilogue : les conséquences commerciales du processus du CRD

En adoptant une vue d'ensemble, les membres du CRD devraient tenir compte des conséquences commerciales de leurs recommandations, ou de leur incapacité à faire des recommandations, et les retards déraisonnables du processus du CRD, qui sont peu hors du commun.

Et, pour donner un aperçu, on pourrait demander :

- Devrait-il y avoir davantage de contrôle de la qualité en ce qui a trait aux personnes désirant devenir membres d'un CRD?
- En tenant compte du fait que le processus d'un CRD ait lieu dans un milieu commercial réel, quel est le rôle ou la responsabilité des parties envers le CRD?;





- Comment réconcilier le droit contractuel avec le processus d'un CRD? Ce point nous rappelle quelque peu le sujet chaud de déterminer si les arbitres doivent ou non respecter la loi<sup>36</sup>;
- Le CRD est-il responsable envers les parties si il ne reconnaît par le droit des parties à une application régulière de la loi à l'égard de la soumission ou de la défense des demandes d'indemnisation; n'observe ni ne respecte les lois de la preuve ou la procédure judiciaire; ne permet pas non plus le processus de découverte ou le témoignage d'un témoin assermenté ou le contre-interrogatoire; et ne permet pas l'implication

des avocats?;

- Un CRD est-il responsable envers les parties alors qu'il attend 6 mois après l'audience avant d'émettre ses recommandations, pour finalement annoncer qu'il n'a « aucune juridiction »?

Comme M. Justice Felix Frankfurter de la Cour suprême des États-Unis a déjà écrit, dans un autre contexte il faut l'admettre, « la justice doit satisfaire l'apparence de justice »<sup>37</sup>. 🚫

Advertise  
Affichez votre  
publicité



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

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

Affichez votre publicité dans le Journal  
canadien d'arbitrage et de médiation  
Informez-vous sur les tarifs : [janet@adrCanada.ca](mailto:janet@adrCanada.ca)

416-487-4733 • 877-475-4353

- 1 Ce document a été présenté à la Dispute Resolution Board Foundation's 17th Annual Meeting and Region 1 Conference à Miami, Floride le 20 septembre 2013
- 2 B.A. (Tor.), LL.B. (Osg.), LL.M. (Harv.), C. Arb., C.S. (Constr.), Arbitrator and Mediator with the Global Engineering and Construction Group of JAMS International (New York, Miami and Toronto Resolution Centers), and Of Counsel to the Toronto construction law firm, Glaholt LLP
- 3 Cette citation est extraite de la disposition sur le CRD dans le contrat de construction entre l'entrepreneur et la commission de transport en ce qui a trait au « Projet de métro » défini et expliqué ci-dessous
- 4 Pour un aperçu de l'usage des Comités de règlement des différends pour les projets de construction, voir Harvey J. Kirsh, « *Dispute Review Boards and Adjudication: Two Cutting-Edge ADR Processes in International Construction* », *Journal of the American College of Construction Lawyers*, Vol. 3, Issue 1, Winter 2009
- 5 Voir Richard A. Shadbolt, « *Resolution of Construction Disputes by Dispute Review Boards* » [1999] *The International Construction Law Review* 101, à 104
- 6 Voir « *CRDF Practices and Procedures Manual* », Chapter 1, Section 3 (revised April 2007), pages 2-3 ([http://www.CRD.org/manual/1.3\\_final\\_4-07.doc](http://www.CRD.org/manual/1.3_final_4-07.doc))
- 7 Voir « *DRBF Practices and Procedures Manual* », Chapter 1, Section 3 (revised April 2007), pages 2-3 ([http://www.CRD.org/manual/1.3\\_final\\_4-07.doc](http://www.CRD.org/manual/1.3_final_4-07.doc))
- 8 Pour une étude de cas de ce projet, voir *Forum* (le bulletin de la Fondation du Comité de règlement des différends), Vol. 8, Issue 2 (May 2004), à la page 1
- 9 Pour une étude de cas de ce projet, voir *Forum* (le bulletin de The Dispute Resolution Board Foundation), Vol. 8, Issue 1 (February 2004), à la page 1
- 10 Voir Jim Phillips, « *When is Fair Not Fair? Ethics in the CRD Process* », dans *Forum* (le bulletin de The Dispute Resolution Board Foundation), Vol. 11, Issue 1 (February 2007), à la page 1. Voir également « *CRDF Practices and Procedures Manual* (January 2007) », Chapter 1, Section 1, page 1 ([http://www.CRD.org/manual/1.1\\_final\\_12-06.pdf](http://www.CRD.org/manual/1.1_final_12-06.pdf))
- 11 John W. Hinchey and Troy L. Harris, *International Construction Arbitration Handbook* (Thomson/West, 2008), à la page 30 and fn. 6 of para. 1:10
- 12 Carol C. Menassa and Feniosky Pena Mora, « *Analysis of Dispute Review Boards Application in U.S. Construction Projects from 1975 to 2007* », *Journal of Management in Engineering* (April 2010), à la page 74
- 13 *CPR Dispute Prevention Briefing Report* (à la page 8), par Randy Hafer et le Construction Advisory Committee of the International Institute for Conflict Prevention & Resolution; mais voir, *contra*, Kathleen M. J. Harmon, « *Case Study as to the Effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project* », *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction* (February 2009), particulièrement la section intitulée « *Did Use of CRDs Reduce Cost of Resolving Disputes?* », à la page 7
- 14 *ibid*
- 15 Voir, par exemple, Kathleen M. J. Harmon, « *Case Study as to the Effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project* », *supra*, fn. 13, particularly à la page 5 ff
- 16 Duncan Glaholt, « *Reviewing Dispute Review Boards* », *JAMS Global Construction Solutions Newsletter* (Fall 2010), à la page 7
- 17 Cette citation fait référence au but défini de façon explicite par la disposition du CRD relativement au contrat de construction
- 18 See Donald L. Marston, « *Dispute Resolution Boards (DRBs) – Creative ADR for Infrastructure Projects* », Vol. 18, No. 2 (Fall 2009), *Canadian Arbitration and Mediation Journal* 30, à 31
- 19 Duncan Glaholt, « *Reviewing Dispute Review Boards* », *supra*, fn. 16, page 9
- 20 Donald L. Marston, « *Dispute Resolution Boards (DRBs) – Creative ADR for Infrastructure Projects* », *supra*, fn. 18
- 21 Entrevue téléphonique avec l'avocat principal de la commission de transport jeudi le 11 juillet 2013
- 22 Dans cet article « *Dispute Review Boards: What the Case Law Says About Them* » (*Dispute Resolution Journal*, November 2010-January 2011), Daniel D. McMillan wrote: « *Many proponents of CRDs discourage appointing attorneys to the panel. However, as CRD practice continues to evolve, parties are increasingly seeing the value of having an*

- attorney or retired judge experienced with construction law on the board. This is because legal and procedural issues are often intertwined with the resolution of technical issues* ». Cet article est publié en ligne au : [http://findarticles.com/p/mi\\_qa3923/is\\_201011/ai\\_n57034686/?tag=content:col1](http://findarticles.com/p/mi_qa3923/is_201011/ai_n57034686/?tag=content:col1)
- 23 Douglas S. Oles, « *Dispute Review Boards* » (paper presented at August 4, 2011 Annual Meeting of American Bar Association's Section on Dispute Resolution, Toronto, Ontario), page 5
- 24 Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils / International Federation of Consulting Engineers
- 25 Pour un survol des «DAB» (i.e., «Dispute Adjudication Board») and FIDIC's suite of construction contracts, see Harvey J. Kirsh, « *Dispute Review Boards and Adjudication: Two Cutting-Edge ADR Processes in International Construction* », *supra*, fn. 4; and Jesse B. Grove and Richard Appuhn, « *Comparative Experience with Dispute Boards in the United States and Abroad* », *The Construction Lawyer* (Vol. 32, No. 3, Summer 2012), page 6
- 26 Les dispositions concernant le CRD dans le contrat de construction prévoyait que «(t)he Board's decision for resolution of the dispute will be given in writing *within two weeks of the completion of the hearings unless the Board requires more time in which case [the entrepreneur] and [the commission de transport] will be so advised*» (emphase ajoutée)
- 27 Kathleen M. J. Harmon, « *Case Study as to the Effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project* », *supra*, fn. 13, page 5
- 28 Voir *CPR Dispute Prevention Briefing Report* (à la page 13), *supra*, fn. 13
- 29 Entretien téléphonique avec le conseiller senior de la commission de transport jeudi le 11 juillet 2013
- 30 La promotion d'un dialogue constant entre les parties est évident au sein des dispositions d'un projet CDR, dans un contrat de construction entre la commission de transport et l'entrepreneur prévoyant que « *It is not intended that the [commission de transport] or the [entrepreneur] default on their normal responsibility to amicably and fairly settle their differences by indiscriminately assigning them to the Board. It is intended that the Board encourage the [commission de transport] and the [entrepreneur] to resolve potential disputes without resorting to this appeal procedure* ».
- 31 Kathleen M. J. Harmon, « *Case Study as to the Effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project* », *supra*, fn. 13, particulièrement à la page 6
- 32 Il est étrange que le droit de recours repose sur une « *question de loi* », dans des circonstances où les membres du CRD, qui ne sont habituellement pas des avocats, n'ont peut-être pas la formation, l'expérience, l'expertise et les compétences requises pour promouvoir des questions de loi dans leurs « *décisions* »
- 33 Pour une excellente discussion à ce sujet, voir Deborah Bovarnick Mastin, « *Admissibility of Nonbinding Written Dispute Board Recommendations* », *JAMS Global Construction Solutions Newsletter* (Winter 2013), à la page 1. Voir aussi Christopher T. Horner II, « *Should Dispute Review Board Recommendations Be Considered in Subsequent Proceedings?* », *The Construction Lawyer* (Vol. 32, No. 3, Summer 2012), à la page 17
- 34 Dans cet article « *Dispute Review Boards: What the Case Law Says About Them* » (*Dispute Resolution Journal*, November 2010-January 2011), Daniel D. McMillan a écrit: « *Because CRD recommendations are admissible in subsequent proceedings relating to the dispute, parties can manipulate the CRD process to create evidence for use in litigation or arbitration. To prevent this kind of misuse, model CRD provisions are sometimes modified to make CRD recommendations inadmissible in subsequent legal proceedings* ». L'article est publié en ligne au : [http://findarticles.com/p/mi\\_qa3923/is\\_201011/ai\\_n57034686/?tag=content:col1](http://findarticles.com/p/mi_qa3923/is_201011/ai_n57034686/?tag=content:col1)
- 35 Pour une discussion plus détaillée dans l'étude d'un cas décrit dans cette section voir Harvey J. Kirsh, « *Dispute Review Boards and Adjudication: Two Cutting-Edge ADR Processes in International Construction* », *supra*, fn. 4
- 36 Pour une discussion sur ce sujet, voir Roy S. Mitchell, « *Must Arbitrators Follow the Law?* », *JAMS Global Construction Solutions Newsletter* (Spring 2012), à la page 1
- 37 *Offutt v. United States*, (1954) 348 U.S. 11, à 14





# Payment of Arbitration Fees and Costs

E. David D. Tavender, Q.C. and Rachel A. Howie of Dentons Canada LLP<sup>1</sup>



David is Partner Emeritus counsel in the Calgary office of Dentons Canada LLP. He is active in the ADR field and has served as a neutral and as counsel on commercial arbitrations and mediations. He is a mediator and arbitrator with ADR Chambers. David has been appointed to domestic and international commercial arbitration panels, including the ICC Canadian National Committee's Roster of Arbitrators and the CPR Institute of Dispute Resolution's International Panel of Neutrals. In addition to recognition in a number of well respected legal rankings publications, in 2012 David was named as Calgary International Arbitration Lawyer of the Year by Best Lawyers.



