

Spring / Printemps 2009 A publication of the ADR Institute of Canada, Inc./Publié par l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

INSIDE this issue

Hold the date for the ADR Institute of Canada Annual National Conference

October 22-23, 2009 Gatineau, Quebec

Réservez la date pour la conférence annuelle de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada

du 22 au 23 octobre 2009, Gatineau, (Québec)

To register call: Pour vous inscrire appellez:

Mena Peckan: 416-487-4733 1-877-475-4353 mena@adrcanada.ca

Message from the President
Message du président2
Message from the Editorial Board
Mot du comité de rédaction
View from the Bench
Un point du vue du Banc
The Demise of Conflict Resolution Network Canada 14
La fin du Réseau pour la résolution de conflits Canada 15
The Canadian Courts' Contribution to the
La contribution des tribunaux canadiens au système 22 d'arbitrage international – Une brève analyse
Time Limitations for Recognition of International 26 Arbitral Awards—Why 2 Years?
Limite de temps pour la reconnaissance
Amiable Composition: Have You Provided32 Your Amiable Compositeur With the Necessary Tools?
Amiable composition : avez-vous fourni les outils 34 nécessaires à votre amiable compositeur ?

Who are we?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Qui sommes nous?

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

L'Institut est une organisation à but nonlucratif qui réunit, non seulement des médiateurs et des arbitres, mais aussi les autres gens de la profession, les sociétés commerciales et les cabinets d'avocats. Ils travaillent ensemble pour promouvoir les règlements afin de résoudre des conflits. Leurs expertises apportent des techniques et expériences diverses à l'Institut et contribue au développement du domaine au Canada. Les organisations se tournent vers l'Institut et ses filiales pour obtenir des conseils dans le but de régler et administrer les différends entre l'organisation et ses clients ou entre employés, ou entre employés et cadres.

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

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

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

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

ADR Institute of Canada Corporate Members

To inquire about corporate memberships, please call 416-487-4733 or 1-877-475-4353



- Alberta Environmental Appeals Board
- Appraisal Institute of Canada
- Bennett Jones LLP
- Borden Ladner Gervais LLP
- Burnet Duckworth & Palmer LLP
- ENCANA (was Alberta Energy Company Ltd and PanCanadian Petroleum)
- Canadian Institute for Conflict Research
- Fasken Martineau DuMoulin
- Fraser Milner Casgrain LLP
- Insurance Bureau of Canada
- Macleod Dixon LLP
- Osler, Hoskin & Harcourt LLP
- The City of Calgary
- Torys LLP





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

Vol. 18, No. 1 Spring / Printemps 2009

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

Executive Director / Directrice exécutive
Mary Anne Harnick

Office Manager / Chef de bureau Mena Peckan

National Program Manager / Administratrice du programme national Teresa Cappelletto

> Layout / Mise en page Whizard Graphics

Printer/Imprimeur d'édition
Pulsar Printing Ltd.

Canadian Arbitration and Mediation Journal (ISSN 1192-537X) is published twice a year by the ADR Institute of Canada, Inc. © 2009, All rights reserved. Reproduction or transmittal, in whole or in part, in any form or by any means, or its storage in a retrieval system, without prior permission of the copyright owner in writing, is forbidden.

Le Journal d'arbitration et de médiation Canadien (ISSN 1192-537X) est publié biannuellement par l'Institut d'Arbitration et de Médiation du Canada, Inc. © 2009, Touts droits réservés. Sa reproduction ou sa transmission en tout ou en partie en n'importe forme par n'importe méthode, ou son entreposage dans un système de récupération, sans permission de l'auteur par écrit, est défendu.

Annual subscription rates / Frais d'abonnement annuels In/au Canada: \$15.00 Cdn. Within U.S./aux États-Unis: \$20.00 Cdn. International: \$25.00 Cdn.



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



Donald E. Short

Message from the President

— Donald E. Short, FCIArb, C.Arb.

President, ADR Institute of Canada

Gaining Momentum

The theme of our terrifically successful Annual Meeting in Montreal was "Get On Board". Continuing the railroad metaphor, I am pleased to report that since that meeting your organization has really been gaining momentum.

Recent activities that strengthen our ADR "Gold Standard" reputation include:

- complete integration of our active and revitalized Quebec affiliate and its 225 members so that our Institute is truly national in scope;
- our professionally updated web site is now "live" so that we can communicate more effectively with our members and the public;
- the new site includes a new and updated ADR Connect, that allows the public and other professionals to source the arbitrator or mediator best suited to their needs;
- our selection as the chosen roster provider of mediation and arbitration services to participants in an important national class action settlement.

The "Find a Professional/ADR

Connect" button located at www.adrcanada.ca is an excellent nocost method of advertising your services, nationally and internationally. I would urge all our members to make sure they are taking advantage of this valuable marketing opportunity by completing their on-line personal listing as quickly as possible. You are a skilled professional. Now take this golden opportunity to tell the electronic world.

In addition, the ADR Institute of Canada has approved the implementation of a new "Qualified Mediator" designation. Members can look forward to the roll-out of the program in their region, including application forms, by participating affiliates. This designation is designed to assist mediators who are not yet at the Chartered Mediator stage by providing them with a recognized designation that demonstrates to the public that they are, indeed, recognized as being properly trained to practice mediation in their region.

To maintain the value of your highest designation, we have been in touch

Congratulations to the Former President, Master Donald E. Short

The ADR Institute of Ontario wishes to congratulate the former National President of the ADR Institute of Canada, Don Short, on his appointment as a Master of the Superior Court of Ontario. We wish to thank Don for his outstanding contribution to the ADR Institute Institute of Canada. Mr. Short has served as President for the last 2 years. His many volunteer hours have deeply enriched our organization and allowed us to accomplish a great deal in a short time including new ties with our Quebec affiliate, a tremendous conference in Montreal and creation of the Qualified Mediator designation.

Master Short has already commenced his duties. The formal Swearing-In as a Master of the Superior Court of Ontario took place June 2nd, 2009.



with all our Chartered Mediators to inform them that the Continuing Education and Engagement Program is now in effect and that they should start tracking their activities to demonstrate every three years that they are maintaining the level of competence and involvement expected of Chartered members. This

program emphasizes the importance of the designation and the responsibility of each and every Chartered member to ensure he or she is maintaining the proper level of competence as an experienced professional in the field.

Taken together, these important qual-

ity control initiatives lead to continuous improvement and are important steps in the pursuit and maintenance of our reputation as Canada's providers of "Gold Standard ADR." We will now be building on this momentum by developing a variety of marketing initiative to "spread the word".

Message du président

— Donald E. Short, FCIArb, C.Arb. Président, L'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada

On prend de la vitesse

Notre dernière conférence nationale annuelle, qui s'est tenue à Montréal et qui a remporté un immense succès, avait pour thème : « Montez à bord ». Pour poursuivre cette métaphore du chemin de fer, j'ai le plaisir de vous informer que depuis cette rencontre, notre organisme a réellement pris de la vitesse.

Voici quelques-unes des activités les plus récentes qui renforcent la réputation d'excellence de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada:

- intégration complète de notre société affiliée de la province de Québec, et de ses 225 membres, société qui se caractérise par sa vitalité et son dynamisme, conférant à notre Institut une portée véritablement nationale;
- notre site Web mis à jour par des professionnels est maintenant accessible « en direct », ce qui nous permet de communiquer plus efficacement avec nos membres et le public;
- le nouveau site est doté d'une commande « Se connecter à ADR » qui permet au public et aux autres professionnels de rechercher l'arbitre ou le médiateur le plus approprié à leurs besoins:
- la sélection de notre institut à titre de fournisseur de services d'arbitrage et de médiation auprès de participants dans le cadre d'un important règlement en recours collectif au Canada.

Le bouton « Trouver un professionnel/Se connecter à ADR », sur le site , est une excellente méthode, gratuite et pratique, de

faire la promotion de nos services à l'échelle nationale et internationale. Je recommande fortement à tous nos membres de profiter de cette formidable occasion de promotion en s'inscrivant en ligne le plus rapidement possible. Vous êtes un professionnel de talent. Profitez dès maintenant de cette occasion en or de faire partie du monde branché.

De plus, l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada a approuvé l'utilisation d'un nouveau titre, celui de « médiateur qualifié ». Les membres peuvent surveiller la mise en place du programme dans leur région, y compris l'émission des formulaires d'inscription, par les organismes affiliés qui y participent. Ce nouveau titre a été créé pour aider les médiateurs qui n'ont pas encore atteint l'étape de « médiateur accrédité » en leur attribuant un titre reconnu qui démontre au public qu'ils sont reconnus en tant que professionnels ayant la formation appropriée pour exercer la médiation dans leur région.

Afin que notre titre professionnel conserve son haut niveau de qualité, nous avons informé tous nos médiateurs accrédités de la mise en place du programme d'éducation permanente et de participation. Ces derniers devront commencer à faire le suivi de leurs activités et démontrer, tous les trois ans, qu'ils ont le niveau de compétence et d'engagement auguel doit satisfaire tout membre accrédité. Ce programme met l'accent sur l'importance du titre et la responsabilité qui incombe à tout membre accrédité de s'assurer qu'il maintient ses compétences au niveau de qualification dont doit faire preuve un professionnel expérimenté dans le domaine.

Dans l'ensemble, ces mesures fondamentales en matière de contrôle de la qualité contribuent à l'amélioration continue et jouent un rôle de tout premier plan pour assurer notre réputation d'excellence à titre de fournisseur de services d'arbitrage et de médiation au Canada. Nous allons tirer parti de cette force motrice en mettant en place plusieurs initiatives de promotion afin de « passer le mot ».

Félicitations à l'ancien président Me Donald E. Short

L'Institut d'Arbitrage et de Médiation de l'Ontario souhaite féliciter l'ancien président national de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Don Short, pour sa nomination au titre de Maître de la Cour Supérieure de l'Ontario.

Nous tenons à remercier Don pour sa remarquable contribution à l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada. M. Short a occupé le poste de Président pendant les deux dernières années. Les nombreuses heures qu'il a données ont profondément enrichi notre organisation et nous a permis d'accomplir beaucoup en peu de temps, incluant une nouvelle alliance avec notre affilié québécois, une formidable conférence à Montréal et la création du titre Médiateur qualifié.

Me Short a déjà commencé ses nouvelles fonctions. L'assermentation formelle au titre de Maître de la Cour Supérieure de l'Ontario a eu lieu le 2 juin 2009.





Message From the Editorial Board

William G. Horton, FCIArb, Barrister, Arbitrator, Mediator
 On Behalf of The Editorial Board

William G. Horton

We hope you will enjoy the content of this edition of the Journal. It covers some topics of acute importance in the dispute resolution landscape of today. Also, it is heartening to see how well the energy that has been released by the activation of ADRIC's Quebec affiliation is expressed in this edition of the Journal.

For those of you who heard the inspiring address of Madam Justice Louise Otis of the Quebec Court of Appeal on the subject of judicial mediation at the ADRIC Annual conference which was held in Montreal last October, you will be delighted to see that it is preserved for future reference in her article in this edition. Justice Otis engages the key issues in the field of judicial mediation but also expands her field of vision to include mediation outside the court system. Her message of the need for constant renewal within the field

of mediation and personally within mediators is a call which must be heeded by everyone in the dispute resolution professions.