Rachel joined Dentons as an articling student in 2008. She is currently an associate in the firm's Energy Litigation group and is also a member of the firm's National ADR Practice Group. Rachel obtained her LLB from the University of Ottawa and her LLM specializing in natural resources, energy and environmental law from the University of Calgary where her research focused on fair and equitable treatment in international investment agreements and Alberta's regulation of oil sands royalties. She has a growing practice in energy and environmental arbitration and litigation and experience in a variety of corporate and commercial matters. Rachel is called to the bars of Alberta and Ontario, and is a member of the Young Canadian Arbitration Practitioners and a vice chair for the American Bar Association Section of International Law International Investment and Development Committee.

## Introduction

Arbitration fees and costs are often discussed in two contexts: the procedural fees and costs relative to litigation and ultimate distribution of these fees and costs between parties. Another aspect to arbitration fees was recently exposed in detail by Miles J. Zaremski in his article "Getting Paid: A Case Study on the Independence of an ADR Neutral" published in *Alternatives*, the Newsletter of the International Institute for Conflict Prevention & Resolution.<sup>2</sup> Zaremski's first-hand account details the difficulty arbitrators can face in obtaining payment for their services from the parties and the appointing institution. Overall, the article serves as a cautionary tale for arbitrators on a practical issue not often discussed in the literature on arbitration fees. This is also a highly relevant topic as the resulting concerns for both the underlying proceeding, and one of the chief characteristics of any neutral, their independence, if a party is unwilling or

unable to pay its portion of the arbitrator's fees can be quite serious.

The following will examine potential concerns as a result of non-payment of arbitrator fees, including those raised in Zaremski's article, how various institutions address payment of arbitrator fees and, lastly, recommendations for best practices for an arbitrator.

## Concerns Resulting from Non-Payment of Arbitrator Fees

How should payment obligations for the fees and disbursements of arbitrators be structured and protected? From a practical standpoint, it is troublesome and costly for an arbitrator to sue the parties for fees and expenses after an arbitration is complete. Because of these concerns an arbitrator will want some security before undertaking their role that they will be paid.

Intuitively, drafting the relevant retainer or appointment agreements ought to be more of a concern for arbitrators serving on an *ad hoc* basis than for those working on an arbitration administered by an arbitral institution. Where an institution is involved one would expect that institution's rules and procedures to arrange for appropriate deposits or retainers for arbitrator fees and expenses, and also maintain a procedure for the arbitrator to follow in the event one or both parties fail to provide payment. In both situations arranging for some form of security or deposit up front is beneficial for two reasons: "first, it helps the parties to keep a check on expenses as the case proceeds; and secondly, it is easier to collect payments from the parties whilst the arbitration is in progress than when the proceedings are over."<sup>3</sup>

Regardless of whether the arbitrator is proceeding through an institution or on an *ad hoc* basis, this issue deserves careful consideration beyond simply obtaining a security deposit for several reasons:

1. There is, to the extent of my knowledge, no standard practice governing retainer arrangements with arbitrators. Retainer arrangements differ significantly amongst different arbitral institutions; in non-administered *ad hoc* arbitrations retainer arrangements are likely to differ on a case by case basis;
2. Negotiating a retainer agreement between a party and an arbitrator puts the party and the arbitrator on the opposite sides of the table with conflicting interests. This, at the very start, may put at risk the required impartiality of the arbitrator;
3. Where there is a three-person arbitral tribunal, non-disclosure of the terms of each retainer and material differences between them may create an appearance of unreasonableness and a risk of bias;
4. Unless properly handled in an initial



retainer agreement or by an arbitral institution, the consequences of non-payment of deposits and interim invoices can be a minefield. Let me list a few of those possible consequences:

- a. The fact of non-payment may create the appearance or reality of bias against the defaulting party;
- b. Suspending or terminating the arbitral proceedings because of non-payment (assuming that discretion has been reserved for the arbitrator) can be harmful to the interests of the non-defaulting party;
- c. Proceeding with the arbitration but precluding the defaulting party from effective participation (again if that discretion has been reserved for the arbitrator) would breach the duty of procedural fairness that is at the core of all arbitration proceedings; and
- d. Proceeding with the arbitration with both parties fully participating but with the unpaid fees being covered by the non-defaulting party could give rise to an apprehension of bias on the part of the arbitrator (unless the arbitrator is shielded from any relevant knowledge of these circumstances).

These possible consequences are not academic. K.S. Gans, in a 2008 article, “Don’t Bite the Hand that Feeds You: Arbitrator Bias based on Payment Information”<sup>4</sup> stated that “Various New York courts have held that a tribunal’s mere knowledge that one party has not paid its share of the arbitrator’s fees may provide grounds to stay the arbitration or to vacate or challenge confirmation of the arbitration award on grounds of bias. This case law may prove especially significant to unwitting parties, who ... seek to take advantage of institutional rules which permit them to provide a substitute payment for the non-paying parties or who seek to avail themselves of arbitral rules which permit them to seek relief from the arbitrators when the other party refuses to pay its share of advance fees.”<sup>5</sup>

A striking example of this minefield is further detailed in Zaremski’s article, mentioned at the outset. The article relates his difficulty in obtaining payment for services while he was serving as an arbitrator through the American Arbitration Association (“AAA”). These difficulties are also captured in a Memorandum Opinion and Order by United States District Judge Feinerman in *Miles Zaremski v American Arbitration Association, Inc.*<sup>6</sup> In brief, Zaremski had accepted an appointment as arbitrator in a series of arbitrations administered by the AAA between the same two parties. As an arbitrator under the AAA’s Rules, “(a)ny arrangement for the compensation of a neutral arbitrator shall be made by the AAA and not directly between the parties and the arbitrator.”<sup>7</sup> Zaremski was also bound by a “Notice of Compensation Arrangements.”<sup>8</sup> This document governed his arrangement with the AAA to serve as a neutral in the arbitration in issue and set out the following terms relating to payment:

- “Payment for your compensation is the obligation of the parties and it is understood that the [AAA] has no liability, direct or indirect, for such payment”;
- “Unless you specify otherwise, the parties are advised that deposits are due 30 days prior to the first hearing. No later than two weeks prior to the hearing, the Case Manager will advise you of the total amount on deposit. Should the parties fail to make deposits in a timely manner, you must determine whether to go forward or suspend the proceedings until such time as deposits have been made”; and
- “The [AAA] may prosecute and receive any recovery on behalf of the undersigned and has full authority to compromise or settle such claims as may be, in its discretion, appropriate. However under no circumstances whatsoever will the [AAA] be liable for any failure to collect any or all of the monies due.”<sup>9</sup>

After the arbitration commenced, Zaremski ran into difficulty in receiving payment for his invoices. As set out in the Notice of Compensation Arrangements he eventually suspended the arbitration for lack of pay-

ment. A few days later Zaremski learned the AAA was vacating his arbitrator appointment based on a request from the parties that Zaremski’s suspension of the proceedings was “without good cause.”<sup>10</sup> Zaremski continued to encounter difficulty in obtaining payment for services rendered and eventually initiated litigation.

Zaremski comments in his article that the terms used by the AAA on arbitrator payment present a “Catch-22” for the neutral: the AAA will provide administrative services relating to payment of invoices, but is not responsible for ensuring or pursuing payment and the arbitrator is prevented from having any other separate agreements for payment with the parties.<sup>11</sup> Moreover, this system for payment could bring into question the arbitrator’s independence and impartiality. “[I]f one or more of the parties do not pay required deposits, or if the arbitral entity does not do its job in collecting them or processing invoices in a form required by the parties, then the decision-maker is at the mercy of events outside his or her control, and may be in a conflict situation vis-à-vis one or more of the parties.”<sup>12</sup>

It is a fundamental principal in arbitration that arbitrators are independent of the parties and impartial as between the parties.<sup>13</sup> A conflict of interest that calls into question an arbitrator’s independence or impartiality can give rise to a reasonable apprehension of bias by one or both parties and may constitute grounds for a challenge to the appointment of that arbitrator.<sup>14</sup> These concerns are likely more prevalent in *ad hoc* arbitrations where the arbitrator will have direct knowledge of the fee arrangement and whether one party has failed to meet a payment deadline<sup>15</sup> but they are nonetheless applicable to institutional arbitrations. While Zaremski’s article considers the non-payment by both parties, and no valid reason was given for his removal as arbitrator, consider the implications if only one party was delinquent in payment and whether an arbitrator’s concern about their own payment could be seen as affecting their impartiality.<sup>16</sup>

Clearly it is improper for an arbitrator to proceed with hearing only from the party



that has provided payment absent clear authority for the arbitrator to do so. In *Coty, Inc. v Anchor Constr., Inc.*<sup>17</sup> a New York Court set aside an arbitral award for arbitrator misconduct in violating the non-paying respondent's right to due process. In this case the arbitrator only heard from the paying claimants contrary to the rules governing the proceedings.<sup>18</sup> While there are other examples of New York Courts disqualifying arbitrators where they have knowledge of one party failing to pay its portion of the arbitrator's fees<sup>19</sup> it is questionable whether a similar action would be successful in Alberta. Further, despite the chances of such an application being successful before our courts, this is likely not litigation that any arbitrator would want to be a party to.

Whether proceeding on an *ad hoc* basis or through an arbitral institution, there are several mechanisms available to arbitrators to alleviate situations of non-payment or insufficient payment. As discussed below, a majority of the institutional procedures encountered by Canadian arbitrators do not contain the extensive "Catch-22" noted by Zaremski. With some assistance in the form of an additional arbitral or retainer agreement between the arbitrator and the parties, where permissible, an arbitrator can take steps to obtain agreements up front to protect themselves from a party's failure to pay.

## Methods adopted by Arbitral Institutions for Payment

To the extent that we should look to arbitral institutions to protect arbitral impartiality and concerns about payment, I would take you back to the Gans article, where it was stated "[c]oncerns of arbitra-

tor bias which derive from the arbitrator's knowledge of fee arrangements are perhaps most likely when the arbitration lacks an administrative body to serve as a buffer between the arbitrator(s) and the parties."<sup>20</sup> The buffer that Gans recommends goes beyond guaranteeing payment of arbitrators' compensation. Gans addressed rules of other international arbitration institutions which permitted arbitrations to proceed after a party has defaulted in the payment of a deposit or fees and the non-defaulting party has made up the default. In some of these rules the arbitration tribunal is involved in the exercise of that discretion. Gans strongly recommends that the arbitration institution avoid informing the arbitrators about non-payment in order to protect their impartiality.<sup>21</sup>

The following sub-sections provide an overview of the methods employed by several arbitral institutions commonly encountered in Canada on the payment of arbitrators.

### International Chamber of Commerce (Canada)

The International Chamber of Commerce ("ICC") Court of Arbitration (for purposes of this section, the "Court") was established in 1923 as the arbitration body for the ICC.<sup>22</sup> In Canada, ICC Arbitrations are conducted through the Canadian Chamber of Commerce ("CCC"). The CCC, operating as ICC Canada, is the country's national committee to the ICC Court of Arbitration.<sup>23</sup> Despite this administrative difference, ICC arbitrations in Canada are still subject to the ICC Rules of Arbitration ("ICC Rules")<sup>24</sup> and the ICC's policies on costs and payment of costs.

The ICC Rules set out the institution's rules

for arbitrator and administrative fees and costs at Articles 36 and 37 and in Appendix III. In general, the procedure adopted by the ICC is to require payment for administrative expenses and arbitrator fees up front before the arbitration proceeds past the initial pleadings. This is accomplished through up to three stages of payments: a non-refundable deposit, a provisional advance (if deemed necessary by the Secretary General), and an advance on costs.

Beginning with the non-refundable deposit, Article 1(1) of Appendix III requires the claimant in an arbitration to pay a non-refundable \$3,000 USD fee upon filing the Request for Arbitration.<sup>25</sup> While this amount is paid entirely by the claimant, it is ultimately credited toward the claimant's portion of arbitrator and administrative fees.

Article 36(1) of the ICC Rules, and Article 1(2) of Appendix III, require the claimant to provide a provisional advance after the deposit if deemed necessary. The amount, and necessity, of any provisional advance is determined by the Secretary General, who "may request the claimant to pay a provisional advance in an amount intended to cover the costs of the arbitration until the Terms of Reference have been drawn up."<sup>26</sup> If the claimant is required to provide a provisional advance, such amount is also credited toward the claimant's portion of arbitrator and administrative fees. While discretionary, Article 2 of Appendix III provides guidance on the amount of the provisional advance. Specifically, this amount:

...shall normally not exceed the amount obtained by adding together the ICC administrative expenses, the minimum

## Corporate Membership Adhésion corporative



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

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

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

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





of the fees (as set out in the scale hereinafter) based upon the amount of the claim and the expected reimbursable expenses of the arbitral tribunal incurred with respect to the drafting of the Terms of Reference. If such amount is not quantified, the provisional advance shall be fixed at the discretion of the Secretary General. Payment by the claimant shall be credited to its share of the advance on costs fixed by the Court<sup>27</sup>

Article 36(2) of the ICC Rules then directs the Court to fix the advance on costs as soon as practicable, in an amount likely to cover the ICC's administrative expenses for the claims in issue along with arbitrator fees and expenses.<sup>28</sup> This is usually shortly after the Answer or any Counterclaims are filed and each party is responsible for half of the advance.<sup>29</sup> The Court may fix separate advances on costs amounts for any Counterclaims pursuant to Article 36(3). Further, if there are multiple parties or issues of joinder between multiple parties under Articles 7 or 8 of the ICC Rules, then Article 36(4) sets out a more complex formula for determining the advance on costs.

Each party "shall pay its share of the total advance on costs in cash."<sup>30</sup> As previously discussed, the claimant has both the \$3,000 filing fee and the provisional advance, if any, credited towards its share of the advance on costs. Appendix III at Articles 1(5) and 1(6) details various exceptions to payment in cash if the amount owed by a party exceeds a certain threshold or if a party wishes to pay in installments. There are also provisions to fix separate advances on costs where Counterclaims are involved.<sup>31</sup>

This system is created to ensure that only those claims for which costs have been paid in advance proceed. To this end Article 1(3) of Appendix III states the arbitral tribunal shall "proceed only with respect to those claims or counterclaims in regard to which the whole of the advance on costs has been paid." The amounts paid through the advance on costs are an early estimate for fees, and the Court fixes the actual costs for its own administrative ex-

penses and arbitrator fees (and reimbursable expenses) at the end of the arbitration. These amounts are paid from the advance on costs, with any remaining funds returned to the parties. Thus the advance on costs is intended to be sufficient to cover all administrative and arbitrator expenses for the arbitration.<sup>32</sup>

Unlike other institutional procedures, or *ad hoc* arbitrations, the Court has the sole authority to set arbitrator fees and administrative expenses.<sup>33</sup> Such amounts are calculated in one of three ways: 1) based upon a schedule in Appendix III, according to the value of the claims in the arbitration and the number of arbitrators; 2) at the Court's discretion if no amount is stated for a claim; or 3) at a higher or lower figure than the relevant scale if it is "deemed necessary due to the exceptional circumstances of the case."<sup>34</sup>

The Court is the most prominent arbitral institution to adopt this form of *ad valorem* approach to arbitrator costs.<sup>35</sup> Based on this scheme for payment, the actual amount received by arbitrator's for their services may be less than the amount the arbitrator would charge for services if acting on an hourly billing rate. This is due to one critical factor: ultimate payment to neutrals is determined based on the value of the amount in dispute in the arbitration.<sup>36</sup> If the claim or claims are for un-quantified items, such as a form of declaratory relief or the provision of information, the Court does have discretion to fix the amount. Further, because the advances on costs may be readjusted at any time by the Court due to "fluctuations in the amount in dispute, changes in the amount of the estimated expenses of the arbitrator, or the evolving difficulty or complexity of arbitration proceedings"<sup>37</sup> in theory there ought to be enough of an advance to cover any developments in the proceedings. This process does, however, require the arbitrator and the Court to some extent to be vigilant and request additional advances from the parties if the scope of the arbitration increases.

Further advances on costs are also required if the arbitrator requires its own expert assistance, however under Article 1(12) of

Appendix III "the arbitral tribunal shall be responsible for ensuring the payment by the parties of such fees and expenses." Because any advances on costs will have been approved in advance, the arbitrator will only be responsible for ensuring both parties pay their portion of such advance. Regardless, this provision forces the arbitrator to act as a collections agent. If one party is delinquent in paying on time or fails to pay its portion entirely, such that the progress and timing of proceedings are jeopardized, presumably the arbitrator would need to rely on the ICC Rules governing an event of default.

In an event of default, where one party fails to supply its advance on costs, Article 36(5) permits the other non-defaulting party to pay the defaulting party's advance on costs so that the arbitration will proceed. This amount would likely be factored in to any arguments on costs following a determination on the merits. If this does not happen, then under Article 36(6):

When a request for an advance on costs has not been complied with, and after consultation with the arbitral tribunal, the Secretary General may direct the arbitral tribunal to suspend its work and set a time limit, which must be not less than 15 days, on the expiry of which the relevant claims shall be considered as withdrawn. Should the party in question wish to object to this measure, it must make a request within the aforementioned period for the matter to be decided by the Court. Such party shall not be prevented, on the ground of such withdrawal, from reintroducing the same claims at a later date in another proceeding.

While it is the ICC that takes steps to enforce a non-payment, the arbitrator will know about a party's non-payment (in particular if related to arbitrator expert costs) and, if remedied within the 15 day time-period, this could raise issue later in the proceedings of whether the arbitrator is acting in an unbiased manner.

An arbitrator does not have recourse to Article 36(6) in respect to payment of any taxes or charges, such as value added tax, on their fees. Article 2(13) of Appendix



III states:

Amounts paid to the arbitrator do not include any possible value added tax (VAT) or other taxes or charges and imposts applicable to the arbitrator's fees. Parties have a duty to pay any such taxes or charges; however, the recovery of any such charges or taxes is a matter solely between the arbitrator and the parties.

Under Article 2(4) of Appendix III, an arbitrator is prevented from making any separate fee arrangements with the parties. This blanket prohibition likely also covers separate agreements or guarantees for the parties to pay any applicable charges or taxes on the arbitrator's ultimate fees. While the arbitrator is not able to create any separate agreement for fees and costs under the ICC Rules, these Rules are relatively comprehensive. Almost all payments are due upfront by the parties so the main issues are any changes in the arbitration that would require additional advances from the parties, the payment of arbitrator experts' fees and payment for taxes and charges on arbitrator fees. Because the arbitrator, in conjunction with the Secretary General, decides on the steps to be taken in an event of non-payment it is unlikely an arbitrator under this institution would find themselves in the same situation as Zaremski.

## International Institute for Conflict Prevention & Resolution

The rules implemented by the International Institute for Conflict Prevention & Resolution ("CPR") to address arbitrator costs bear some resemblance to those of the ICC. Rules 17, 18 and 19 of the CPR's Administered Arbitration Rules<sup>38</sup> govern costs and fees in administered proceedings. The CPR also maintains a set of Non-Administered Arbitration Rules<sup>39</sup> wherein Rule 17 governs costs and fees.

Beginning with the Administered Arbitration Rules, each arbitrator is compensated on a "reasonable basis" as set out at the time of their appointment.<sup>40</sup> Compensation for every arbitrator must be fully disclosed to the tribunal and parties. Any dispute over an arbitrator's rate is determined by

the CPR and arbitrator and then communicated in writing to the parties. Unlike the ICC Rules, the rules of the CPR lend themselves to arbitrators charging an hourly or per diem rate along with reasonable expenses.<sup>41</sup> These Rules imply that at the time of appointment an arbitrator may enter into an additional agreement with the parties in respect of fees. There is no Rule preventing any independent agreements between the arbitrator and parties as to fees, so an arbitrator would be able to obtain further guarantees or other indemnities for fees from the parties and their counsel.

Also unlike the ICC Rules, under these CPR Rules the parties to an arbitration are directly liable to the arbitrator for fees and expenses. The final sentence in Rule 17.1 provides that "(t)he parties shall be jointly and severally liable for such fees and expenses." This provision, on its own, would permit an arbitrator to pursue the parties, on a joint or several basis, for non-payment of fees.

Under Rule 17.2, the arbitrator also has control over the necessary advances for fees and expenses and this amount may be readjusted at any time during the arbitration. The arbitrator advises the CPR of its decision in this regard, and the CPR invoices the parties for these advances and disburses the advances in a manner it deems appropriate. Rule 17.3 provides direction in the event a party fails to pay its portion of the advance when invoiced:

If the requested advances are not paid in full within 10 days after receipt of the request, CPR shall so inform the parties and the proceeding may be suspended or terminated unless the other party pays the non-paying party's share subject to any award on costs.

CPR administrative fees and expenses are treated separately under Rule 18 of the Administered Arbitration Rules. The CPR calculates an Administrative Fee, in addition to a Filing Fee, and invoices the parties for payment of these amounts. If a party fails to pay such an invoice, "the proceeding shall be suspended or terminated unless the other party pays the non-paying party's share subject to any award on costs." As with Rule 17.3, any suspension

or termination would need to be communicated to the arbitrator, but the arbitrator would not necessarily need to know which party was in default and could therefore insulate themselves from this knowledge in the event proceedings are only suspended and then resumed in the future.

Under Rule 19.1, the arbitrator is able to fix costs in an award, including fees and expenses for the arbitrator and the CPR Administrative Fee. The CPR Administered Arbitration Rules are far less detailed than those of the ICC, with the result arbitrator's working under these Rules may want to create a separate agreement or retainer for the parties to execute.

The CPR's Non-Administered Arbitration Rules are quite similar to the Administered Arbitration Rules, with the exception that there is no provision for fees to the CPR for either filing or administration. The arbitrator, or tribunal as the case may be, is compensated on a "reasonable basis determined at the time of appointment" and compensation must be disclosed.<sup>42</sup> The arbitrator also has the authority to fix its fees and expenses in an award<sup>43</sup> and can request each party deposit a suitable amount as an advance for costs.<sup>44</sup> Because the process is not administered by an institution, the arbitrator determines how such deposits shall be held and disbursed. If a party fails to pay its deposit within 20 days after receiving the request, then under Rule 17.5:

...the Tribunal shall so inform the parties in order that jointly or severally they may make the requested payment.

If such payment is not made, the Tribunal may suspend or terminate the proceeding.

Under these Rules the tribunal would know as soon as one party fails to make a payment on time, or defaults entirely. Thus if the proceedings are suspended, and resumed at some point in the future, the arbitrator will need to be aware of any potential allegations of bias towards the non-paying party. Notably, the Non-Administered Arbitration Rules do not specifically state that the parties are jointly and severally liable for the arbitrator's fees and expenses. This difference is significant, and also something that an arbitrator



would want to address in their appointment agreement with the parties.

## ADR Institute of Canada

The ADR Institute of Canada (“ADRIC”) is a national organization providing leadership in dispute resolution services in Canada.<sup>45</sup> The ADRIC’s National Arbitration Rules<sup>46</sup> (“ADRIC Rules”) provide a framework for parties to an arbitration and, with certain specified exceptions, these Rules can be varied by agreement between the parties.<sup>47</sup> Revised “ADRIC Rules” are expected to be published in 2014.

The ADRIC Rules contain separate provisions for administrative expenses and arbitrator fees. One of the mandatory provisions of the ADRIC Rules is Rule 5 on administrative fees. Parties agree currently, by virtue of arbitrating under the ADRIC Rules, that their arbitration shall be administered by the ADRIC which shall prescribe fees for such administrative services.<sup>48</sup> These fees are set out in Schedule “A” to the ADRIC Rules and consist of two installments based on the amount of the claim: the first installment is due on initial filing of the Notice of Request to Arbitrate or Submission to Arbitrate and the second installment is due on filing of the Statement of Defence (with or without a Counterclaim). If a party fails to pay its requisite administrative fees, then under Rule 37:

... the Tribunal may continue the arbitration on such terms as the Tribunal deems appropriate after satisfying itself that a reasonable attempt has been made to communicate with the defaulting party. The Tribunal shall make an award based upon the evidence before it.

Continuing the proceedings in this context would only affect the ADRIC’s administrative fees and not the arbitrator’s fees.