Prof. Frédéric Bachand's article on the Canadian Court's Contribution to the International Arbitration System is a timely and thought provoking report card on the extent to which our courts are fulfilling their role of supporting the institution of international arbitration to which Canada committed itself by adopting the New York Convention on the Enforcement of Foreign Arbitral Awards and the UNCITRAL Model Law on International Arbitration. The article by Jim Redmond on the Yugraneft case in Alberta discusses one example of a case in which our courts have arguably not fully understood or complied with those commitments. As leave to appeal has recently been granted by the Supreme Court of Canada, it is a case that continues to be followed with great interest. The article by Jim will give you a primer.

The discussion by Josiane Brault and Simon Grégoire of a case in the Quebec Court of Appeal which considered the limits of the powers of an arbitrator who is acting as an "amiable compositeur" raises the fascinating question of how far an arbitrator can go in ignoring normal legal principles. It is a fascinating topic in that it explores an area in which arbitration may acquire some of the characteristics of mediation or conciliation while retaining its binding character.

On behalf of the Editorial Board, we hope you enjoy this issue of the Journal. As always, we look forward to hearing from you and receiving contributions for our future editions.

Mot du comité de rédaction

— William G. Horton, FCIArb, Advocat, Arbitre, Mediateur, au nom du Comité de rédaction.

Nous espérons que vous apprécierez le contenu de la présente édition du Journal. Il traite de certains sujets d'une extrême importance dans le domaine de la résolution de conflits à l'heure actuelle. Il est également encourageant de voir comment toute l'énergie déployée à l'occasion de l'affiliation du Québec à l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc., s'exprime dans la présente édition du Journal.

Tous ceux d'entre vous qui ont assisté à l'enrichissante allocution de Madame la juge Louise Otis de la Cour d'appel du Québec au sujet de la médiation judiciaire à l'occasion de la conférence annuelle de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc., tenue à Montréal en octobre

dernier, se réjouiront de la retrouver pour consultation future dans la présente édition. Madame la juge Otis est engagée à la question de la médiation judiciaire jusqu'à la médiation effectuée hors Cour. Son message soulignant le besoin de renouvellement constant, dont le domaine de la médiation doit faire l'objet, est aussi un appel personnel à l'intention des médiateurs, auquel doit répondre tout professionnel exerçant dans le domaine de la résolution de conflits.

L'article du professeur Frédéric Bachand sur La contribution des tribunaux canadiens au système d'arbitrage international arrive à point nommé et constitue un rapport provoquant mettant en lumière dans quelle mesure nos juridictions remplissent leur

rôle d'assistance auprès des institutions d'arbitrage international et envers lesquelles le Canada s'est engagé en adoptant la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, appelée la convention de New York, et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage international. L'article de Jim Redmond sur l'affaire Yugraneft en Alberta traite d'un exemple pour lequel il est permis de penser que les tribunaux canadiens n'ont pas pleinement compris la portée ou ne se sont pas conformés aux engagements qu'ils ont pris. Une autorisation d'appel ayant été récemment accordée par la Cour suprême du Canada, ce procès continue de susciter un grand intérêt. Cet article de Jim vous le fera découvrir.



Le débat lancé par Josiane Brault et Simon Grégoire eu égard à un litige porté devant la Cour d'appel du Québec, qui établit les limites des pouvoirs conférés à un arbitre qui agit en tant qu'amiable compositeur, soulève la question fascinante de savoir jusqu'où peut aller un arbitre en faisant abstraction des principes juridiques normaux. C'est un sujet fascinant puisqu'il explore un domaine dans lequel l'arbitrage

peut acquérir certaines caractéristiques de la médiation ou de la conciliation, tout en conservant son caractère exécutoire.

Au nom du Comité de rédaction, je vous souhaite la bienvenue à cette édition du Journal. C'est toujours avec plaisir que nous attendons vos réactions ainsi que vos contributions pour nos prochaines éditions. 🚲

Editorial Board / Comité de rédaction

1-877-475-4353 admin@adrcanada.ca. www.adrcanada.ca

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

Mary Comeau, Macleod Dixon, Calgary

William G. Horton, FCIArb, Barrister, Arbitrator, Mediator, Avocat, arbitre, mediateur Toronto Gerry Ghikas, Q.C., C.Arb, Borden Ladner Gervais, Vancouver

Barbara Benoliel, BA, MBA, PhD, President, Preferred Solutions Inc. / Présidente, Preferred Solutions Inc.

Lionel J. McGowan Awards of **Excellence in Dispute Resolution** Call for Nominations for 2009

The ADR Institute of Canada, Inc. is calling for nominees for the Lionel J. McGowan Awards of Excellence in Dispute Resolution. The awards are named in recognition and honour of Lionel J. McGowan, the first Executive Director of the Arbitration Institute of Canada. The presentation of the McGowan Awards will take place at the Institute's Annual General Meeting to be held in Catineau, Quebec on October 22-23, 2009. There are two awards: one for contributions to the Institute and the field at the regional level, and one for contributions at the national level.

Regional Award of Excellence

This award is for an individual who has made an outstanding contribution to the development and success of a regional organization, either by a short-term outstanding effort or through constant contributions over a long period of time, or has contributed significantly to the promotion and development of ADR within the region. Note that simply being a member for many years, being on a board or committee for many years, or carrying out one's own ADR practice do not count toward the award.

National Award of Excellence

This award is similar to the regional award, but given for contributions to the national Institute. A candidate's contributions to the support, development and/or progress of the ADR Institute of Canada and its policies and programs, and to promotion of ADR on a national scale, would

Professional ADR teaching, hearing ADR cases, and other ADR practice activities do not count. As well, simply being on the Board of the national Institute would not count unless it included major contributions to the Institute through development of the Institute's structure, nationalregional relationships, national programs or materials, funding, or other significant Institute initiatives.

Deadline

Nominations will be accepted until Friday September 4, 2009. You are encouraged to submit nominations at any time prior to this date. Please send nominations to the attention of:

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

2008-2009 Board of Directors/ Conseil d'administration

Donald E. Short, FCIArb, C.Arb. (Fellow) President and Corporate Director / Président et Directeur corporatif - ON

P. David McCutcheon, C.Arb. (Fellow) Past President / Ancien président

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

Pamela Large-Moran, LL.B., LL.M. (ADR) Vice-President and Regional Director / Vice- présidente et Directrice régional – AP

R.J. (Randy) Bundus, LL.B. Vice-President and Corporate Director / Vice-président et Directeur corporatif - ON

Jeffrey Smith, CA • IFA, CIP Director and Treasurer /

Directeur et Trésorier

Angus M. Gunn, Jr., LL.M, FCIArb Corporate Director / Directeur corporatif - BC

Dalton Larson, LL.B., LL.M., C.Arb. Director/ Directeur - BC

Mary Comeau, LL.B. ACIArb Corporate Director / Directrice corporative - AB

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

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

Anne M. Wallace, Q.C., C.Arb., C.Med. Director / Directrice – SK

Barry C. Effler, LL.B., C.Arb. (Fellow) Corporate Director / Directeur corporatif - MB

Sonia Bjorkquist LL.B Corporate Director / Directrice corporative - ON

Christine A. Fagan, Q.C., C.Arb. Corporate Director / Directrice corporative - AP

Les O'Connor, LL.B Director / Directeur - ON Marie-Josée Brunelle, LL.B

Director / Directrice - QC

Other Officers/ **Autres officiers**

Mary Anne Harnick, M.A., LL.B. Secretary and Executive Director / Secrétaire et Directrice exécutive





View from the Bench

Mediation: Language of Conflict Resolution

— Madam Justice Louise Otis, Quebec Court of Appeal This paper was presented at the ADR Institute of Canada annual conference, October 17, 2008 in Montreal.

It is a great honour for me to welcome you to this Conference organized by the ADR Institute of Canada, Inc. (ADR) and the *Institut de médiation et d'arbitrage du Québec*. It is also a great pleasure to welcome our friends, mediators and arbitrators from all over Canada who have joined us, in Montreal, to acknowledge the benefits of Alternative Dispute Resolution.

In recent years, mediation and arbitration have become widely recognized, taught and practiced. We have come a long way in order to have these methods of dispute resolution stand side by side with the traditional system of justice. Many years have passed since Professor Frank Sanders was considered to be some sort of alien species, when he implemented the first Program on Negotiation (PON) at Harvard University. In the sixties, this first Program on Negotiation considered mediation as a viable alternative to trial. At that time, we, in Canada, already had recognized the important contribution of negotiators and mediators such as Lester B. Pearson, Brian Mulroney, Allan B. Gold, Yves Fortier, Maurice Strong and Simon Reisman, to name a few. It has been a long journey.

In the beginning, the road was bumpy and it was very challenging. That's what I have heard! It was an exciting time when a group of young practitioners were eager to solve conflicts in a more holistic way. This revolutionary approach proved to be cost effective, less traumatic and less acrimonious. However, it was not enough to convince the elite of the legal profession at large to accept this new approach to conflict resolution.

To accept the principle that a new tool must be added to supplement the deficiencies of the traditional system of justice, the blessing of the members of the legal profession was necessary. The approval of well recognized judges, lawyers and scholars who brought their credibility to this new model of justice was necessary for the whole community to accept that the traditional system had reached its limits.

Judicial Mediation

At the present time, in Quebec, Judicial Mediation is no longer merely an alternative. In Quebec, Judicial Mediation is an institution in itself.

Thirteen years ago, at the University of Genoa, in Italy, I met with a Japanese scholar who was teaching judicial conciliation as it existed in Japan, under the name of Wakai and Chotei. I inquired extensively about this process to finally conclude that it could not be implemented as is was, in our Canadian system. Nonetheless, there were lessons to be learned from this model. The idea of having judges step down from the podium and sit with the parties in order to facilitate the settlement of their litigation sounded to me like a brilliant idea. It would help to revive the rigid and costly adversarial system of Justice. My background in Labour Law convinced me that adjudication and mediation can co-exist harmoniously and that judges can do both, if willing and well trained to do so.

Then we designed the system of Judicial Mediation – inspired by the Japanese tradition – but using a very different approach in order to respect the essential features of our Canadian system of justice. As you certainly know, the best ideas can remain empty shells if there are no friends, no colleagues nor collaborators to share your views, to give you wise advice and to support you in difficult times. Some of them, without whom the system would never

have come into existence, are here in the room today. My former Chief Justice Pierre Michaud is certainly one of them.

2008 marks the tenth anniversary of the creation of Judicial Mediation in Quebec. 2008 will probably also mark the last conference that I will give as a justice, given that I will be leaving the judiciary in a few months. I will thus, very briefly, present the state of affairs in Judicial Mediation and then make a few observations regarding the profession of mediator and its evolution.

The system of Judicial Mediation, instituted at the Quebec Court of Appeal in 1997, has been extended to the entirety of Quebec's judicial system. Mediatory type systems, similar to that of the Court of Appeal, presently exist at the Superior Court, the Court of Québec and at the Administrive Tribunal of Québec. As such, the judicial institution of Quebec, broadly understood as being composed of all the courts and tribunals, offers voluntary systems of Judicial Mediation to Quebec litigants, administered and conducted by judges. We thus have, in Quebec, integrated systems of mediation that coexist with adjudicative justice systems all along the judicial chain. These systems of mediation collaborate with each other with a true synergy between the courts and tribunals.

This is a judicial phenomenon that remains unique. There is no comparable hybrid system – unified and integrated – in the known legal systems. A system where traditional justice cohabits harmoniously with mediatory justice. Quebec will be a fascinating laboratory of judicial experimentation for the next decade.