The ADRIC Rules are relatively silent on the matter of arbitrator fees and payment. Rules 40 and 41 detail deposits against costs and payment out of deposits, respectively, however it is not required that such deposits and payments be organized by the ADRIC. In their entirety, these Rules provide:

### 40. Deposits against costs

The Tribunal may, directly or through the Institute, from time to time, require the parties to deposit by cash, certified cheque, or irrevocable letter of credit, to the Institute in trust, equal amounts as an advance for the anticipated costs and expenses of the arbitration including the Tribunal’s fees and expenses.

If the required deposits are not made within 15 days after receipt of the request, the Tribunal or the Institute shall inform the parties so that another party may make the required payment.

If the required deposits are not made within 30 days after receipt of the request, the Tribunal may continue the arbitration under Rule 37 or order the suspension or termination of the proceeding.

### 41. Payment out of deposits

The Institute may, from time to time, pay to the Tribunal from any deposit it holds, any amount it considers reasonable and appropriate for fees earned or expenses incurred by the Tribunal.

After the final award has been made, a settlement has been reached or the arbitration abandoned or otherwise finally disposed of, the Institute shall apply any deposits it holds to the costs of the arbitration, including any unpaid Tribunal fees and administrative fees, render an accounting to the parties of the deposits received and applied and return any unexpended balance to the parties in proportion to their contributions or as may be directed by the Tribunal in the final award.

This is another example where, similar to the CPR Administered and Non-Administered Arbitration Rules, an arbitrator will want to create an agreement or retainer for the parties to execute. The ADRIC Rules give an arbitrator a broad scope to address deposits, hourly or *per diem* fees, interest and other items an arbitrator may want to address up front.

## Summary

On the limited review that we have con-

ducted, there are very few arbitration institutions which shield arbitrators in a manner that would satisfy Gans. The rules that come closest to creating a complete buffer between the arbitrator and the parties are those of the International Chamber of Commerce Court of Arbitration (“ICC”). The ICC Court, and not the arbitrators, is the “sole authority to set arbitrator fees.” The arbitrator is prevented from making any separate fee arrangement with the parties. The ICC Court requires each party to pay in advance amounts that are fixed by the Court to cover anticipated arbitration costs. The Court (again not the arbitrators) prohibits the arbitration from proceeding until the whole advance on costs has been paid. In the event of default by a party in making its advance on costs, the Court (not the arbitrators) may permit the other non-defaulting party to pay the defaulting party’s advance on costs so that the arbitration can proceed. The Court in the event of non-payment may, in consultation with the arbitrators, direct the arbitration be suspended.

We do not see a similar buffer in rules of other administered arbitrations. The rules of the International Institute for Conflict Prevention & Resolution (“CPR”) for administered arbitrations direct that each arbitrator “shall be compensated on a reasonable basis determined at the time of appointment” and that “the compensation for each arbitrator should be fully disclosed to all Tribunal members and parties.” The Tribunal may also request each party to deposit an appropriate amount as an advance with the CPR and to request supplementary deposits. If deposits are not made, the Tribunal is to inform the parties so that “jointly or severally they may make the requested payment”. Otherwise the Tribunal may suspend or terminate the proceeding.

The ADR Institute of Canada (“ADRIC”) Rules provide even less of a buffer. These rules empower the tribunal “directly or through the Institute” to require advance deposits for the anticipated costs and expenses of the Tribunal. A non-defaulting party may make the required payment. If deposits are not made on a timely basis a tribunal may continue the arbitration or





order its suspension or termination.

## Recommendations for Arbitrators

At all times an arbitrator will want to ensure that they receive payment for their work. With the exception of arbitrations under the ICC Rules, the arbitral institutions assessed above each permit arbitrators to enter into additional agreements with respect to their retainer and fees with the parties. The Zaremski article focused on the requirement of “complete independence of a neutral” which he said “includes decision makers *not* having to worry about contingencies attached to their decision making ... like concerns over how, when, or who will pay them.”<sup>49</sup> As a result, “maybe the day is approaching where arbitral entities that arrange for neutrals either will guarantee payment of neutrals’ compensation where deposits are required but not received, or where neutrals will have the ability to directly bill and collect from the parties, including the ability to pursue collection from the parties for earned but unpaid compensation.”<sup>50</sup>

Based on the foregoing and the concerns I have raised, I would encourage arbitral institutions to examine and revise their rules to create more complete buffers between the parties and the arbitrators in relation to fee arrangements and the consequences of non-payment of fees and deposits. Absent such reforms, the burden falls to arbitrators and the parties to negotiate and structure early retainer agreements that are designed to minimize to the extent possible the risks of unreasonableness, bias and disrupting the arbitration process.

I have a practice on my arbitrations, which are generally *ad hoc*, to enter into upfront, written retainer agreements which are based on and contain at least some of the following factors:

1. There is an early pre-arbitration hearing where, among other matters, retainer arrangements are discussed and agreed to;
2. Retainers with common terms for three-person arbitral tribunals are usually employed with the tribunal being ap-

pointed jointly by all parties with often the same hourly rate structure agreed to for each of the arbitrators with a provision that monthly invoices will be submitted and paid on a timely basis;

3. There is in any event early full disclosure to all arbitrators and parties of the material terms of the retainer arrangements;
4. Payment obligations for arbitral fees and disbursements are sometimes (but not always) secured by an advance cash deposit. The amount of this deposit is generally not intended to cover the totality of the anticipated arbitration fees and disbursements but is security against the payment of final accounts;
5. The law firms acting for the parties personally guarantee payment of their clients’ proportionate share of each arbitrator’s invoice as rendered;
6. Lump sum cancellation or adjournment fees are specified; and
7. The discretion to terminate the arbitration proceedings in the event of non-payment of invoices is reserved for the arbitrators.

These terms fall well short of creating a complete buffer between the parties and the arbitrators on matters relating to arbitral fees and disbursements. I, and to the best of my knowledge, fellow arbitrators, have been paid on a full and timely basis without encountering the “minefield” that I referred to above. This may be due in part to the high quality of the parties and law firms engaged in commercial arbitrations. I suspect the willingness of law firms to guarantee payment of their clients’ obligations is an added inducement. On the other hand, I invite you to consider adding at least two additional terms that I currently do not employ. These are:

1. A requirement in appropriate circumstances for the tendering of advance deposits at the start of the arbitration to cover the totality of the estimated fees and disbursements of the arbitrators. This could be discussed with the parties and counsel at the outset of the arbitration. It has the benefit of reducing the risk of non-payment and the attendant risks of having to terminate the arbitration or alternatively permit-

ting the arbitration to proceed when the arbitrator knows that one party has defaulted in its payment obligations. On the other hand, making a reasonable prediction of the total fees and disbursements of the arbitration tribunal at the start of the arbitration process may be difficult if not impossible in many cases. That would lead to the necessity for subsequent advances or deposits to be made during the course of the arbitration, which could give rise to later non-payment issues that would be difficult to protect against; and

2. Independent of full advance deposits, I would highly recommend early discussions with the parties and counsel as to what terms could be included in the arbitrator’s retainer agreement to address what should happen to the arbitration process in the event of a default in payment. The parties should be encouraged to consider whether the arbitration in such a circumstance should be automatically terminated or suspended, whether a default judgment against the non-paying party should be considered, whether an independent third party could be involved in a limited role to determine whether and how the arbitration could proceed, and what discretion should be retained by the tribunal as to how and under what terms the arbitration should be allowed to proceed. Agreeing in advance to these matters made serve to protect the reasonableness and impartiality of the arbitration from attack.

David Plimpton, in his article “Getting Paid: What you Need to Know about Neutrals’ Compensation”, recommends arbitrators consider the following points with respect to compensation:

- Compensation for fees and expenses;
- An initial deposit for estimated fees and expenses;
- Whether interest is earned on any deposits, and if so the interest rate;<sup>51</sup>
- Unique fee and expense arrangements if the parties are entitled, under a contractual term or local law, to apportion or assess arbitrator fees and expenses;





# Paiement des honoraires et des frais d'arbitrage

par : E. David D. Tavender, c.r. et Rachel A. Howie de Dentons Canada LLP<sup>1</sup>

## E. David D. Tavender, Q.C.

David est avocat et associé émérite au bureau de Calgary de Dentons Canada s.r.l. Il est actif dans le domaine des modes alternatifs de règlement de conflits et a agi à titre de tiers et de conseiller juridique en ce qui a trait à des questions d'arbitrage et de médiation commerciale. Il est médiateur et arbitre devant le ADR Chambers. David a été nommé à des groupes d'arbitrage commercial nationaux et internationaux, y compris le groupe d'arbitres du comité national canadien de la CCI et le groupe international de tiers du CPR Institute of Dispute Resolution. En plus d'être reconnu par plusieurs publications de classement juridique très respectées, en 2012, David a été nommé Avocat d'arbitrage international de l'année de Calgary par Best Lawyers.

## Rachel A. Howie

Rachel s'est jointe à Dentons à titre de stagiaire en 2008. Elle est présentement avocate du Groupe de litiges et règlement de différends du cabinet pour les organisations du secteur de l'énergie. Rachel est également membre du Groupe national des modes alternatifs de règlement de conflits du cabinet. Elle a complété un baccalauréat en droit à l'Université d'Ottawa et sa maîtrise en droit avec spécialisation en ressources naturelles, énergie et droit de l'environnement, auprès de l'Université de Calgary. Les recherches qu'elle y a réalisées se penchaient sur le traitement juste et équitable en ce qui a trait aux accords d'investissement internationaux et à la réglementation de l'Alberta en matière de redevances des sables bitumineux. Elle continue de développer sa pratique en arbitrage et litiges pour les secteurs de l'énergie et de l'environnement, ainsi que son expérience dans une gamme de dossiers d'entreprise et commerciaux. Rachel est admise aux Barreaux de l'Alberta et de l'Ontario, en plus d'être membre des Jeunes praticiens canadiens de l'arbitrage et vice-présidente du Comité de l'investissement et du développement international de la Section du droit international de l'American Bar Association.

## Introduction

Les honoraires et les frais d'arbitrage font souvent l'objet de discussion dans deux contextes particuliers : les honoraires et les frais de procédure relatifs aux litiges et la répartition finale de ces honoraires et de ces frais entre les parties. Un autre aspect des honoraires d'arbitrage a récemment été présenté en détail par Miles J. Zaremski dans son article intitulé « Getting Paid: A Case Study on the Independence of an ADR Neutral » paru dans *Alternatives*, l'infolettre du International Institute for Conflict Prevention & Resolution.<sup>2</sup> Le récit de première main de Zaremski explique de façon détaillée le défi que doivent relever les arbitres lorsqu'il s'agit d'obtenir le paiement de leurs services de la part des parties et de l'établissement de nomination. Dans l'ensemble, l'article sert de mise en garde pour les arbitres en ce qui concerne un problème pratique qui n'est pas abordé souvent dans la littérature au sujet des honoraires d'arbitrage. Il s'agit également d'une question très pertinente, car les préoccupations qui en découlent, tant pour la procédure sous-jacente et, l'une des principales

caractéristiques de tout tiers, son indépendance, si une partie refuse ou ne peut payer sa part des honoraires de l'arbitre, peuvent être très graves.

Nous nous pencherons maintenant sur les préoccupations que peut susciter le défaut de paiement des honoraires d'arbitrage, y compris celles qui ont été soulevées dans l'article de Zaremski, comment divers établissements gèrent le paiement des honoraires des arbitres et, enfin, les recommandations des meilleures pratiques pour un arbitre.

## Préoccupations découlant du défaut de paiement des honoraires des arbitres

Comment les obligations de paiement des honoraires et sorties de fonds des arbitres devraient-elles être structurées et protégées? D'un point de vue pratique, il est pénible et coûteux pour un arbitre de devoir poursuivre les parties afin de récupérer les honoraires et les dépenses lorsqu'un arbitrage est terminé. En raison de ces préoccupations, un arbitre devrait s'assurer

qu'il soit rémunéré, avant d'accepter d'entreprendre la tâche. Intuitivement, rédiger la version préliminaire pertinente du mandat ou de l'entente de nomination devrait être davantage une priorité pour les arbitres offrant un service ponctuel que pour ceux qui participent à un arbitrage administré par un établissement d'arbitrage. Lorsqu'un établissement est impliqué, on pourrait s'attendre à ce que les règles et modalités de ce dernier prévoient les dépôts ou avances appropriés pour les honoraires et dépenses des arbitres, ainsi que la mise en œuvre d'une marche à suivre par l'arbitre lorsque l'une des parties, ou les deux, ne respecte pas son engagement de paiement. Dans ces deux situations, offrir une quelconque sécurité ou un dépôt à l'avance sera bénéfique, pour deux raisons : « d'abord, cela permet aux parties de surveiller les dépenses tout au long du processus relatif au dossier; puis, il est plus facile de recueillir les paiements auprès des parties alors que l'arbitrage est en cours que lorsque la poursuite est terminée. »<sup>3</sup>

Que l'arbitre agisse au nom d'un établissement ou de façon ponctuelle, cette question mérite une attention particulière qui va au-delà de la simple obtention d'un dépôt de garantie, et ce, pour plusieurs raisons :

1. À ma connaissance, aucune pratique normale ne régit les ententes de mandat des arbitres. Les ententes de mandat diffèrent considérablement d'un établissement d'arbitrage à l'autre; dans le cas d'arbitrages non administrés ponctuels, les ententes de mandat sont susceptibles d'être différentes, selon le dossier;
2. Le fait de négocier une entente de mandat entre une partie et un arbitre place la partie et l'arbitre des côtés opposés de la table, ayant des intérêts conflictuels. Dès le départ, cela peut menacer l'impartialité nécessaire de l'arbitre;
3. Lorsqu'il y a un tribunal d'arbitrage de trois personnes, la non-divulgaration des conditions de chaque mandat et les différences importantes entre elles peuvent donner l'apparence d'attitude





déraisonnable et d'un risque de biais;

4. À moins d'avoir été abordées correctement dans le cadre d'une entente initiale de mandat ou par un établissement d'arbitrage, les conséquences du défaut de paiement des dépôts et des factures provisoires peuvent représenter un terrain miné. Voici quelques-unes de ces conséquences possibles :

- a. Le défaut de paiement peut donner l'apparence ou créer un biais réel contre la partie en défaut;
- b. Suspender ou mettre un terme à la procédure d'arbitrage en raison d'un défaut de paiement (en supposant que la discrétion ait été réservée à l'arbitre) peut nuire à l'intérêt de la partie qui n'est pas en défaut;
- c. Procéder à l'arbitrage mais exclure la partie en défaut d'une participation valable (encore une fois, si la discrétion est réservée à l'arbitre) serait enfreindre l'obligation d'équité procédurale qui est au cœur de toute procédure d'arbitrage; et
- d. Procéder à l'arbitrage avec l'entière participation des deux parties, mais les honoraires impayés étant assumés par la partie qui n'est pas en défaut, pourrait donner lieu à une crainte de partialité de la part de l'arbitre (à moins que l'arbitre soit protégé de toute connaissance pertinente de ces circonstances).

Ces conséquences possibles ne sont pas académiques. K.S. Gans, dans un article de 2008, « Don't Bite the Hand that Feeds You: Arbitre Bias based on Payment Information »<sup>4</sup> indiquait que « Divers tribu-

naux de New York considèrent que la simple connaissance par un tribunal du fait que l'une des parties n'a pas payé sa part des honoraires de l'arbitre pourrait constituer un motif d'ordonner la suspension de l'arbitrage ou d'annuler ou contester la confirmation de la décision arbitrale pour un motif de biais. Cette jurisprudence pourrait s'avérer particulièrement significative pour les parties de bonne foi, qui ... cherchent à bénéficier des règles institutionnelles leur permettant de fournir un paiement de remplacement pour les parties n'ayant pas payé ou tentant de profiter des règles d'arbitrage leur permettant d'obtenir de l'aide des arbitres lorsque l'autre partie refuse de payer sa part des honoraires à l'avance. »<sup>5</sup>

Un exemple frappant de ce terrain miné est expliqué de façon plus détaillée dans l'article de Zaremski, mentionné au début. L'article relate sa difficulté à obtenir un paiement pour ses services alors qu'il travaillait en tant qu'arbitre au nom de l'American Arbitration Association (« AAA »). Ces difficultés sont également décrites dans l'Opinion et ordonnance du juge de district américain Feinerman dans *Miles Zaremski v American Arbitration Association, Inc.*<sup>6</sup> En bref, Zaremski avait accepté une nomination en tant qu'arbitre dans une série d'arbitrages administrés par l'AAA entre les mêmes deux parties. À titre d'arbitre, en vertu des Règles de l'AAA, « tout arrangement pour la rémunération d'un arbitre neutre devra être établi avec l'AAA et non directement entre les parties et l'arbitre. »<sup>7</sup> Zaremski était également tenu de respecter un « Avis d'arrangements de rémunération »<sup>8</sup> Ce document régissait son arrangement avec l'AAA afin d'agir en neutralité dans l'arbitrage en question et d'établir les conditions suivantes en ce

qui a trait au paiement :

- « Le paiement de votre rémunération est l'obligation des parties et il est entendu que l'[AAA] n'a aucune responsabilité, directe ou indirecte, d'un tel paiement »;
- « À moins que vous ne précisiez le contraire, les parties sont informées que les dépôts doivent être remis 30 jours avant la première audience. Au plus tard deux semaines avant l'audience, le gestionnaire du dossier vous indiquera le montant total du dépôt. Si les parties n'arrivent pas à faire les dépôts au moment opportun, vous devez déterminer si vous désirez poursuivre ou suspendre la procédure jusqu'à ce que les dépôts soient faits »; et
- « L'[AAA] peut poursuivre et recevoir tout remboursement de la part du sousigné et a plein pouvoir de convenir d'un compromis ou d'un règlement de telles revendications, qu'il juge, à sa discrétion, approprié. Toutefois, en aucun cas l'[AAA] sera-t-elle tenue responsable d'un défaut de percevoir toute somme d'argent due. »<sup>9</sup>

Lorsque l'arbitrage a débuté, Zaremski a eu de la difficulté à obtenir le paiement de ses factures. Tel qu'établi dans l'Avis d'arrangements de rémunération, il a éventuellement suspendu l'arbitrage en raison du défaut de paiement. Quelques jours plus tard, Zaremski a appris que l'AAA annulait sa nomination en tant qu'arbitre en réponse à une demande des parties indiquant que la suspension de la procédure par Zaremski était « sans motif valable ». <sup>10</sup> Zaremski a continué d'éprouver des difficultés avec l'obtention du paiement de ses services rendus et a éventuellement engagé une poursuite.

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



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

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

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

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

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



Zaremski mentionne dans son article que les conditions utilisées par l'AAA en ce qui a trait au paiement de l'arbitre comportent une « impasse » pour la neutralité : l'AAA fournira les services administratifs relatifs au paiement des factures, mais elle n'est pas responsable de s'assurer ou d'obtenir le paiement et l'arbitre ne peut établir aucun autre arrangement distinct avec les parties pour le paiement.<sup>11</sup> De plus, ce système de paiement pourrait remettre en question l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. « Si l'une ou plusieurs des parties ne paie pas les dépôts obligatoires, ou si l'entité arbitrale n'assume pas ses tâches associées à leur perception ou au traitement des factures de la façon exigée par les parties, le décideur est à la merci d'événements hors de son contrôle, et peut se trouver dans une situation de conflit vis-à-vis une ou plusieurs des parties. »<sup>12</sup>

Un principe fondamental de l'arbitrage indique que les arbitres sont indépendants des parties et impartiaux entre les parties.<sup>13</sup> Un conflit d'intérêt qui remet en question l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre peut donner lieu à une crainte raisonnable de biais par l'une ou les deux parties et pourrait constituer un motif de récusation de la nomination de cet arbitre.<sup>14</sup> Ces préoccupations sont probablement plus répandues dans le cas des arbitrages ponctuels, où l'arbitre possède une connaissance directe des arrangements relatifs aux honoraires et sait si une partie n'a pas respecté une date limite de paiement<sup>15</sup> mais elles s'appliquent néanmoins aux arbitrages institutionnels. Quoique l'article de Zaremski considère le défaut de paiement par les deux parties, et aucune raison valable n'a été donnée pour son re-

trait en tant qu'arbitre, considérez les implications si seulement l'une des parties est en retard pour le paiement et si l'inquiétude d'un arbitre à propos de son propre paiement pourrait être perçue comme affectant son impartialité.<sup>16</sup>

Il est clairement inapproprié que l'arbitre procède en écoutant seulement la partie ayant fourni un paiement et il y a absence d'une autorité claire pour que l'arbitre le fasse. Dans *Coty, Inc. v Anchor Constr., Inc.*<sup>17</sup> un tribunal de New York a écarté une décision arbitrale pour inconduite d'un arbitre n'ayant pas respecté le droit du répondant en défaut de paiement à une procédure régulière. Dans ce cas, l'arbitre a écouté uniquement les demandeurs ayant payé, contrairement aux règles régissant les procédures.<sup>18</sup> Quoiqu'il existe d'autres exemples de tribunaux de New York ayant exclu des arbitres qui savaient que l'une des parties n'avait pas payé sa part des honoraires de l'arbitre<sup>19</sup>, on peut se demander si une mesure similaire serait efficace en Alberta. De plus, malgré la possibilité qu'une telle application soit efficace devant nos tribunaux, il est probable qu'aucun arbitre ne désire appuyer ce type de procédure.

Qu'ils agissent de façon ponctuelle ou au nom d'une institution d'arbitrage, plusieurs mesures sont à la disposition des arbitres pour limiter les situations de défaut de paiement ou de paiement insuffisant. Tel que discuté ci-dessous, la majeure partie des procédures institutionnelles impliquant des arbitres canadiens ne comporte pas l'« impasse » considérable notée par Zaremski. Avec de l'aide, sous forme d'une entente additionnelle d'arbitrage ou de mandat entre l'arbitre et les

parties, où cela est admissible, un arbitre peut prendre des mesures pour établir des ententes à l'avance afin de se protéger du défaut de paiement d'une partie.

## Méthodes adoptées par les institutions d'arbitrage en ce qui a trait au paiement

Dans la mesure où nous devrions nous attendre à ce que les institutions d'arbitrage protègent l'impartialité arbitrale et les inquiétudes relatives au paiement, je vous reparlerais de l'article Gans, où on indiquait que les « inquiétudes relatives aux biais de l'arbitre, découlant de la connaissance de l'arbitre des arrangements concernant les honoraires sont peut-être plus probables lorsque l'arbitrage ne bénéficie pas d'un organisme administratif pour agir à titre d'intermédiaire tampon entre l'(les) arbitre(s) et les parties. »<sup>20</sup> L'intermédiaire tampon que recommande Gans accomplit davantage que de garantir la rémunération des arbitres. Gans a discuté des règles d'autres institutions d'arbitrage internationales, permettant aux arbitrages d'avoir lieu lorsqu'une partie n'a pas payé un dépôt ou des honoraires et la partie n'étant pas en défaut y a remédié. Dans certaines de ces règles, le tribunal d'arbitrage est impliqué dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Gans recommande fortement à l'institution d'arbitrage d'éviter d'informer les arbitres du défaut de paiement, afin de protéger leur impartialité.<sup>21</sup>

Les sections suivantes offrent un aperçu des méthodes utilisées par plusieurs institutions arbitrales couramment observées au Canada en ce qui a trait au paiement des arbitres.

## Chambre de commerce internationale (Canada)

Le Tribunal d'arbitrage (aux fins de la présente section, le « Tribunal ») de la Chambre de commerce internationale (« CCI ») a été créé en 1923 en tant qu'organisme d'arbitrage pour la CCI.<sup>22</sup> Au Canada, les arbitrages de la CCI ont lieu par l'entremise de la Chambre de commerce du Canada (« CCC »). La CCC, exploitant sous le nom de CCI Canada, est le comité national du pays pour le Tribunal d'arbitrage de la CCI.<sup>23</sup> Malgré sa différence administrative, les arbitrages de la CCI au Ca-

Submit Your  
Proposals

Présentez vos  
propositions



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

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

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

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



nada demeurent soumis aux Règles d'arbitrage de la CCI (« Règles de la CCI »)<sup>24</sup> et aux politiques de la CCI concernant les coûts et le paiement des coûts.