Judicial Mediation is now recognized by legislation in the Quebec Code of Civil Procedure and is subject to the rules of practice of the courts and tribunals. Judges benefit from judicial immunity, and the confidentiality of proceedings benefits of legislative protection. More than two hundred Quebec judges and decision makers have received training in Judicial Mediation. Approximately one hundred amongst them have received second and even third level advanced training in mediation. I prepared the first training courses in Judicial Mediation 10 years ago, with the assistance of the Université de Sherbrooke and of Justice Hélène de Kovachich. This training course has now been offered for several years by the National Judicial Institute of Canada, as well as, on occasion, by Pepperdine University, which receives Quebec justices almost every year.

In 2005, at the request of the *Council of Europe*, we offered an intensive training in Judicial Mediation to 19 European countries here in Montreal. Mediation programs, in various forms, exist today in almost all Canadian provinces.

In 2006, the Redesign Panel on the United Nations system of administration of justice, of which I was a member, recommended the introduction of mediation within the framework of the formal system of justice.

In February 2009, at the initiative of the *Department of Foreign Affairs and International Trade Canada*, we will receive 30 justices from the high courts of Brazil that have decided to establish Judicial Mediation systems similar to ours.

Consensualism and Confidentiality

Let us examine two essential characteristics of our system of Judicial Mediation: consensualism and confidentiality.

Judicial Mediation is voluntary both for judges and the parties involved. First, only the judges who wish to do so act as judicial mediators.

Furthermore, the system of Judicial Mediation is essentially founded on the meeting

of the minds at all of the stages of the process.

Consensualism characterises the Quebec system of Judicial Mediation. Why is this? In order to respect the essence itself of the institution of mediation which is founded on the meeting of the wills, the consent of the parties. The first act of mediation has to be that of voluntarily consenting to it, without being constrained. I think that mediation by judges cannot be the result of an act of authority. It must emerge naturally from the desire to compromise regarding a dispute. When an impasse occurs during the negotiations, I like to remind the parties that they have already overcome many obstacles and succeeded in reaching many agreements, such as establishing the agenda, the mediator's mandate, the course of the meeting and, most importantly, the consent to mediation. Of course, judges recommend mediation when the record shows that this method should be attempted. Contrary to other systems of law, our system imposes no penalty on those who refuse mediation.

In addition, mediation by judges is of a different nature than extra-judicial or private mediation, or even from Judicial Mediation with external mediators. I was very conscious of this reality 12 years ago and I have never changed my opinion. Mediating judges offer a free service in the higher interest of the litigants who voluntarily wish to use it. They do not operate a monopoly and do not hinder the option of citizens to use private mediation.

Furthermore, the Judicial Mediation system is founded on the principle of confidentiality, which is expressly recognized in the Quebec Code of Civil Procedure. A virtual wall is set up between the adversarial system and the mediatory system, such that the files are kept outside the court registry. In examining the presently developing Canadian and American jurisprudence regarding confidentiality issues, I realize to what degree awareness of the nature of mediation and its particular characteristics is important in order to appreciate the right to confidentiality of the process. Particularly in voluntary mediation systems in which confidentiality is protected by legislation, courts should be careful not to intervene, barring very exceptional circumstances related to public order. It is necessary not to forget that the confidentiality of the mediation aims to protect the parties and not the mediator. Confidentiality is at the heart of mediation.

At first glance in 1997, some saw in Judicial Mediation a mechanical system of dispute resolution that was part of a general management of the Court's files (a sophisticated form of case management). Others, on the other hand, saw it as an outgrowth of pre-trial conferences. Thus, an innovation in the administration of justice. In fact, the legal community sought references of qualification for a new practice that had neither roots, nor theoretical foundations. Today, enlightened by the solid empirical progress and nourished by the contributions of legal thinkers, we know that Judicial Mediation is a transcendent phenomenon of modern justice, a new offer of justice.

Empowerment of the Parties

Through mediation, parties will repossess their dispute that they had disowned and, they will, exercising their free will, try to settle, commensurate with their interests. The originality is to do so within the judicial framework and with the assistance of the judge who renounces his power to impose the law in order to leave a normative space to the parties to determine their own solution. This is a true judicial transfer, a reappropriation by the parties, of their responsibility vis-à-vis their conflict. Voluntarily, parties will take back the control of their legal destiny and they will themselves begin to seek a solution to their problem. In the presence of the judge-mediator, they will find the necessary confidence to take this route. Thus, two innovative principles in justice: empowerment of the parties by the judges and the responsibility of the litigants with regard to their dispute.

Before leaving, I wished to consolidate Judicial Mediation in Canada. To this end, the *Canadian Conference of Judicial Mediation* will be created this coming spring to allow judicial mediators and academics to meet once a year in order to discuss their practices, traditions and methods. A

website featuring jurisprudence and doctrine regarding mediation is nearing completion. At the same time, the *International Conference of Judicial Mediation* is in the process of being created. It will be launched in France, at the Senate, in the autumn of 2009 and will have its administrative seat at the *Cour de cassation*. This is to help our colleagues in Africa and the Asia-Pacific region to establish systems of Judicial Mediation similar to ours. Now, let us examine private mediation.

Much more than Judicial Mediation is necessary, however, for mediation to reveal itself as the true *alter ego* of the adversarial justice system - for mediation to be finally recognized for what it truly is, the prioritized means of ending conflicts and litigation - so that one applies to authoritative justice only as a last resort for questions of principle, legal stability or to settle litigation which does not lend itself to mediation: constitutional law, public or administrative law when remedial measures do not allow the solution of the dispute.

For mediation to become the leading option, it is necessary to familiarize the general public with it. It is necessary to introduce mediation to the press, to write reports for newspapers, and to comment on large national and international negotiations carried out in the public view. It is necessary to develop the general public's interest and fascination. It is necessary to convey to it that negotiation is the sophisticated dialogue of the future; that trial must be the last resort; that constructive dialogue must be preferred over confrontation. Without discrediting formal justice, which constitutes the fundamental rampart of the protection of our rights and freedoms, it is necessary to encourage the population to recognize mediation as an essential measure to be prioritized.

In traditional Chinese medicine, prevention was the prime method of therapeutic intervention. You paid your doctor as long as he kept you in good health. Once ill, the doctor had to continue to treat you without receiving any fees. This is what mediation should become today: a preventive mode of intervention intended to protect one from litigation. Whether regarding

commercial disputes which jeopardize the reputation of companies, labour disputes which disrupt the sound functioning of businesses and affecting the employees, disputes among shareholders which threaten the financial health of corporations, or litigation that forces disclosure of trade secrets upon which the value of a company is founded, there is no doubt that mediation must be a first response in a healthy judicial system. And what of class actions – fundamental in our western societies – requiring considerable human and material resources?

I will go even further.

The Real Time Neutral

In large corporate projects, time is of quasidivine essence. There is no time to waste in lengthy litigation before the courts and tribunals. Thus, in projects of development and revitalization of infrastructures, multitudes of professional bodies interact and often express divergent points of view: every day, it is necessary to settle conflicts and move forward. This is what is called real time strategies for relational conflicts. Continuing negotiation with the assistance of a Real time neutral or an R-TIP (real time intervention panel). One negotiates and settles problems day by day. If the conflict turns into litigation, there are protocols in place that provide for the intervention of arbitrators who will also act in real time. Parties have already negotiated a list of names to be certain that availability will not be an obstacle to the sound functioning of the operation. We are not speaking here about month-long arbitrations, but of procedures of evaluative arbitration, preceded by admissions.

The construction of the Hong Kong airport, approximately 10 years ago, was one of the models of *real time strategy*. I quote what one of the mediators wrote:

A powerful example was the construction of the new Hong Kong Airport some 10 years ago – claimed to be the largest Civil Engineering Project in the world. A detailed set of procedures was in place to anticipate and then deal with disputes as they started to arise with pre-appointed dispute resolvers, in-

terim decisions and escalation mechanisms through forms of mediation etc. ultimately leading to Arbitration. The French-UK Channel tunnel project had similar provisions.

This is why mediators must gain recognition and emerge as the front line in matters of conflict. To that end, central organisations such as *ADR Institute of Canada, inc., Institut de médiation et d'arbitrage du Québec or International Academy of Mediators* are agents with significant credibility. This will also bring back the debate surrounding certification. The debate is still ongoing in the United States and in Europe. If we present mediation as a must in our societies, it will be necessary to offer guarantees of competence and integrity.

The Need to Reinvent Yourself

I would like to conclude on a more personal note by referring to the practice of mediation. Usually, after a few dozen mediations, mediators start to develop a style, an approach, an intervention skill. This experience allows mediators to enter a comfort zone and eases their task. Our opening statement comes naturally and covers all angles of mediation. Our techniques to collect information are more confident. Our ease in caucus improves and we anticipate more easily the reactions and the questions. We further master the sphere of confidentiality while protecting our neutrality. We know how to respond and reassure the parties without losing our impartiality. If you recognize yourselves in these traits, well... It is high time to change!

Charles Peguy wrote: *Un juge habitué est un juge mort pour la justice*. I am tempted to apply the same aphorism to mediation.

In *Ripples From Peace Lake*, Eric Galton, a well-known mediator from Texas, wrote:

I believe that a mediator should transform and reinvent himself at least every other year.

The greatest compliment someone may give you is that you have never approached a mediation exactly the same way. ...

Re-invention and change involves in essence a sort of check-up. A self-assessment check-up is possible; but, for obvious reasons, not entirely reliable. The better practice is to find someone you trust uniquely and whose opinion you respect and ask them to observe you during a mediation. ...

You will learn many things, almost all of which will allow you to make necessary adjustments. ...

Re-invention and change help keep you fresh and the process fresh. You become less predictable, more invigorated, and most important, a better mediator.

What happens in a mediation room is in fact an active experience, intense and alive. Mediators need master not only the art of dialogue and of negotiation, but must also truly have a feeling for what happens in the mediation room. *They must read the room.*

A man who had had the misfortune of losing his wife also had the misfortune of losing his only son six years later. He sued the corporation that he held responsible for the accident that took place in one of his properties. He lost his case in first instance, appealed and then consented to Judicial Mediation.

When preparing the file for mediation, I made the decision to keep the parties and their lawyers together in the mediation room, in plenary session. When I entered the room, instead of making the traditional opening statement, I kept silent for a long moment and then, turning towards the man, I simply said: "Tell me about your son." Then for several minutes, the man spoke of his son, first timidly, with reserve and tenderness, and then he expressed the pain of the absence and solitude of his existence. Finally, exhausted, with dropped shoulders, the man lifted his head towards me and asked: "Do you understand me?". I answered, "I hear you and I especially hear your pain which is so great that one can almost see it in the mediation room". At this same moment, the director of the corporation being sued interrupted me, turned towards the man and expressed his

compassion to him, calmly and with empathy. Then, naturally, the lawyers and the parties discussed the merits of the appeal and the means of resolving the dispute in a conclusive manner. At the end of one hour, the parties found a satisfactory compromise and consented to an agreement that they signed before me. Before leaving, the man thanked me and expressed his relief and asked himself how he had been able, for eight years, to carry out this judi-

cial battle which, in substance, had been for him nothing but a long escape. I replied that sometimes, one needs to make a long journey before finally retracing one's steps and accepting the pain of reality.

As T. S. Elliot wrote:

We shall not cease from exploration and the end of our exploring will be to arrive where we started and know the place for the first time.

From 1975 to 1990, Louise Otis practiced in the field of labour law, specializing in mediation and negotiation. In March 1990 she was appointed judge of the Superior Court of Quebec. In June 1993, she was promoted to the Quebec Court of Appeal.

In 1997, Louise Otis developed the first system of judicial mediation in the world. In Quebec, the courts and tribunals have a system of mediation by judges which is integrated with their traditional system of justice. She helped to establish mediation programs at the community level, which opened up opportunities for judges, academia, representatives of government, community leaders and religious communities, etc., in a number of jurisdictions, with the support of various political and institutional stakeholders. She also worked with several ministers of justice to help resolve political and social conflicts.

Louise Otis created and conducted intensive mediation training courses in different countries including France, Belgium, Russia, Australia and Mali. In 2001, she was mandated by the Canadian government to establish a set of priorities for the development of a justice system in Mali. In 2004, she participated in the creation of the Interim Cooperation Framework (ICF) for Haiti. She also produced, on behalf of the Canadian government, a plan for judicial reform in Haiti, including a proposal to establish mediation centres. In 2005, she was asked by the European Council to prepare and present a 5-day seminar on negotiation and mediation to representatives of 19 European countries. In January 2006, Louise Otis was chosen as a specialist in non-litigious dispute resolution by the UN Secretary-General and was part of a group of five impartial independent experts whose mission is to review and propose a new UN system of justice administration including the development of a mediation system.

In June 2000, Louise Otis received the title of Doctor Honoris Causa from the University of Sherbrooke for the implementation of the first program of judicial mediation in the courts of appeal in North America. In 2002 she was awarded the Distinguished Service Award by Pepperdine University School of Law (The Straus Institute for Dispute Resolution) in California, for her contribution to the development and promotion of judicial conflict resolution. In 2003, she was appointed Officer of l'Ordre National du Quebec for the design and implementation of one the first judicial mediation systems in the world at the level of the Court of Appeal. She has been a fellow of the International Academy of Mediators since 2007. CNMAC (Canadian National Mediation Advocacy Competition) created the "Louise Otis Award" in 2008, to recognize excellence in academic methods of extra-judicial conflict resolution.

ADR Institute of Canada Annual Conference



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

ADR Institute of Canada Annual Conference, October 22-23, Hilton Lac Leamy, Gatineau, Quebec

On October 22 to 23, 2009 ADR practitioners and consumers of ADR services will gather at the Hilton Lac Leamy, Gatineau, Quebec to hear leading speakers and experts in the field discuss the latest developments in alternative dispute resolution, ask the important questions that are uppermost in their minds and network with experts and colleagues alike.

For information on the conference call Mena at: 416-487-4447.



Un point de vue du Banc Médiation : langage de règlement des conflits

— La juge Louise Otis, Cour d'appel du Québec

Cet exposé a été présenté à la conférence annuelle de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada le 17 octobre 2008, à Montréal.

J'ai le grand honneur de vous souhaiter la bienvenue à cette conférence organisée par l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada Inc.et l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec. C'est également avec grand plaisir que je souhaite la bienvenue à nos amis, médiateurs et arbitres provenant de toutes les régions du Canada et qui se sont joints à nous, à Montréal, pour commémorer le règlement extrajudiciaire des différends.

Au cours des dernières années, la médiation et l'arbitrage ont fait l'objet d'une reconnaissance, d'un enseignement et d'une pratique à grande échelle. Évidemment, il a fallu beaucoup de temps pour que ces méthodes de règlement des différends puissent côtoyer les systèmes juridiques traditionnels. Mais de nombreuses années se sont écoulées depuis que le professeur Frank Sanders était perçu comme un être extra-terrestre lorsqu'il a mis en œuvre le premier Program on Negotiation à Harvard. Dans les années soixante, ce premier Program on Negotiation considérait la médiation comme une solution de rechange viable à un procès. À ce moment, nous avions déjà au Canada des négociateurs et médiateurs reconnus comme Lester B. Pearson, Brian Mulroney, Allan B. Gold, Yves Fortier, Maurice Strong et Simon Reisman, pour ne nommer que ceux-là. Ce fut un long parcours.

Au début, malgré les nombreuses difficultés qui se dressaient sur le parcours, l'enthousiasme était grand. C'est ce que j'ai entendu dire. Nous avons vécu une période très enthousiasmante alors qu'un groupe de jeunes intervenants étaient impatients de résoudre les conflits d'une façon plus holistique. Cette approche révolutionnaire s'est avérée économique, moins traumatisante et moins acrimonieuse. Toutefois, ce ne fut pas assez pour convaincre l'élite de la profession juridique dans son ensemble d'accepter cette nouvelle méthode de résolution des conflits.

Pour accepter qu'un nouvel outil soit ajouté dans le but de suppléer les lacunes du système juridique traditionnel, l'assentiment moral des membres du barreau était nécessaire. Ces juges, avocats et universitaires bien connus, qui ont su insuffler de la crédibilité à ce nouveau modèle de justice, ont permis à l'ensemble de la collectivité d'accepter que le système juridique traditionnel avait atteint ses limites.

La médiation judiciaire

Dorénavant, au Québec, la médiation judiciaire ne constitue plus une solution de rechange. La médiation judiciaire y est maintenant une institution propre.

Il y a treize ans, à l'Université de Gênes en Italie, j'ai rencontré un universitaire japonais qui enseignait la conciliation judiciaire telle qu'elle existait au Japon sous les noms de Wakai et Chotei. Je me suis renseigné abondamment au sujet de ce processus avant de conclure finalement qu'il ne pouvait pas être mis en œuvre tel quel dans notre système canadien. Il y avait des lecons à tirer de ce modèle. Néanmoins, l'idée de faire descendre les juges de leur tribune en acceptant de s'asseoir avec les parties dans le but de faciliter le règlement de leurs litiges me paraissait un concept génial. Il serait utile de redresser le système adversatif de justice rigide et coûteux. Mes antécédents dans le domaine du droit du travail m'ont convaincu que l'adjudication et la médiation peuvent coexister harmonieusement, et que les juges peuvent faire les deux s'ils le désirent et disposent de la formation pour ce faire.

Puis nous avons conçu le système de médiation judiciaire, inspirée de la tradition japonaise, mais en utilisant une approche très différente dans le but de respecter les caractéristiques essentielles de notre système juridique canadien. Comme vous le savez certainement, les meilleures idées peuvent demeurer des coquilles vides si aucun ami, collègue ou collaborateur ne partage vos points de vue, ne vous prodigue de judicieux conseils et ne vous offre un soutien dans les temps difficiles. Certaines personnes sans lesquelles le système n'aurait jamais vu le jour sont présentes dans la salle aujourd'hui. Mon ancien juge en chef, Pierre Michaud, est certainement du nombre.

L'année 2008 marque le dixième anniversaire de la création de la médiation judiciaire au Québec. 2008 marquera probablement aussi la dernière conférence que je donnerai à titre de juge puisque je quitterai la magistrature dans quelques mois. Je vais donc très brièvement présenter l'état des lieux de la médiation judiciaire pour ensuite faire quelques observations sur la profession de médiateur et son évolution.

Le système de médiation judiciaire institué à la Cour d'appel du Québec, en 1997, s'est étendu à tout le système judiciaire du Québec. Ainsi, il existe actuellement à la Cour supérieure, à la Cour du Québec et au Tribunal Administratif du Québec des systèmes de type médiatoire semblables à celui de la Cour d'appel. Ceci étant, l'institution judiciaire québécoise, comprise au sens large comme regroupant toutes les cours et les tribunaux, offre aux justiciables du Québec des systèmes volontaires de médiation judiciaire tous administrés et conduits par des juges. Nous avons donc intégré, au Québec, des systèmes de médiation qui co-existent avec des systèmes de justice décisionnelle, et ce, tout au long de la Chaîne judiciaire. Ces systèmes de médiation collaborent entre eux par l'existence d'une véritable synergie entre les cours et les tribunaux.

Il s'agit d'un phénomène de justice qui reste unique. Il n'existe, répertorié dans les mondes judiciaires, aucun système hybride – unifié et intégré – qui soit comparable. Un système où la justice classique cohabite harmonieusement avec la justice

médiatoire. Une nouvelle offre de justice. Nous constituerons, pour la prochaine décennie, un laboratoire d'expérimentation judiciaire fascinant.

La médiation judiciaire est désormais législativement reconnue dans le Code de procédure civile et fait l'objet de règles de pratique par les Cours et les tribunaux. Les juges jouissent de l'immunité judiciaire et la confidentialité fait l'objet d'une protection législative. Plus de 200 juges et décideurs québécois ont reçu une formation en médiation judiciaire. Une centaine d'entre eux a reçu une formation avancée, de deuxième et même de troisième niveau en médiation. J'ai préparé les premiers cours de formation en médiation judiciaire, il y a 10 ans, avec le concours de l'Université de Sherbrooke et de la juge Hélène de Kovachich. Cette formation est désormais offerte, depuis plusieurs années, par l'Institut national de la magistrature canadienne de même que, de temps à autre, par Pepperdine University qui reçoit les juges québécois presque à chaque année.

En 2005, à la demande du *Conseil de l'Europe*, nous avons offert à 19 pays européens une formation intensive en médiation judiciaire, ici même à Montréal. Des programmes de médiation existent aujourd'hui dans presque toutes les provinces canadiennes, sous diverses formes.

En 2006, le groupe de refonte du système d'administration de la justice de *l'Organisation des Nations-Unies*, dont je faisais partie, a recommandé l'instauration de la médiation dans le cadre du système formel de justice.

En février 2009, à l'initiative du Ministère des Affaires étrangères du Canada, nous recevrons 30 juges de haute juridiction du *Brésil* qui ont choisi d'implanter des systèmes de médiation judiciaire semblables au nôtre.

Le consensualisme et la confidentialité

Revenons à deux caractéristiques essentielles de notre système de médiation judiciaire : le consensualisme et la confidentialité.

La médiation judiciaire est volontaire tant pour les juges que pour les parties. D'abord, seuls les juges qui le souhaitent agissent comme médiateurs judiciaires.

D'autre part, le système de médiation judiciaire est fondé essentiellement sur l'adhésion des volontés à toutes les étapes du processus.

Le consensualisme caractérise le système québécois de médiation judiciaire. Pourquoi? Afin de respecter l'esprit même de l'institution de la médiation qui est fondée sur l'accord des volontés, le consensus. Le premier acte utile de la médiation doit être celui d'y consentir volontairement, sans y être contraint. J'estime que la médiation par juges ne peut être le fruit d'un acte d'autorité. Elle doit émerger naturellement du désir de transiger à propos d'un litige. Vous savez, lorsque survient l'impasse, dans le cours des négociations, j'aime rappeler aux parties qu'elles ont déjà franchi bien des obstacles et réussi à atteindre de nombreux consensus dont la détermination de l'agenda, le mandat du médiateur, le déroulement de la séance et, le plus important, le consentement à la médiation. Bien sûr, les juges recommandent la médiation lorsque le dossier laisse voir que cette voie doit être privilégiée. Toutefois, ils ne l'imposent pas. Notre système ne comporte aucune pénalité pour ceux et celles qui refusent la médiation contrairement à d'autres systèmes de droit.

De plus, la médiation par juges est d'une étoffe différente de la médiation extrajudiciaire ou privée ou même de la médiation judiciaire faisant appel à des médiateurs externes. Il y a 12 ans, j'étais très consciente de cette réalité et je n'ai jamais changé d'avis. Les juges médiateurs offrent un service gratuit dans l'intérêt supérieur des justiciables qui souhaitent volontairement y avoir recours. Ils n'opèrent pas une entreprise monopolistique formant entrave au choix des citoyens de recourir à la médiation privée.