Les Règles de la CCI ont établi les règles de l'institution en matière d'honoraires et de frais d'arbitrage et administratifs aux Articles 36 et 37 et dans l'Annexe III. En général, la CCI exige le paiement des dépenses administratives et des honoraires des arbitres à l'avance avant que le processus d'arbitrage atteigne l'étape des plaidoiries initiales. Ce processus prévoit un maximum de trois étapes de paiement : un dépôt non remboursable, une avance provisionnelle (si jugé nécessaire par le Secrétaire général), ainsi qu'une avance de frais.

En commençant par le dépôt non remboursable, l'Article 1(1) de l'Annexe III exige que le demandeur d'un arbitrage paie des honoraires non remboursables de 3000 \$ US au moment du dépôt de la demande d'arbitrage.<sup>25</sup> Quoique ce montant soit entièrement payé par le demandeur, il est éventuellement crédité de la part des honoraires d'arbitre et frais administratifs payée par le demandeur.

L'Article 36(1) des Règles de la CCI, et l'Article 1(2) de l'Annexe III, exigent que le demandeur fournisse une provision après le dépôt si cela est jugé nécessaire. Le montant, et la nécessité, de toute provision est déterminé(e) par le Secrétaire général, qui « peut demander au demandeur de payer une provision au montant prévu pour couvrir les frais d'arbitrage jusqu'à ce que les Conditions du mandat aient été rédigées. »<sup>26</sup> Si le demandeur doit fournir une provision, ce montant sera également crédité de la part des honoraires d'arbitre et frais administratifs payée par le demandeur. Quoique discrétionnaire, l'Article 2 de l'Annexe III offre des conseils quant au montant de la provision. En particulier, ce montant :

...ne devrait normalement pas dépasser le montant obtenu en additionnant les dépenses administratives de la CCI, une partie minimale des honoraires (tel qu'établi dans l'échelle ci-après) déterminés en fonction du montant de la demande d'indemnisation et des dépenses

remboursables prévues du tribunal arbitral encourues par la rédaction des Conditions du mandat. Si un tel montant n'est pas quantifié, la provision sera déterminée à la discrétion du Secrétaire général. Le paiement par le demandeur sera crédité de sa part de la provision sur les frais établis par le Tribunal.<sup>27</sup>

L'Article 36(2) des Règles de la CCI indique ensuite au Tribunal d'établir la provision sur les frais dès que possible, au montant susceptible de couvrir les dépenses administratives de la CCI pour les demandes d'indemnisation en question, ainsi que les honoraires et dépenses des arbitres.<sup>28</sup> Cela est habituellement fait peu après le dépôt d'une Réponse ou de toute Demande reconventionnelle et chaque partie est responsable de la moitié de la provision.<sup>29</sup> Le Tribunal pourrait établir des provisions distinctes sur les montants des frais pour toute Demande reconventionnelle en vertu de l'Article 36(3). De plus, s'il y a plusieurs parties ou jonctions de cas entre plusieurs parties en vertu des Articles 7 ou 8 des Règles de la CCI, puis l'Article 36(4) détermine une formule plus complexe d'établissement de la provision sur les frais.

Chaque partie « devra payer sa part de la provision totale sur les frais, en argent comptant. »<sup>30</sup> Tel que discuté précédemment, le demandeur a les frais de dépôt du dossier de 3000 \$ et la provision, s'il y a lieu, qui seront crédités de sa part de la provision sur les frais. L'Annexe III aux Articles 1(5) et 1(6) présente de façon détaillée les diverses exceptions du paiement en argent comptant si le montant dû par une partie dépasse un certain seuil ou si une partie désire payer par versements. Il y a également des dispositions établissant des provisions distinctes sur les frais lorsqu'une Demande reconventionnelle est impliquée.<sup>31</sup>

Ce système a été créé pour s'assurer que seulement les demandes d'indemnisation pour lesquelles les frais ont été payés à l'avance aient lieu. À cet effet, l'Article 1(3) de l'Annexe III indique que le tribunal arbitral doit « procéder seulement pour ces demandes d'indemnisation ou deman-

des reconventionnelles pour lesquelles le montant total de la provision sur les frais a été payé. » Les montants payés à l'aide de la provision sur les frais sont une estimation provisoire des frais, et le Tribunal établit les frais réels pour ses propres dépenses administratives et honoraires d'arbitrage (et dépenses remboursables) à la fin de l'arbitrage. Ces montants sont payés à même la provision sur les frais, tous montants restants étant remis aux parties. La provision sur les frais est donc déterminée afin d'être suffisante pour couvrir toutes les dépenses administratives et des arbitres pour l'arbitrage.<sup>32</sup>

Contrairement aux autres procédures institutionnelles, ou arbitrages ponctuels, le Tribunal a le pouvoir exclusif d'établir les honoraires des arbitres et dépenses administratives.<sup>33</sup> De tels montants sont calculés de l'une des trois façons suivantes : 1) en fonction d'une annexe dans l'Annexe III, selon la valeur des demandes d'indemnisation de l'arbitrage et le nombre d'arbitres; 2) à la discrétion du Tribunal si aucun montant n'est indiqué pour une demande d'indemnisation; ou 3) avec un montant plus élevé ou plus faible que l'échelle pertinente si cela est « jugé nécessaire en raison des circonstances exceptionnelles du dossier. »<sup>34</sup>

Le Tribunal est l'institution arbitrale la plus éminent pour l'adoption de ce type d'approche *ad valorem* concernant les frais d'arbitres.<sup>35</sup> Selon ce système de paiement, le montant réel reçu par l'arbitre pour ses services peut être inférieur au montant que l'arbitre exigerait pour ses services s'il travaillait selon un taux horaire de facturation. Un facteur essentiel en est la cause : le versement final aux arbitres neutres est déterminé en fonction de la valeur du montant en litige dans l'arbitrage.<sup>36</sup> Si la ou les demande(s) d'indemnisation est (sont) pour des éléments non quantifiés, tels qu'un type de jugement déclaratoire ou la communication de renseignements, l'établissement du montant est en effet à la discrétion du Tribunal. De plus, puisque les avances sur les frais peuvent être ajustés en tout temps par le Tribunal en considération des « fluctuations du montant en litige, des changements au montant des dépenses estimées de l'arbitre, ou de la





difficulté ou de la complexité changeantes des procédures d'arbitrage »<sup>37</sup>, en théorie l'avance prévue devrait être suffisante pour couvrir tout développement dans les procédures. Ce processus exige, par contre, que l'arbitre et le Tribunal soient vigilants dans une certaine mesure et demandent des avances additionnelles aux parties si l'envergure de l'arbitrage augmente.

Des avances additionnelles sur les frais sont également requises si l'arbitre requiert lui-même l'aide d'experts. Toutefois, en vertu de l'Article 1(12) de l'Annexe III, « le tribunal arbitral devra s'assurer que les parties paient de tels frais et dépenses. » Puisque toute avance sur les frais aura été approuvée à l'avance, l'arbitre devra seulement s'assurer que les deux parties paient leur part de cette avance. Quand même, cette disposition oblige l'arbitre à agir à titre d'agent de recouvrement. Si l'une des parties ne paie pas selon les délais établis ou ne paie pas le montant de sa part en entier, d'une telle façon que l'avancement et les délais des procédures sont compromis, l'arbitre devra sans doute compter sur les Règles de la CCI régissant un cas de défaut.

En cas de défaut, où une partie n'a pas réussi à fournir son avance sur les frais, l'Article 36(5) permet à l'autre partie qui n'est pas en défaut de payer l'avance sur les frais de la partie en défaut afin que l'arbitrage se poursuive. Ce montant serait probablement considéré dans le développement de tout argument concernant les frais, suite à une évaluation des mérites. Si cela ne se produit pas, alors en vertu de l'Article 36(6) :

Lorsqu'une demande pour une avance sur les frais n'a pas été respectée, et après consultation du tribunal arbitral, le Secrétaire général peut exiger que le tribunal arbitral suspende son travail et établisse un délai, qui doit être équivalent ou supérieur à 15 jours, à la fin duquel les demandes d'indemnisation pertinentes devront être considérées comme retirées. Si la partie en question désire s'opposer à cette mesure, elle doit présenter une demande au cours du délai ci-dessus afin que la question soit tranchée par le Tribunal. Ladite partie ne pourra être empêchée,

pour le motif de ce retrait, de présenter à nouveau les mêmes demandes d'indemnisation à une date ultérieure dans une autre procédure.

Quoique ce soit la CCI qui prenne des mesures devant un défaut de paiement, l'arbitre sera informé du défaut de paiement de la partie (en particulier s'il est associé aux frais d'experts de l'arbitre) et, si la situation est corrigée durant le délai de 15 jours, cela pourrait soulever des questions plus tard pendant la procédure quant à la conduite sans biais de l'arbitre.

Un arbitre n'a pas recours à l'Article 36(6) à l'égard du paiement de toute taxe ou frais, tels qu'une taxe de valeur ajoutée, sur ses honoraires. L'Article 2(13) de l'Annexe III indique :

Les montants payés à l'arbitre ne comprennent aucune taxe de valeur ajoutée (TVA) possible ou autres taxes ou frais et modes de perception applicables aux honoraires de l'arbitre. Les parties ont la responsabilité de payer de telles taxes ou de tels frais; cependant, le recouvrement de tels frais ou taxes est seulement l'affaire entre l'arbitre et les parties.

En vertu de l'Article 2(4) de l'Annexe III, un arbitre ne peut prendre des arrangements distincts avec les parties en ce qui a trait aux honoraires. Il est probable que cette interdiction générale couvre également les ententes ou garanties distinctes pour que les parties paient tout frais ou taxe en vigueur sur le versement final des honoraires de l'arbitre. Tandis que l'arbitre ne peut pas créer une entente distincte pour les honoraires et les frais en vertu des Règles de la CCI, ces Règles sont relativement complètes. Presque tous les paiements sont à payer à l'avance par les parties, alors les questions principales à aborder sont tout changement dans l'arbitrage exigeant des avances additionnelles des parties, le paiement des honoraires des experts de l'arbitre et le paiement des taxes et frais sur les honoraires de l'arbitre. Puisque l'arbitre, conjointement avec le Secrétaire général, décide des mesures à prendre en cas de défaut de paiement, il est peu probable qu'un arbitre faisant partie de cette institution se retrouve dans la même

situation que Zaremski.

## International Institute for Conflict Prevention & Resolution

Les règles mises en œuvre par l'International Institute for Conflict Prevention & Resolution (« CPR ») concernant les frais des arbitres présentent quelques similitudes avec celles de la CCI. Les Règles 17, 18 et 19 des Règles d'arbitrage administré du CPR<sup>38</sup> régissent les frais et honoraires des procédures administrées. Le CPR a également mis en place une série de Règles d'arbitrage non administré<sup>39</sup> où la Règle 17 régit les frais et honoraires.

En commençant par les Règles d'arbitrage administré, chaque arbitre est rémunéré de « façon raisonnable » tel que déterminé au moment de sa nomination.<sup>40</sup> La rémunération pour chaque arbitre doit être intégralement divulguée au tribunal et aux parties. Tout conflit relatif à la rémunération de l'arbitre est déterminé par le CPR et l'arbitre, puis communiqué par écrit aux parties. Contrairement aux Règles de la CCI, les règles du CPR permettent aux arbitres de demander un taux horaire ou per diem, ainsi que les dépenses raisonnables.<sup>41</sup> Ces Règles impliquent qu'au moment de la nomination, un arbitre peut conclure une entente additionnelle avec les parties relativement aux honoraires. Il n'y a pas de Règle empêchant une entente indépendante entre l'arbitre et les parties en ce qui concerne les honoraires, alors un arbitre pourrait obtenir des garanties additionnelles ou autres indemnités pour des frais de la part des parties et leur avocat.