Deuxièmement, le système de médiation judiciaire est fondé sur le principe de la confidentialité expressément reconnue au Code de procédure civile. Un véritable mur virtuel est érigé entre le système contradictoire et le système médiatoire, de sorte que les dossiers sont conservés à l'extérieur du greffe de la Cour. En examinant la jurisprudence canadienne et américaine qui se développe, actuellement, au regard des questions reliées à la confidentialité, je découvre à quel point la connaissance de la nature et des caractéristiques propres à la médiation est importante pour apprécier le droit à la confidentialité du processus. Particulièrement dans les régimes de médiation volontaire dont la confidentialité est statutairement protégée, les tribunaux devraient se garder d'intervenir à moins de circonstances exceptionnelles qui tiennent à l'ordre public. Il ne faut pas oublier que la confidentialité de la médiation vise à protéger les parties et non le médiateur. La confidentialité est le cœur de la médiation.

Au premier regard, en 1997, certains ont vu, dans la médiation judiciaire, un système mécanique de résolution des litiges s'insérant dans une gestion globale des dossiers de la Cour (une forme sophistiquée du case management). D'autres y ont vu, plutôt, une excroissance de la conférence préparatoire à l'audition. une innovation Donc, dans l'administration de la justice. En fait, la communauté juridique cherchait des références de qualification pour une nouvelle pratique qui ne possédait ni racines, ni fondement théorique. Aujourd'hui, éclairés d'un cheminement empirique solide et nourris de la réflexion des penseurs du Droit, nous savons que la médiation judiciaire est un phénomène transcendant de la justice moderne, une nouvelle offre de justice.

La capacitation des parties

Par la médiation, les parties vont se réapproprier le litige dont elles s'étaient dessaisies et, dans l'exercice de leur libre arbitre, vont tenter de le régler à la mesure de leurs intérêts. L'originalité est de le faire au sein même de l'enceinte judiciaire et avec le concours du juge qui se dépossède de son pouvoir de dire le droit afin de laisser aux parties un espace normatif pour qu'elles déterminent leur propre décision. C'est un véritable transfert judiciaire, une réappropriation, par les parties, de leur responsabilité face à leur conflit. Volontairement, les parties vont reprendre le contrôle de leur destinée judiciaire et s'engager à chercher elles-mêmes la solution de leur problème. Elles trouveront dans la présence du juge médiateur, la confiance nécessaire pour s'engager dans cette voie. Donc, deux principes novateurs en justice : *l'empowerment* (la capacitation) des parties par les juges et la *responsabilité* des justiciables face à leurs conflits.

Avant de partir, j'ai souhaité consolider la médiation judiciaire au Canada. Ainsi, au printemps, naîtra la Conférence canadienne de médiation judiciaire afin que les juges, les médiateurs judiciaires et le corps universitaire se rencontrent, une fois par an, pour échanger sur leurs pratiques, leurs traditions et leur manière de faire. Un site web est presque constitué sur lequel figurera la jurisprudence et la doctrine en matière de médiation. En même temps, la Conférence internationale de médiation judiciaire est en voie de formation. Elle sera lancée en France, au Sénat, à l'automne 2009 et aura son siège administratif à la Cour de cassation. Ceci pour aider nos amis d'Afrique d'Asie-Pacifique à implanter des systèmes de médiation judiciaire comme le nôtre. Maintenant, parlons de la médiation privée.

Il faudra bien plus que la médiation judiciaire, toutefois, pour que la médiation se découvre, comme l'alter ego véritable du système de justice contradictoire. Pour qu'on la nomme enfin pour ce qu'elle est vraiment, soit *le moyen privilégié d'éteindre les conflits et les litiges*. Ceci afin que l'on ne s'adresse à la justice d'autorité qu'en dernier recours pour des questions de principe, de stabilité judiciaire ou encore pour faire trancher des litiges qui ne se prêtent pas à la médiation : droit constitutionnel, droit public ou administratif lorsque les mesures remédiatrices ne permettent pas de solutionner le litige.

Pour que la médiation devienne la première voie, il faut la faire connaître à la population. Il faut présenter la médiation à la presse, écrire des chroniques dans les journaux, commenter les grandes négociations nationales et internationales qui se mènent sur la place publique. Il faut développer l'intérêt et la fascination des gens. Il faut dire à la population que la négociation est le dialogue sophistiqué de l'avenir. Que le procès doit être le dernier choix. Qu'il faut privilégier le dialogue utile avant l'affrontement. Sans discréditer la justice formelle — qui constitue le rempart fondamental de la protection de nos droits et libertés — il faut inviter la population à reconnaître la médiation comme une mesure indispensable qui doit être priorisée.

En médecine traditionnelle chinoise, la prévention était la véritable méthode d'intervention thérapeutique. On payait son médecin tant qu'il vous gardait en bonne santé. Une fois malade, le médecin devait continuer de vous soigner sans recevoir aucuns honoraires. Voilà ce que devrait devenir la médiation aujourd'hui. Un mode d'intervention préventive destiné à vous protéger des litiges. Qu'il s'agisse des conflits commerciaux qui mettent en danger la réputation des entreprises, qu'il s'agisse des litiges de travail qui perturbent la bonne marche des entreprises en affectant les salariés qui y travaillent, des litiges entre actionnaires qui menacent la santé financière des corporations, des litiges qui forcent la divulgation des secrets commerciaux qui fondent la valeur d'une entreprise, il ne fait aucun doute que la médiation devrait être la première réponse dans un système de justice en santé. Et que dire des recours collectifs – fondamentaux dans nos sociétés occidentales - mais qui requièrent des ressources humaines et matérielles considérables.

J'irai plus loin.

« The Real Time Neutral »

Dans les grands projets de société, le temps est d'essence quasi-divine. On n'a plus le temps de laisser les litiges languir devant les cours et les tribunaux. Ainsi, dans les projets de développement et de revalorisation des infrastructures, des multitudes de corps professionnels interagissent et, souvent, expriment des vues divergentes : il faut à chaque jour régler des conflits et avancer. C'est ce qu'on nomme : real time strategies for relational conflicts. De la négociation continue à l'aide d'un Real time neutral ou d'un R-TIP (real time intervention panel). On négocie et règle les problèmes au jour le jour. Si le conflit se transforme en litige, des protocoles ont déjà prévu l'intervention d'arbitres qui agiront également en temps réel. Immédiatement. Les parties ont déjà négocié une liste de noms pour être certaines que la disponibilité ne fasse pas obstacle à la bonne marche des opérations. On ne parle pas ici d'arbitrages d'un mois mais bien de procédures d'arbitrage évaluatives précédées d'admissions.

Il y a environ 10 ans, la construction de l'aéroport de Hong Kong fut un des modèles de *real time strategy*. Je cite ce qu'écrivait l'un des médiateurs :

A powerful example was the construction of the new Hong Kong Airport some 10 years ago – claimed to be the largest Civil Engineering Project in the world. A detailed set of procedures was in place to anticipate and then deal with disputes as they started to arise with pre-appointed dispute resolvers, interim decisions and escalation mechanisms through forms of

Submit Your Proposals

Présenter une proposition



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

Nous invitons les membres à travers Canada pour presenter des propositions pour le Journal à l'adresse suivante pour la considération par la comité de rédaction:

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



mediation etc. ultimately leading to Arbitration. The French-UK Channel tunnel project had similar provisions.

Voilà pourquoi les médiateurs doivent se faire connaître et s'imposer comme la première ligne en matière de conflits. Pour ce faire, une organisation centrale comme ADR Institute of Canada, inc. ou l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec ou encore International Academy of mediators constituent des véhicules jouissant d'une grande crédibilité. Tout ceci ramènera également le débat sur l'accréditation (certification). Ce débat est toujours en cours aux États-Unis et en Europe. S'il faut présenter la médiation comme incontournable dans notre société, il va falloir offrir des garanties de compétence et d'intégrité.

La nécessité de se réinventer

J'aimerais clore mon propos sur une note plus personnelle en référant à la pratique de la médiation. Normalement, après quelques dizaines de médiations, les médiateurs commencent à développer un style, une approche, une qualité d'intervention. Cette expérience permet aux médiateurs d'entrer dans une zone de confort qui rend le métier plus rassurant. Notre déclaration d'ouverture (opening statement) s'impose naturellement et couvre tous les angles de la médiation. Nos techniques pour recueillir l'information sont plus sûres. Notre aisance en caucus s'améliore et nous anticipons plus facilement les réactions et les questions. Nous maîtrisons davantage la sphère de la confidentialité tout en protégeant notre neutralité. Nous savons répondre et rassurer les parties sans perdre notre impartialité. Si vous vous reconnaissez dans ces traits et bien... Il est grand temps de changer!

Charles Peguy écrivait : « Un juge habitué est un juge mort pour la justice. » Je suis tentée d'appliquer le même aphorisme à la médiation.

Dans *Ripples From Peace Lake*, Eric Galton, ce compulsif médiateur texan que j'affectionne, écrivait :

I believe that a mediator should trans-

form and reinvent himself at least every other year. ...

The greatest complement someone may give you is that you have never approached a mediation exactly the same way. ...

Re-invention and change involves in essence a sort of check-up. A self-as-

sessment check-up is possible; but, for obvious reasons, not entirely reliable. The better practice is to find someone you trust uniquely and whose opinion you respect and ask them to observe you during a mediation. ...

You will learn many things, almost all of which will allow you to make necessary adjustments. ...

BUSINESS VALUATION DAMAGES QUANTIFICATION

Established in 1979, our practice is devoted exclusively to the valuation of business interests and the quantification of economic damages. Our professionals have presented expert evidence to the Courts and Arbitration Panels in over 280 cases involving disputes of a financial nature. We have been independent valuation advisors to Justice Canada, the Competition Bureau, the Attorney General of Ontario, the CRTC, provincial governments and securities regulators and have acted as the courts' experts.

We have also been playing an active role in the Canadian and U.S. societies that set the standards for our profession. The numerous articles, book chapters and conference papers we contribute in both countries form an integral part of the expert's library. Please visit our Website at www.wiseblackman.com.

- > Matrimonial
- > Expert evidence
- > Breach of contract
- > Shareholder disputes
- > Accounting principles
- > Loss of profits
- > IP infringement
- > Forensic auditing
- > Buy-sell agreements
- > Valuation principles

For more information, contact one of our senior professionals:

Richard M. Wise, FCA, CA•IFA, FCBV, FASA, MCBA, C.Arb. Gerald S. Blackman, CA, CBA, CFE Catherine Tremblay, DPA, CA, CBV, ASA Jean-Philippe Langevin, CA, CFA

WISE, BLACKMAN LLP

The Royal Bank of Canada Building 1 Place Ville Marie, 34th Floor Montreal, Quebec H3B 3N6

Tel (514) 875-8100 • Toll-free (866) 998-8100



Re-invention and change helps keep you fresh and the process fresh. You become less predictable, more invigorated, and most important, a better mediator.

Ce qui se passe dans une salle de médiation est, en fait, une expérience active, intense, vivante. Les médiateurs doivent non seulement maîtriser l'art du dialogue et de la négociation mais ils doivent sentir profondément ce qui se passe dans la salle de médiation. They must read the room.

Un homme qui avait eu l'infortune de perdre sa femme, eut également le malheur de perdre son fils unique, six ans plus tard. Il poursuivit une corporation qu'il tenait pour responsable de l'accident, survenu sur l'une de ses propriétés. Il perdit sa cause en première instance, inscrivit en appel puis consentit à la médiation judiciaire.

En préparant le dossier pour la médiation, je pris la décision de garder les parties et leurs avocats ensemble, dans la salle de médiation, en séance plénière. Lorsque j'entrai dans la salle, au lieu de faire la classique déclaration d'ouverture, je gardai silence un long moment puis, me tournant vers l'homme, lui dit simplement : « Parlez-moi de votre fils. » Alors pendant plusieurs minutes l'homme parla de son fils, d'abord timidement, avec réserve et tendresse, puis il exprima la douleur de l'absence et la solitude de son existence. Puis, finalement, prostré, les épaules courbées, l'homme releva timidement la tête vers moi et me demanda « Est-ce que vous me comprenez? » Je répondis « Je vous entends et j'entends surtout votre douleur qui est si grande qu'on peut presque la voir dans la salle de médiation. » À ce même moment, le directeur de l'entreprise poursuivi m'interrompit, se tourna vers l'homme et lui exprima sa compassion, calmement, avec empathie. Ensuite, naturellement, les avocats et les parties discutèrent du bienfondé de l'appel et des moyens de résoudre le litige de manière finale. Au bout d'une heure, les parties trouvèrent une voie de compromis satisfaisante et convinrent d'une entente qu'ils signèrent devant moi. Avant de partir, l'homme me remercia,

exprima son soulagement et se demanda comment il avait pu, pendant huit ans, mener cette bataille juridique qui, au fond, n'avait été, pour lui, qu'une longue fuite. Je lui répondis qu'il faut parfois faire un long détour avant d'accepter, finalement, de revenir sur ses pas et d'accepter la douleur de la réalité.

Comme l'écrivait T. S. Elliot:

We shall not cease from exploration and the end of our exploring will be to arrive where we started and know the place for the first time ...

De 1975 à 1990, Louise Otis a exercé sa profession d'avocate dans le domaine du droit du travail en se spécialisant en médiation et négociation. Le 29 mars 1990, elle a été nommée juge à la Cour supérieure du Québec et le 10 juin 1993, elle a accédé à la Cour d'appel du Québec.

En 1997, Louise Otis a conçu l'un des premiers systèmes de médiation judiciaire au monde. Au Québec, toutes les cours et tous les tribunaux ont un système de médiation par juges, intégré à leur système traditionnel de justice. Elle a ensuite aidé à mettre en place des programmes de médiation au niveau des collectivités, ce qui a ouvert des perspectives aux juges, au milieu universitaire, aux représentants du gouvernement, aux dirigeants des collectivités et communautés religieuses, etc. dans un certain nombre de juridictions, avec le soutien de divers intervenants des secteurs politique et institutionnel. Afin de contribuer à la résolution de conflits politiques et sociaux, elle a également travaillé en collaboration avec plusieurs ministres de la justice.

Louise Otis a conçu et donné des cours de formation intensive en médiation dans différents pays, notamment en France, Belgique, Russie, Australie et au Mali. En 2001, elle a été mandatée par le gouvernement du Canada afin de mettre sur pied un ensemble de priorités pour le développement de la justice au Mali. En 2004, elle a participé à la création du Cadre de coopération intérimaire pour la République d'Haïti. Elle a également produit, au nom du gouvernement du Canada, un plan de réforme judiciaire à Haïti, dont une proposition de création de centres de médiation. En 2005, à la demande du Conseil de l'Europe, Louise Otis a offert un programme d'enseignement de cinq jours sur la négociation et médiation aux représentants de 19 pays européens. En janvier 2006, Louise Otis a été choisie comme spécialiste des procédures non contentieuses de règlement des litiges par le Secrétaire général des Nations Unies et a fait partie d'un groupe de cinq experts externes indépendants ayant pour mission de réviser et proposer un nouveau système d'administration de la justice des Nations-Unis incluant la création d'un système de médiation.

Le 17 juin 2000, Louise Otis recevait un doctorat honoris causa de l'Université de Sherbrooke pour l'implantation du premier programme de médiation judiciaire au niveau des tribunaux d'appel en Amérique du Nord. En 2002, elle se voyait décerner The distinguished service award par, Pepperdine University School of Law (The Straus Institute for Dispute Resolution) en Californie, pour sa contribution au développement et à la promotion des modes judiciaires de résolution des conflits. En 2003, elle devient récipiendaire du titre d'Officier de l'Ordre National du Québec pour la conception et l'implantation, à une Cour d'appel, de l'un des premiers systèmes de médiation judiciaire du monde. Depuis 2007, elle est fellow de l'International Academy of Mediators. En 2008, CNMAC (Canadian National Mediation Advocay Competition) créait le prix "Louise Otis Award" afin de reconnaître l'excellence de l'enseignement universitaire des modes extra-judiciares de règlement des conflits.





The Demise of Conflict Resolution Network Canada

- Daryl Landau, President Common Ground

In May 2008, Conflict Resolution Network Canada (CRNC), once known as NICR, quietly disappeared. Many of us had been members at one time or another, attended its national Interaction conferences, and received its high quality Conflict Resolution Today magazine. I did some digging, and spoke to those who had been involved with it. Few people knew the precise reasons for its passing, and there seem to be mixed feelings about whether it should be resurrected.

The final announcement by the CRNC said the following:

"...Although our Board of Directors and most importantly, our Executive Director and loyal staff worked extremely hard, the Conflict Resolution Network was unable to navigate the growing financial challenges that face so many non-profit organizations.

...We realize that the issue of positive conflict resolution as well as its import as a social issue will remain and hence we all look forward to furthering its progress in other ways in the future. When the Network was formed over 20 years ago, the field of alternative conflict resolution was not well developed in Canada. Today it is mainstream and embraced by schools, universities and almost every profession. The Network played an important role in contributing to this dynamic growth of an idea. So as we mourn the closing of the Network office, let's not forget to celebrate its many accomplishments. We know Canada is a better place because the CRNC existed."

I wanted to know how those who had been very involved with the Network in the past felt about this, and what they knew. So I began by speaking to Kathleen Cleland Moyer in particular, the Executive Director of the CRNC from 1998-2006. Kathleen was unable to add additional light on the demise of the CRNC, since she was no longer involved, except to say it always struggled financially.

Kathleen, what was CRNC doing that was different from other ADR organizations?

Kathleen provided this history of the CRNC:

CRNC was developed in 1984 to support the growth of the newly developed field of restorative justice but also reached out to the older and more established conflict resolution and ADR communities. By its activities (bookstore, conference,

magazine, projects) CRNC was set up to be the communicator and conduit of the latest, greatest cutting edge ideas and programs. CRNC was not only an association for individual practitioners; but it saw itself as the organization to bring the message of "conflict resolution to everyone".

To me one of the significant highlights for CRNC occurred in 1990 when Dean Peachey and others were successful in receiving a grant from the Ontario government for one million dollars to initiate a Fund for Dispute Resolution. The Fund (Coordinated by Co-Executive Director Rosemarie Schmidt) helped initiate several dozen innovative projects throughout Ontario, many that still survive today.

Other CRNC highlights include the historic gathering of the "Canadian Forum for Dispute Resolution" which for the first time brought federal government together with national organizations to develop this emerging field. Sylvia McMechan helped to organize that event in 1993. The numerous youth, local, national and international programs that we operated through CRNC are the contributions that I am most proud of. Many young people who participated in our youth programs are now fully employed in the field of conflict resolution and it is wonderful to see the legacy of cutting edge conflict resolution work continue through these young leaders.

I asked what kind of hole has been left in the field now:

Many people have told me that they miss the newsletter and conference the most. Both provided people and ideas to connect to. The newsletter, at its best, was a place to push the thinking into new arenas and helped people deepen their knowledge and improve their practice. It also kept people connected in a field that initially was very isolated.

The national conference, held in a different city in Canada every two years since 1989, provided a "community building" context in which new ideas were shared and developed. Since 1998, about 500-1000 people attended this gathering, so it became the largest of its kind in Canada.

CRNC also saw its mission as keeping abreast of all the many activities going on throughout the country and so the "tracking" CRNC did of the latest ideas, programs, books and people in the

field in Canada provided information that is difficult to obtain easily now. The information that was on the CRNC website is of significant historical significance to the field of conflict resolution and restorative justice and I hope that it is "uncached" somewhere so that others can benefit from this tremendous learning.'

I put the same question to Bill Diepeveen, a very involved former Board member from Alberta:

As for the gap left, I personally feel it is huge. I was at a meeting a few days ago where the issue came up. The Network was the only link between all the various groups that were involved in the field. It was an opportunity for those involved in the various fields, restorative justice, family or public policy issues to meet with each other and also with those involved in the other areas. In addition it had established a strong working relationship with various federal government agencies and was a major contributor to the dialogue that happened on a national level. Their conferences were a fascinating gathering of individuals that provided a stimulating

environment for discussion, debate, education networking, etc. The diversity of topics covered in the newsletter was another area where they provided much needed leadership. They were also active in getting academics together.

I personally feel it is a significant loss for the country and the field.

Finally, Sylvia McMechan offered the most poetic words to eulogize the passing of this organization: "Time to feel grateful for all that we did, and for all of the 'seeds' that were planted and now flourish even if the original 'tree' has died. I like to think that now The Network is a 'nurse log' in the forest we call conflict resolution in Canada."

Daryl Landau is the President of Common Ground, and the Chair of the Public Conflict Section at the ADR Institute. Visit for more information. http://www.common-ground.ca

La fin du Réseau pour la résolution de conflits Canada

— par Daryl Landau, président Common Ground

En mai 2008, le Réseau pour la résolution de conflits Canada (RRCC), anciennement le Réseau : interaction pour le règlement des conflits, a disparu discrètement. Un grand nombre d'entre nous avons été membre de cet organisme à un moment ou à un autre, avons assisté à ses conférences nationales « Interaction » et avons lu le magazine de très grande qualité qu'il publiait, Conflict Resolution Today. J'ai fait des recherches et parlé à quelques personnes qui étaient étroitement liées à l'organisme. Peu d'entre elles connaissent les raisons précises de son trépas et elles semblent avoir des sentiments partagés sur la pertinence de le ressusciter.

Le dernier communiqué du RRCC se lisait comme suit :

« ...Même si notre Conseil d'administration et, plus important encore, notre Directeur général et notre dévoué personnel ont travaillé extrêmement fort, le Réseau pour la résolution de conflits a été incapable de surmonter les défis financiers toujours croissants auxquels sont confrontés de nombreux organismes sans but lucratif.

...Nous réalisons que la question de la résolution positive des conflits de même que son importance comme enjeu social demeureront d'actualité et par conséquent, nous espérons tous contribuer à son évolution d'une autre façon dans l'avenir. Quand le Réseau a été fondé il y a plus de 20 ans, le domaine du règlement extrajudiciaire des différends (RED) n'était pas bien développé au Canada. Aujourd'hui, c'est un courant dominant et il s'étend aux écoles, aux universités et à presque toutes les professions. Le Réseau a joué un rôle important en contribuant à la croissance

dynamique de cette idée. Ainsi, alors que nous déplorons la fermeture du bureau du Réseau, n'oublions pas de célébrer ses nombreuses réalisations. Nous savons que le Canada est meilleur parce que le RRCC a existé. »

J'ai voulu savoir comment ceux qui se sont grandement impliqués dans le Réseau par le passé se sentaient à ce sujet et ce qu'ils savaient. J'ai commencé par interroger notamment Kathleen Cleland Moyer, Directrice générale du RRCC de 1998 à 2006. Kathleen a été incapable de jeter une lumière nouvelle sur les circonstances de la fin du Réseau, puisqu'elle n'était plus impliquée, mais elle a précisé que l'organisme a toujours eu des problèmes financiers.

Kathleen, comment le RRCC se démarquait-il des autres organismes de RED ?