Contrairement aussi aux Règles de la CCI, en vertu de ces Règles du CPR, les parties d'un arbitrage sont directement responsables des honoraires et dépenses de l'arbitre. La dernière phrase dans la Règle 17.1 indique que « les parties seront conjointement et individuellement responsables de tels honoraires et dépenses. » Cette disposition, par elle-même, permettrait à un arbitre de poursuivre les parties, sur une base conjointe ou individuelle, pour le défaut de paiement des frais.

En vertu de la Règle 17.2, l'arbitre a également le contrôle des avances requises



pour les honoraires et dépenses et ce montant peut être ajusté en tout temps au cours de l'arbitrage. L'arbitre informe le CPR de sa décision concernant cette question et le CPR présente une facture aux parties pour ces avances et débourse les avances de la façon qu'il juge appropriée. La Règle 17.3 fournit des conseils pour les cas où une partie ne paierait pas sa part de l'avance après avoir reçu la facture :

Si les avances exigées ne sont pas payées en entier au cours des 10 jours suivant la réception de la demande, le CPR informera les parties et la procédure pourrait être suspendue ou interrompue, à moins que l'autre partie ne paie la part de la partie en défaut de paiement, assujéti à l'allocation des frais.

Les frais administratifs et dépenses du CPR sont traités de individuellement en vertu de la Règle 18 des Règles d'arbitrage administré. Le CPR calcule des Frais administratifs, en plus des Frais de dépôt du dossier, puis transmet une facture aux parties pour le paiement de ces montants. Si une partie ne respecte pas l'exigence de paiement de cette facture, « la procédure sera suspendue ou interrompue, à moins que l'autre partie paie la part de la partie en défaut de paiement, assujéti à toute allocation des frais. » Tout comme pour la Règle 17.3, toute suspension ou interruption doit être communiquée à l'arbitre, mais l'arbitre ne doit pas nécessairement savoir quelle partie était en défaut et pourrait donc se protéger de cette connaissance dans le cas où la procédure serait seulement suspendue et poursuivie ultérieurement.

En vertu de la Règle 19.1, l'arbitre peut établir les frais d'une nomination, y compris les honoraires et dépenses pour l'arbitre et les Frais administratifs du CPR. Les Règles d'arbitrage administré du CPR sont

beaucoup moins détaillées que celles de la CCI. L'arbitre étant soumis à ces Règles peut donc choisir de créer une entente ou un mandat distinct à mettre en œuvre par les parties.

Les Règles d'arbitrage non administré du CPR sont très similaires aux Règles d'arbitrage administré, sauf qu'il n'y a pas de disposition pour les frais du CPR, que ce soit pour le dépôt ou l'administration d'un dossier. L'arbitre, ou le tribunal selon le cas, est rémunéré sur une « base raisonnable déterminée au moment de la nomination » et la rémunération doit être divulguée.<sup>42</sup> L'arbitre a également le pouvoir d'établir ses honoraires et dépenses dans une nomination<sup>43</sup> et peut demander à chaque partie de déposer un montant approprié à titre d'avance des frais.<sup>44</sup> Puisque le processus n'est pas administré par une institution, l'arbitre détermine comment de tels dépôts seront détenus et dépensés. Si une partie ne paie pas son dépôt au cours des 20 jours suivant la réception de la demande, alors en vertu de la Règle 17.5 :

...le Tribunal en informera les parties afin que conjointement et individuellement elle effectue le paiement demandé. Si ledit paiement n'est pas effectué, le Tribunal pourrait suspendre ou mettre fin à la procédure.

En vertu de ces Règles, le tribunal serait informé dès que l'une des parties serait en défaut de paiement selon les délais ou en défaut entièrement. Ainsi, si les procédures sont suspendues, et reprises à un moment ultérieur, l'arbitre devra être informé de toute allégation de biais possible concernant la partie en défaut de paiement. Notamment, les Règles d'arbitrage non administré n'indiquent pas précisément que les parties sont conjointement et individuellement responsables des honoraires et dépense de l'arbitre. Cette différence est significative et un arbitre devra en tenir

compte dans son entente de nomination avec les parties.

## ADR Institute of Canada

L'ADR Institute of Canada (« ADRIC ») est une organisation nationale offrant des services de résolution de conflit de premier plan au Canada.<sup>45</sup> Les Règles d'arbitrage nationales de l'ADRIC<sup>46</sup> (« Règles de l'ADRIC ») offrent une structure aux parties d'un arbitrage et, avec certaines exceptions précisées, ces Règles peuvent varier selon l'entente entre les parties.<sup>47</sup> Des « Règles de l'ADRIC » révisées devraient être publiés en 2014.

Les Règles de l'ADRIC contiennent des dispositions distinctes pour les dépenses administratives et les honoraires des arbitres. L'une des dispositions obligatoires des Règles de l'ADRIC est la Règle 5 sur les frais administratifs. Les parties s'entendent, du simple fait de participer à un arbitrage en vertu des Règles de l'ADRIC, que leur arbitrage sera administré par l'ADRIC, qui indiquera les frais de ces services administratifs.<sup>48</sup> Ces frais sont établis dans l'Annexe « A » des Règles de l'ADRIC et prévoient deux versements déterminés selon le montant de la demande d'indemnisation : le premier versement est payable au dépôt initial de l'Avis de demande d'arbitrage ou la Soumission d'arbitrage et le second versement est payable au moment du dépôt de la Défense (avec ou sans Demande reconventionnelle). Si une partie ne paie pas ses frais administratifs exigés, alors en vertu de la Règle 37 :

... le Tribunal peut continuer l'arbitrage dans de telles conditions tel que jugé approprié par le Tribunal après s'être assuré qu'une tentative raisonnable de communication avec la partie en défaut a été faite. Le Tribunal devra prendre une décision en tenant compte de la preuve qui lui est présentée.

## 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)



Poursuivre la procédure dans ce contexte affectera seulement les frais administratifs de l'ADRIC et non les honoraires de l'arbitre.

Les Règles de l'ADRIC sont relativement muettes à l'égard des honoraires des arbitres et de leur paiement. Les Règles 40 et 41 présentent de façon détaillée les dépôts en fonction des frais et le paiement sur les dépôts, respectivement. Toutefois, il n'est pas nécessaire que ces dépôts et paiements soient organisés par l'ADRIC. Dans leur intégralité, ces Règles prévoient ce qui suit :

#### 40. DÉPÔTS EN FONCTION DES FRAIS

Le Tribunal peut, directement ou par l'intermédiaire de l'Institut, de temps en temps, exiger que les parties effectuent le dépôt en argent comptant, par chèque certifié, ou par lettre de crédit irrévocable, à l'Institut en fidéicommis, de montants équivalents à titre d'avance pour les frais et dépenses prévus de l'arbitrage, y compris les frais et dépenses du Tribunal.

Si les dépôts exigés ne sont pas effectués au cours des 15 jours suivant la réception de la demande, le Tribunal ou l'Institut devront informer les parties afin qu'une autre partie effectue le paiement requis.

Si les dépôts exigés ne sont pas effectués au cours des 30 jours suivant la réception de la demande, le Tribunal peut continuer l'arbitrage en vertu de la Règle 37 ou ordonner la suspension ou l'interruption de la procédure.

#### 41. PAIEMENT SUR LES DÉPÔTS

L'Institut peut, de temps en temps, payer au Tribunal sur tout dépôt qu'il détient, tout montant qu'il considère raisonnable et approprié pour les honoraires gagnés et les dépenses encourues par le Tribunal.

Lorsque l'allocation finale des frais sera complétée, un règlement est obtenu ou l'arbitrage est abandonné ou autrement finalement disposé, l'Institut appliquera tout dépôt qu'il détient aux frais de l'arbitrage, y compris tous les frais du Tribunal et frais adminis-

tratifs, rendra compte aux parties des dépôts reçus et appliqués et remettra tout solde non dépensé aux parties proportionnellement à leurs contributions ou selon les directives du Tribunal dans la sentence finale.

Voilà un autre exemple où, tout comme dans le cas des Règles d'arbitrage administré et non administré du CPR, un arbitre souhaitera créer une entente ou un mandat que mettront en œuvre les parties. Les Règles de l'ADRIC donnent à un arbitre une portée vaste pour traiter des dépôts, des honoraires à taux horaire ou *per diem*, de l'intérêt et des autres éléments dont un arbitre pourrait vouloir tenir compte dès le début.

### Sommaire

À la lumière du bref examen que nous avons réalisé, il existe très peu d'institutions d'arbitrage qui protègent les arbitres de la façon qui serait satisfaisante pour Gans. Les règles qui permettent de créer un intermédiaire tampon presque complet entre l'arbitre et les parties sont celles de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (« CCI »). La Cour CCI, et non les arbitres, a le « plein pouvoir d'établir les honoraires des arbitres ». L'arbitre ne peut prendre un arrangement distinct avec les parties concernant les frais. La Cour CCI exige que chacune des parties paie à l'avance des montants déterminés par la Cour pour couvrir les frais d'arbitrage prévus. La cour (encore une fois, et non les arbitres) interdit la poursuite de l'arbitrage jusqu'à ce que l'avance complète des frais ait été payée. En cas de défaut d'une partie à fournir son avance des frais, la cour (et non les arbitres) peuvent permettre à l'autre partie qui n'est pas en défaut de payer l'avance des frais de la partie en défaut afin que l'arbitrage se poursuive. En cas de défaut de paiement, la cour peut, en consultant les arbitres, ordonner la suspension de l'arbitrage.

Nous n'observons pas d'intermédiaire tampon similaire dans les règles des autres arbitrages administrés. Les règles d'International Institute for Conflict Prevention & Resolution (« CPR ») pour les arbitrages administrés ordonnent que chaque ar-

bitre « soit rémunéré sur une base raisonnable déterminée au moment de la nomination » et que « la rémunération de chacun des arbitres soit intégralement divulguée à tous les membres du Tribunal et à toutes les parties ». Le Tribunal peut également exiger que chacune des parties remette un montant approprié à titre d'avance au CPR et demande des dépôts supplémentaires. Si les dépôts ne sont pas effectués, le Tribunal informera les parties afin qu'elles « effectuent conjointement et individuellement le paiement exigé ». Autrement, le Tribunal pourrait suspendre ou mettre fin à la procédure.

Les Règles de l'ADR Institute of Canada (« ADRIC ») jouent encore moins un rôle d'intermédiaire tampon. Ces règles permettent au tribunal d'exiger « directement ou par l'intermédiaire de l'Institut » des dépôts d'avance pour les frais et dépenses prévus du Tribunal. Une partie qui n'est pas en défaut peut effectuer le paiement exigé. Si les dépôts ne sont pas effectués au moment opportun, un tribunal peut continuer l'arbitrage ou ordonner sa suspension ou son interruption.

### Recommandations pour les arbitres

En tout temps, un arbitre devrait s'assurer de recevoir le paiement de ses services. À l'exception des arbitrages en vertu des Règles de la CCI, les institutions arbitrales évaluées ci-dessus permettent toutes aux arbitres de conclure des ententes additionnelles avec les parties, en ce qui concerne leur mandat et les honoraires. L'article de Zaremski se concentrait sur l'exigence de l'« indépendance complète d'un arbitre neutre », qui selon lui « implique que les décideurs *n'aient pas* à s'inquiéter des éventualités associées à leur processus décisionnel... telles que les préoccupations relatives aux moyens, au moment ou aux parties qui les paieront. »<sup>49</sup> En conséquence, « peut-être que bientôt les entités arbitrales qui font les arrangements avec les arbitres neutres garantiront le paiement de la rémunération de ces derniers où les dépôts sont exigés mais non reçus, ou dans le cas où les arbitres neutres pourront émettre directement des factures et effectuer le recouvrement auprès des parties, y compris la possibilité de





poursuivre le recouvrement des parties pour une rémunération gagnée mais impayée. »<sup>50</sup>

Compte tenu de ce qui précède et des préoccupations que j'ai soulevées, j'encouragerais les institutions arbitrales à examiner et à revoir leurs règles afin de créer des intermédiaires tampons plus complets entre les parties et les arbitres par rapport aux arrangements d'honoraires et aux conséquences du défaut de paiement des frais et dépôts. Sans de telles réformes, le fardeau sera assumé par les arbitres et les parties devant négocier et développer la structure des ententes de mandat provisoires conçues pour minimiser dans la mesure du possible les risques de décisions manifestement déraisonnables, de biais et de perturbation du processus d'arbitrage.