Kathleen a répondu en traçant du RRCC l'historique suivant : Le RRCC a été créé en 1984 dans le but de soutenir la croissance et le développement de ce nouveau domaine, alors tout récent, de la justice réparatrice mais aussi pour soutenir les autres groupes ou institutions de RED établies de longue date. Grâce à ses activités (librairie, conférences, magazine, projets) le RRCC a été un intermédiaire et le communicateur privilégié des idées et des programmes les plus innovateurs dans le domaine. Le RRCC n'était pas seulement une association destinée aux praticiens individuels, mais il se voyait lui-même comme un organisme dont le mandat était de véhiculer à tous le message de la pertinence du règlement extrajudiciaire des différends.



Correspondence Course in Arbitration

This two-part correspondence program is designed for those with post-secondary education. Lawyers admitted to the bar in Canada do NOT have to complete

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

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

PART 1— 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— 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

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

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

For information call:

416-487-4733 or 1-877-475-4353

admin@adrcanada.ca, www.adrcanada.ca

Pour moi, un des temps forts les plus importants de la vie du RRCC s'est produit en 1990 quand Dean Peachey et d'autres ont réussi à obtenir une subvention du gouvernement de l'Ontario au montant de un million de dollars, afin de lancer un Fonds pour la résolution de conflits (coordonné par la codirectrice Rosemarie Schmidt) qui a contribué à mettre sur pied plusieurs dizaines de projets innovateurs à travers l'Ontario, dont un grand nombre subsistent encore aujourd'hui.

La rencontre historique du « Forum canadien sur le règlement des différends » qui, pour la première fois, a réuni des représentants du gouvernement fédéral et des organismes nationaux dans le but de développer ce domaine en émergence a été un autre point fort de son histoire. Sylvia McMechan a participé à l'organisation de cet événement en 1993. « Les nombreux programmes jeunesse locaux, nationaux et internationaux que nous avons gérés à travers le RRCC sont la contribution dont je suis la plus fière. De nombreux jeunes qui ont participé à nos programmes jeunesse travaillent maintenant à temps plein dans le domaine de la résolution de conflit et c'est merveilleux de voir que l'héritage laissé par le travail d'avant-garde dans le domaine de la résolution de conflits se perpétue grâce à ces jeunes leaders. »

J'ai demandé quel genre de perte se fait sentir dans le domaine maintenant :

Un grand nombre de personnes m'ont affirmé que le bulletin et les conférences leur manquaient le plus car ces outils leur permettaient de rester en contact avec des idées et des gens. Le bulletin d'information, dans ses meilleurs moments, permettait de porter la réflexion dans de nouvelles arènes et aidait les gens à approfondir leurs connaissances et à améliorer l'exercice de leur profession. Il permettait aussi aux intervenants de rester en communication dans un domaine où, au départ, l'isolement était la norme.

La conférence nationale, tenue dans une ville différente à tous les deux ans depuis 1989, a fourni un contexte propice au « développement de la conscience communautaire » dans lequel on partageait et approfondissait les nouvelles idées. Depuis 1998, de 500 à 1000 personnes ont assisté à cette rencontre qui est ainsi devenue la plus importante en son genre au Canada.

Le RRCC voyait aussi dans sa mission l'importance de se maintenir à l'avant-garde des nombreuses activités à travers le pays et ainsi, le « suivi » qu'il effectuait des idées, des programmes et des livres les plus récents dans le domaine au Canada fournissait

de l'information qu'il est difficile d'obtenir maintenant. L'information présente sur le site Web du Réseau est d'une grande importance historique dans le domaine de la résolution de conflits et de la justice réparatrice et j'espère que cette information est disponible quelque part afin que d'autres puissent bénéficier de ce savoir impressionnant.

J'ai posé la même question à Bill Diepeveen, un ancien membre du Conseil, en Alberta, qui s'était beaucoup impliqué :

En ce qui concerne le manque, je pense qu'il est profond. Je participais à une réunion il y a quelques jours au cours de laquelle le problème a fait surface. Le Réseau était le seul lien entre tous les différents groupes impliqués dans le domaine. C'était une occasion de rencontre pour les personnes engagées dans les différentes sphères de la justice réparatrice, dans le secteur des politiques familiales ou publiques ou dans des domaines connexes. De plus, le Réseau a jeté les fondements d'une solide relation de travail avec les différents organismes gouvernementaux et a été un collaborateur précieux dans le dialogue qui s'est établi à l'échelle nationale. Les conférences du Réseau ont été l'occasion de rassembler les individus et ont fourni un environnement stimulant pour la discussion, les débats, l'éducation, le réseautage, etc. Par la diversité des sujets couverts dans le bulletin d'information, il a fait preuve d'un leadership dont on avait grand besoin. Le Réseau a aussi été actif dans le regroupement des universitaires.

Je pense personnellement que c'est une grande perte pour le pays et pour le domaine de la résolution de conflits.

Finalement, Sylvia McMechan a présenté les paroles les plus poétiques pour faire l'éloge de l'organisme disparu : « Il est temps d'exprimer notre reconnaissance pour tout ce que nous avons fait et pour toutes les graines qui ont été semées et qui fleurissement maintenant, même si l'arbre original est mort. J'aime penser que le Réseau est un « grume-abri » dans la forêt que nous appelons la résolution de conflits au Canada. »

Daryl Landau est président de Common Ground et président de la section conflits dans le secteur public de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada. Visitez www.common-ground.ca pour obtenir plus d'information.

National Arbitration and Mediation Rules



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 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 www.adrcanada.ca



The Canadian Courts' Contribution to the International Arbitration System – A Brief Assessment

When Canada decided to join the international arbitration system in the mid-1980s, its courts joined a global network of domestic courts which are key actors in this system, as courts have a crucial role to play in ensuring its proper operation. Their role is essentially twofold. They first provide crucial assistance to the arbitral process: they ensure that the parties' undertaking to arbitrate will be enforced;1 they render decisions on issues—such as provisional measures and the taking of evidencewhich arbitrators, because of the consensual nature of their power, cannot always deal with effectively;² and finally they provide crucial assistance at the enforcement stage, when a party fails to voluntarily comply with the arbitral tribunal's award.³ But courts are also vested with the power to control the legality of the arbitral process on issues such as jurisdiction,4 arbitral impartiality⁵ and public policy;⁶ they may even, in some cases, review the merits of an arbitral tribunal's substantive award. Unquestionably, international arbitration is not the *purely private* process that it is sometimes held out to be. It is very much a hybrid process, an international system of justice in which private



— Frédéric Bachand, Professor of Law, McGill University This paper was presented at the ADR Institute of Canada annual conference, October 17, 2008 in Montreal.

adjudicators and the courts are partners rather than competitors.⁸

Of course, the reality is that the quality of the courts' intervention is by no means uniform across the 143 countries that have, to date, become parties to the New York Convention⁹ and thus pledged their support to the international arbitration system. A small group of first rate jurisdictions—the A-listers—owe, to a great extent, their prestige, influence and huge appeal as seats of international arbitrations to judiciaries who understand the system, who understand the responsibilities they have to support the system, and who more often than

not render decisions which are of a very high quality. At the other end of the spectrum, we find a group of countries where, unfortunately, courts too often intervene in ways that hinder rather than support the international arbitration system. In the middle we find a third group of countries, which, typically, do not have a very rich or developed international arbitration culture, but who are showing a clear and sincere desire to join the global bandwagon, to support the system and to send to parties shopping for a seat of arbitration the message that they are open for business and have a good product to offer. Court decisions coming out of those countries will sometimes be of a very high quality, but they will also occasionally be worryingly out of step with the key principles and rules of international arbitration; for that reason, parties will—quite understandably-tend to remain somewhat reluctant to choose one of those countries as the seat of their arbitration.

Perception of Canada as a Place of Arbitration

About eight years ago I had a discussion with a lawyer, who was at the time em-

By staying actions commenced in breach of arbitration agreements and stepping in to resolve deadlocks at the tribunal constitution stage: see, e.g. Article 8 and 11(3) of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, U.N. Doc. A/40/17 (1985), Annex I, as well as Sections 7 and 10 of the Uniform Law Commission of Canada's Uniform Arbitration Act (http://www.ulcc.ca/en/us/Arbitrat_En.pdf).

² See e.g. Articles 9 and 27 of the Model Law, as well as Sections 18 and 29 of the Uniform Act.

See e.g. Articles 35 and 36 of the Model Law, as well as Section 50 of the Uniform Act.

See e.g. Article 16(3) of the Model Law and 17(8) of the Uniform Act.

⁵ See e.g. Article 13(3) of the Model Law and Section 15 of the Uniform Act.

⁶ See e.g. Article 34(2)(*b*)(*ii*) of the Model Law.

See e.g. Section 45 of the Uniform Act as well as the British Columbia Court of Appeal's decision in Weyerhaeuser Co. v. Hayes Forest Services Ltd., (2008) 289 D.L.R. (4th) 230.

⁸ Howard Holtzmann, "L'arbitrage et les tribunaux: des associés dans un système de justice internationale", [1978] Rev. arb. 253.

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards,

³³⁰ U.N.T.S. 3 (see: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html).

¹⁰ [1999] Q.J. No. 2727 (S.C. Qué.); [1999] Q.J. No. 5438 (Qué. C.A.).

See e.g.: Gulf Canada Ressources Limited v. Arochem International Ltd., (1992) 66 B.C.L.R. (2d) 114 (B.C. C.A.); Quintette Coal Inc. v. Nippon Steel Corp., (1990) 47 B.C.L.R. (2d) 201 (B.C. C.A.); Prince George (City) v. McElhanney Engineering Services Ltd., [1995] B.C.J. No. 1474 (B.C. C.A.).

See e.g.: Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp., (1994) 18 O.R. (3d) 225 (Ont. C.A.);
 Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. v. Stet International, (1999) 45
 O.R. (3d) 183 (S.C.J. Ont.); (2000) 49 O.R. (3d) 414 (Ont. C.A.); NetSys Technology
 Group AB v. Open Text Corp., (2000) 1 B.L.R. (3d) 307 (S.C.J. Ont.); Onex Corp. v. Ball
 Corp., (1994) 12 B.L.R. (2d) 151; Rio Algom Ltd. v. Sammi Steel Co., (1991) 47 C.P.C.
 (2d) 251 (Ont.Ct. (Gen.Div.)).

See e.g.: BWV Investments Ltd. v. Saskferco Products Inc., (1994) 125 Sask. R. 286 (Sask. C.A.); Schiff Food Products Inc. v. Naber Seed & Grain Co., [1996] S.J. No. 565 (Sask. O.B.)

¹⁴ In Injector Wrap Corp. v. Agrico Canada Ltd., (1990) 67 Man.R. (2d) 158 (Man. C.A.),

ployed by a leading international arbitration institution. When I asked how Canada was perceived as a place of arbitration, the answer was as blunt as it was harsh: terrible. Based on a few high profile decisions, such as the Ouébec Court of Appeal's highly objectionable decision in Lac d'amiante du Canada Ltée v. Lac d'amiante du Québec Ltée,10 where an anti-suit injunction was issued against an ICC tribunal sitting in New York, that person—as well as other foreign observers did not hesitate to place Canada in that bottom category of jurisdictions whose judiciary, unfortunately, just doesn't get it. In my view they were wrong to do so. My reading of the cases led me, at that time, to a much more positive assessment. It also left me convinced that what is true across the globe was also true across Canada, in that the quality of our courts' contribution was by no means consistent across the country. Several decisions coming out of British Columbia,11 Ontario,12 and Saskatchewan¹³ showed a very good understanding of the international arbitration system and a clear desire to support it; this was not only apparent from the solutions at which the courts arrived, but also from the internationalist and comparative approach that they were often willing to adopt. Elsewhere, it was a very different story, including in Manitoba¹⁴ and here in Québec, where our courts' contribution in the field was, at times, unfortunately quite poor. I already mentioned the Court of Appeal decision in *Lac d'amiante*; another particularly telling example is that same court's 1994 decision in the Guns 'N Roses case, which revealed a troubling unawareness of the New York Convention.15

So where do we stand today? By and large, my assessment remains the same. Over-

all, while Canada clearly does not belong in the bottom group of countries that are not supporting the system in a satisfactory manner, it cannot as of yet pretend to belong to the group of A-listers discussed earlier.