J'ai l'habitude pour mes arbitrages, qui sont normalement ponctuels, de conclure à l'avance des ententes écrites de mandat reposant sur et présentant au moins certains des facteurs suivants :

1. Il y a une audience pré-arbitrale provisoire où, entre autres questions, les ententes de mandat sont abordées et approuvées;
2. Les mandats avec des conditions courantes pour les tribunaux d'arbitrage de trois personnes sont habituellement employés, le tribunal étant nommé conjointement par toutes les parties avec, souvent, la même structure de taux horaire approuvée pour tous les arbitres et une disposition selon laquelle des factures mensuelles seront soumises et payées au moment opportun;
3. Il y a dans tous les cas tôt une divulgation entière à tous les arbitres et parties des conditions importantes des ententes de mandat;
4. Les obligations de paiement des frais et dépenses d'arbitrage sont parfois (mais pas toujours) garanties par un dépôt d'avance en argent comptant. Le montant de ce dépôt ne vise habituellement pas à couvrir la totalité des frais et dépenses d'arbitrage prévus, mais constitue une garantie contre le paiement final des comptes;
5. Les cabinets d'avocats agissant pour les parties garantissent personnellement le paiement de la part proportionnelle de leurs clients de la facture de tous les arbitres, telle que soumise;
6. L'annulation de la somme globale ou des frais de suspension est précisée; et
7. La discrétion de mettre fin à la procédure d'arbitrage en cas de défaut de paiement des factures est réservée aux arbitres.

Ces conditions sont bien loin d'offrir un intermédiaire tampon complet entre les parties et les arbitres pour les questions relatives aux honoraires et dépenses arbitrales. Je, et à ma connaissance, mes collègues arbitres, ai (avons) été rémunéré entièrement et au moment opportun sans rencontrer de « terrain miné » tel que mentionné précédemment. Cela peut probablement être attribué en partie à la grande qualité des parties et cabinets d'avocats impliqués dans les arbitrages commerciaux. Je devine que la volonté des cabinets d'avocats de garantir le paiement des obligations de leurs clients, est un encouragement supplémentaire. D'un autre côté, je vous invite à considérer l'idée d'ajouter au moins deux conditions additionnelles que je ne mets présentement pas en pratique. Les voici :

1. L'exigence, dans les circonstances appropriées, de soumettre des dépôts d'avance au début de l'arbitrage afin de couvrir la totalité des honoraires et dépenses estimés des arbitres. Cela pourrait faire l'objet de discussions avec les parties et leurs avocats, au début de l'arbitrage. L'avantage serait de réduire le risque de défaut de paiement et le risque pour le participant de devoir mettre fin à l'arbitrage ou bien de permettre la poursuite de l'arbitrage alors que l'arbitre sait que l'une des parties n'a pas respecté ses obligations de paiement. D'un autre côté, établir une estimation raisonnable de tous les honoraires et dépenses du tribunal d'arbitrage dès le début du processus d'arbitrage pourrait être difficile mais pas impossible dans de nombreux cas. Cela entraînerait la nécessité de fournir des avances ou des dépôts subséquents tout au long de l'arbitrage, ce qui pourrait susciter ultérieurement des questions de défaut de paiement dont il serait difficile de se protéger; et
2. Indépendamment des dépôts d'avance complets, je recommanderais fortement

des discussions préliminaires avec les parties et leurs avocats au sujet des conditions à inclure dans l'entente de mandat de l'arbitre afin d'aborder la marche à suivre concernant le processus d'arbitrage en cas de défaut de paiement. Les parties devraient être encouragées à considérer si l'arbitrage dans de telles circonstances devrait être automatiquement interrompu ou suspendu, si un jugement de défaut contre la partie en défaut devrait être considéré, la possibilité d'impliquer un tiers indépendant pour un rôle limité afin de déterminer si et comment l'arbitrage pourrait se poursuivre, et quelle discrétion devrait être retenue par le tribunal relativement à la façon et aux conditions selon lesquelles la poursuite de l'arbitrage devrait être permise. S'entendre à l'avance sur ces questions pourrait contribuer à protéger le caractère raisonnable et l'impartialité de l'arbitrage.

David Plimpton, dans son article « Getting Paid: What you Need to Know about Neutrals' Compensation », recommande aux arbitres de considérer les aspects suivants en ce qui a trait à la rémunération :

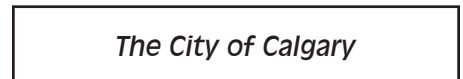
- La rémunération pour les honoraires et les dépenses;
- Un dépôt initial pour les honoraires et dépenses estimés;
- Si de l'intérêt est obtenu pour tout dépôt, et si oui, le taux d'intérêt;<sup>51</sup>
- Des arrangements uniques concernant les honoraires et les dépenses si les parties y ont droit, en vertu de conditions contractuelles ou de lois locales, pour répartir ou évaluer les honoraires et les dépenses des arbitres;
- Si les avocats des parties doivent être tenus de payer les honoraires et les frais des arbitres;
- Pour les groupes à plusieurs parties, si tous les arbitres ou seulement le président devraient communiquer avec les parties à propos des questions d'honoraires et de frais;
- Comment et quand les honoraires et les frais devraient être facturés et perçus; et
- Si l'intérêt sera perçu pour les comptes en souffrance.<sup>52</sup>

Idéalement, un arbitre ne se trouvera ja-





ADRIC is grateful for the support of its Corporate Members:





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

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

**New C.Meds / Nouveaux Méd.A :**

Rachel Flynn, Q.Med (ON)	Jennifer Warren, Q.Med (AB)
Julia Fulford, C.Med (AB)	Louisa Garbo, Q.Med (MB)
Marc Johnson, C.Med (AB)	Gwendo Greenaway, Q.Med (AB)
Lorraine Nordstrom, C.Med (AB)	Anna Haanstra, Q.Med (Atlantic)

Violet C. Pergel, C.Med (AB)

Toni Kazmir, Q.Med (AB)

**New Q.Meds:**

Bi Ying (Jennifer) Lam, Q.Med (ON)	Brian K. Evans, Q.Arb (ON)
Mireille Allain, Q.Med (Atlantic)	Lorne J. Fine, Q.Arb (ON)
Shelley Alward-MacLeod, Q.Med (Atlantic)	Livia Larin Young, Q.Med (AB)
Rick Anderson, Q.Med (AB)	Jon R. Lavkulich, Q.Med (AB)
Malcolm Angus, Q.Med (Atlantic)	Rene Mendizabal, Q.Med (ON)
Stephen Bleile, Q.Med (AB)	Tricia Millman, Q.Med (BC)
John Box, Q.Med (ON)	Peggy Olstad, Q.Med (AB)
Angela Boyes, Q.Med (AB)	Esmahan Razavi, Q.Med (AB)
Sujoy Chatterjee, Q.Med (Atlantic)	Heather A. Seagrave, Q.Med (AB)
Lydia De Jong, Q.Med (AB)	Jeanne Seguin, Q.Med (AB)
Tara Erickson, Q.Med (AB)	Arlene J. Valere, Q.Med (Atlantic)

**New Q.Arbs / Nouveaux Arb.B :**

Michael Collyer, Q.Arb (BC)

Roger Dinner, Q.Arb (ON)

Brian K. Evans, Q.Arb (ON)

Lorne J. Fine, Q.Arb (ON)

Matthew T. Ghikas, Q.Arb (BC)

Michael J. Hewitt, Q.Arb (BC)

Stephanie Kuiack, Q.Arb (ON)

Gerry Nera, Q.Arb (ON)

Maha Maria Piehl, Q.Arb (ON)

Marlon M. Roefe, Q.Arb (ON)

Tilda M. Roll, Q.Arb (ON)

Richard F. Sieb, Q.Arb (BC)

**Advertise  
Affichez votre  
publicité**



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

**Advertise in the Canadian Arbitration and Mediation Journal**

Ask for a rate card: [janet@adrcanada.ca](mailto:janet@adrcanada.ca)

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

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

416-487-4733 • 877-475-4353



## Benefits of Membership

In addition to the many practical benefits of membership relating to education, networking, advertising and accreditation opportunities, members are part of an organization that will take them into the future. Some of the benefits of membership are outlined below:

### Designations:

A member in good standing can apply for accreditation as a Chartered Mediator, Chartered Arbitrator, Qualified Mediator or Qualified Arbitrator. These designations are recognized nationally and internationally and signify to the public, and to those referring clients, that an ADR practitioner has achieved a particular level of skill and experience. Individuals who hold these designations therefore enjoy a competitive advantage. Professionals who have earned these designations stand above the crowd.

The letters behind a professional's name mean something. That's why we work towards them and that's why members of the public gravitate to them. A professional designation is your way of differentiating yourself and conveying your level of achievement to prospective users of your services.

Users of ADR services, or lawyers and other professionals referring clients, feel confident selecting ADR professionals with designations granted by ADR Canada. In making their selections, users are choosing individuals whose performance has been reviewed and assessed by a committee of senior and respected practitioners who have verified that the professional is working at a particular level.

Highly experienced members can apply for the Chartered Mediator, (C.Med.) or Chartered Arbitrator, (C. Arb.) designations. These high level, senior designations are known and respected across Canada and internationally. This is the most senior designation offered by the Institute.

Members with extensive training and some practice experience can apply for "Qualified Mediator" or "Qualified Arbitrator", designations that indicate they have been judged to be practicing at an intermediate level.

*For more information on these designations* [www.adrcanada.ca/resources/designation.cfm](http://www.adrcanada.ca/resources/designation.cfm)

### Practice standards and a regulatory framework:

Users of ADR services are warned to steer clear of unaffiliated professionals so membership in the ADR Institute, the largest and most respected organization of ADR professionals in Canada, is a competitive advantage that sets you apart from ADR practitioners who are not associated with a strong organization.

In addition, Institute members are held accountable to practice standards that include a Mediator's Code of Conduct and a National Code of Ethics. Practitioners not associated with any organization are accountable to

no one, making them a more risky choice for ADR users.

Complaints about members who breach the standards set out in these documents can be brought to the attention of the Board of Directors of the affiliate or national for investigation and potential discipline as per the procedure set out in Regulations issued under the By-laws of the ADR Institute of Canada, or by disciplinary processes set by the province. There is, therefore, an avenue of redress for users of ADR services who feel the service they have received breaches 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**  
Room CE 223A -  
Ralph King Athletic Centre  
Concordia University Campus  
7128 Ada Boulevard  
Edmonton AB, T5B 4E4  
Toll-free: 1-800-232-7214  
Tel: 780-433-4881  
Fax: 780-433-9024  
Email: [info@adrAlberta.com](mailto:info@adrAlberta.com)  
Internet: [www.adrAlberta.com](http://www.adrAlberta.com)

**SASKATCHEWAN**  
**ADR Institute of Saskatchewan Inc.**  
Box 22015, RPO Wildwood  
Saskatoon SK S7H 5P1  
Toll-free: 1-866-596-7275  
Fax: 1-855-487-4429  
Email: [info@adsaskatchewan.ca](mailto:info@adsaskatchewan.ca)  
Internet: [www.ardsaskatchewan.ca](http://www.ardsaskatchewan.ca)

**MANITOBA**  
**ADR Institute of Manitoba Inc.**  
Toll-free: 1-877-489-7452  
Fax: 1-855-487-4429  
Email: [admin@adrmanitoba.ca](mailto:admin@adrmanitoba.ca)  
Internet: [www.adrmanitoba.ca](http://www.adrmanitoba.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  
Email: [admin@adratlantic.ca](mailto:admin@adratlantic.ca)  
Internet: [www.adratlantic.ca](http://www.adratlantic.ca)