Treatment of International Arbitral Awards

Take for example the treatment given in Canadian common law jurisdictions to international arbitral awards.16 This is surely an area where the support of domestic courts is absolutely critical if the international arbitration system is to operate properly. In some respects, many recent cases are first rate in that they explicitly affirm the need for a pro-enforcement stance and, correlatively, a narrow application of the grounds upon which awards can be annulled or denied recognition and enforcement.¹⁷ Yet several cases reveal that courts are still somewhat reluctant to fully let go of the power to review the merits of international awards. A prime example is the British Columbia Supreme Court decision in Metalclad, in which the court, while purporting to perform jurisdictional review, rather engaged in merits review while partially annulling an award rendered by a NAFTA c. 11 tribunal.18 Another example, again dealing with a NAFTA c. 11 award, is the Ontario Court of Appeal decision in Karpa.¹⁹ While in the end the court upheld the award, it suggested that it could be appropriate for the reviewing court to consider whether the conclusions of fact drawn by the arbitral tribunal were sufficiently supported by the evidence.20 Karpa also caught my attention for what the Court had to say about the scope of the public policy exception, because it held that a relevant question under that exception is whether the award is fundamentally fair and just—which suggests a much broader enquiry than what is generally viewed to be acceptable.²¹ A third example—again dealing with a NAFTA c. 11 award—is the Federal Court decision in *S.D. Myers*, in which the court found that international awards could be set aside or denied enforcement for patent unreasonableness or manifest disregard of the law.²²

Review on Jurisdictional Grounds

Another problematic line of cases from Canadian common law jurisdictions concerns the extent of the courts' review on jurisdictional grounds. A series of cases, of which the Ontario Superior Court of Justice decision in Bayview is the latest instalment,²³ stand for the proposition that courts should defer to jurisdictional rulings made by international arbitrations and only overturn them if they're unreasonable or clearly erroneous. While there is of course a general obligation placed on courts to defer to arbitrators' substantive rulings, jurisdictional rulings are—pursuant to the Model Law and the New York Convention—fully reviewable. The position is the same in most leading international arbitration jurisdictions and leading commentators agree with it today, because the proper operation of the system requires fullfledged review of jurisdictional rulings to prevent the parties' rights and obligations from being affected by an arbitral tribunal with no jurisdictional power. 24

Decisions in Quebec

Turning now to Québec, I sincerely wish that I could stand before you today and affirm that our courts' stance has significantly changed for the better. However, a candid assessment leads to the unfortunate

the Court refused to stay an action and to refer the parties to arbitration on the grounds that the moving party had failed to properly define in its materials the "precise nature of the dispute" as required in *Heyman v. Darwins Ltd.*, [1942] A.C. 356. It is not entirely clear from the decision if the dispute was international, but it was treated as such by Cecil O.D. Branson in "The Enforcement of International Commercial Arbitration Agreements in Canada", (2000) 16 Arb. Int. 19 at p. 28-29. And if the dispute was indeed an international one, the Court's decision is unquestionably inconsistent with Article II(3) of the New York Convention. See also *Cangene Corp. v. Octapharma AG*, [2000] M.J. No. 362 (Man. Q.B.), where the Court showed a poor understanding of the New York Convention by suggesting that it was of no relevance in the context of referral applications ("[a]s the Convention applies to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, and as the issue in the present case is whether the parties should be referred to arbitration pursuant to their agreement, article 8(1) of the Model Law is, in my opinion, the applicable provision" (par. 11)).

¹⁵ Guns N'Roses Missouri Storm Inc. v. Productions Musicales Donald K. Donald, [1994]
R.J.Q. 1183 (Qué. C.A.). That case concerned the effect of an arbitration clause in the context of third party proceedings. The Court of Appeal refused to give effect to a

clause calling for arbitration before the American Arbitration Association on the ground that the Québec courts' jurisdiction over the main claim ought to be extended to all related third party claims, even those falling within the ambit of a valid arbitration agreement. Guns N' Roses was later overruled on that point by the Supreme Court of Canada: GreCon Dimter Inc. v. J.R. Normand Inc., 2005 SCC 46. For other problematic Québec cases, where courts interpreted international arbitration clauses in an overly narrow manner, see: 136067 Canada Inc. v. Watson Computers Products Inc., [1987] R.D.J. 326 (Qué. C.A.); C.C.I.C. Consultech International v. Silverman, I.E. 91-987 (Qué. C.A.); Provida Treuhand SA v. Sport Dinaco Inc., J.E. 2000-615 (S.C. Qué.). For much more encouraging decisions, see: A. Bianchi S.R.L. v. Bilumen Lighting Ltd., [1990] R.J.Q. 1681 (C.S. Qué.); International Civil Aviation Organization v. Tripal Systems Pty., Ltd., [1994] R.J.Q. 2560 (C.S. Qué.).

See, further: Frédéric Bachand, "Recent Developments on Grounds for Annulment and Non-Enforcement of International Awards in Canada", (2006) 13 S.W.J.L.& Trade Am.

⁷ See, e.g.: Bayview Irrigation District #11 v. Mexico, [2008] O.J. No. 1858 (Ont. S.C.J.); United Mexican States v. Karpa, (2005) 74 O.R. (3d) 180 (Ont. C.A.); D.L.T. Holdings

conclusion that this is not the case. In a majority of decisions concerning international arbitrations rendered in the past few years, our courts have not shown the same level of understanding or awareness of the key principles and rules of international arbitration as courts located in other Canadian jurisdictions.25 And in several cases, they have rendered decisions that are deeply troubling, for example by construing international arbitration clauses too strictly or in ways that make no commercial sense;26 recognizing that enforcement of such clauses could be denied on discretionary, forum non conveniens-like grounds;²⁷ denying that courts had the power to issue interim measures of protection in aid of a foreign arbitration;²⁸ or refusing to fully embrace the internationalist approach advocated by the Supreme Court in its decision in GreCon.29 One of the most disturbing decisions is the 2006 decision of the Superior Court in I-D Foods, a case involving a Québec company and a US company and where, to resolve a deadlock at the tribunal constitution stage, the Court ordered that all three arbitrators be from Ouébec.³⁰

I wish to emphasize that my criticism of Québec decisions is not necessarily a criticism of Québec judges. It is quite clear from many of these objectionable decisions that they were poorly argued in the first place, which means that the prime culprits may very well have been counsel, not judges.

But the situation in Québec remains problematic enough to prevent me from wholeheartedly and unreservedly recommending my home town when I am consulted by foreign counsel who are considering the choice of the seat of an arbitration and who

are thinking about Montreal. This is unfortunate, because in many respects, Montreal has tremendous assets that could allow it to flourish as a seat of international arbitrations: a modern, pro-arbitration legislative framework heavily influenced by the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration is in place; the city is ideally located, bilingual, bijural and affordable; plus it has this joie de vivre that people from all over the world have come to appreciate greatly. The missing ingredient-and it is a crucial one-is a judiciary which is well versed in the field, who understands its responsibility as a key actor in the international arbitration system and who is willing and able to provide the kind of strong support that comes naturally in jurisdictions like France, Switzerland, England or Sweden.

Solutions

I would like to end on a more positive note, because I truly believe that there is a solution, a way to improve things significantly and at a relatively low cost. The idea is to follow the lead of many European countries and adopt a system whereby international arbitration cases would be handled by a relatively small number of judges, who would acquire experience and develop an expertise that would allow them to consistently issue decisions of a high quality. France led the way, when it decided to centralize cases involving the review of arbitral awards before the appellate courts. This has worked remarkably well, and in international arbitration cases, the Cour d'appel de Paris—thanks to a group of judges led most recently by Dominique Hascher—has developed a unique expertise and established itself as one of the most respected and influential courts in the area. An analogous system is in place in Swe-

den: the Svea Court of Appeal has exclusive and original jurisdiction to decide most cases involving international arbitrations. A similar practice can be observed in England, where most cases relating to international arbitration tend to be handled by a relatively small group of High Court judges, and several judges of the Court of Appeal and the House of Lords have significant experience and expertise in the field. I recently attended an international arbitration conference which was attended not only by academics and practitioners, but also by judges of the Cour d'appel de Paris, the Svea Court of Appeal, the English Court of Appeal and the House of Lords; I found that extremely telling: their participation showed a level of engagement and commitment to the proper functioning of the international arbitration system which is truly admirable.

Benefits of Centralization

And it is worth recalling that the drafters of the Model Law—which Canada was the first country to adopt—emphasized the benefits of such centralization and strongly supported this approach. Here is what the Analytical Commentary has to say on Article 6:

"To concentrate these arbitration-related functions in a specific Court is expected to result in the following advantages. It would help parties, in particular foreign ones, more easily to locate the competent court and obtain information on any relevant features of that 'Court', including its policies adopted in previous decisions. Even more beneficial to the functioning of international commercial arbitration would be the expected specialization of that Court.

Inc. v. Grow Biz International, Inc., (2001) 199 Nfld. & P.E.I.R. 135 (P.E.I.S.C. T.D.).

¹⁸ Mexico v. Metalclad Corp., (2001) 89 B.C.L.R. (3d) 359 (B.C. S.C.).

¹⁹ United Mexican States v. Karpa, supra note 17.

See in particular the following passage (at par. 60): "It is also important to bear in mind that the issue as defined by the arbitration tribunal was essentially a question of fact—'whether rebates have in fact been provided for domestically owned cigarette exporters while denied to a foreign reseller, CEMSA.' In this case, the majority found, on Mexico's own evidence, that it had allowed rebates for domestic exporters that it had refused to CEMSA. On a finding of fact, for which there is support in the evidence, the court must defer to the tribunal." [Emphasis added.]

See in particular the following passage: "A chapter 11 tribunal has authority to make an award of monetary damages pursuant to NAFTA, article 1135. The question for the court is whether the particular award in this case is contrary to public policy. In Re Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. v. STET International S.p.A., (C.A.), this court cited with approval the statement of principle by Feldman J. in Schreter v. Gasmac Inc., (Gen. Div.), at p. 623 O.R.:

The concept of imposing our public policy on foreign awards is to guard against

enforcement of an award which offends our local principles of justice and fairness in a fundamental way, and in a way which the parties could attribute to the fact that the award was made in another jurisdiction where the procedural or substantive rules diverge markedly from our own, or where there was ignorance or corruption on the part of the tribunal which could not be seen to be tolerated or condoned by our courts.

The damages are equivalent to the rebates that CEMSA had been refused at the same time that domestic exporters were receiving rebates. Mexico was in effect waiving the requirement to produce invoices stating the tax separately for domestic exporters, while at the same time refusing to waive the requirement for CEMSA. In my view, the award of damages is not contrary to public policy. There is nothing fundamentally unjust or unfair about the award. It is rationally connected to the discriminatory conduct found by the tribunal and seeks to redress the effect of the discrimination. The award is a logical quantification of the harm caused to CEMSA by the discriminatory conduct." [Emphasis added.]

²² Canada v. S.D. Myers Inc., [2004] 3 F.C. 368 at p. 395.

²³ Bayview Irrigation District # 11 v. Mexico, supra note 17. See also: Ace Bermuda

Although these two advantages would best be achieved by a full centralization, the designation of a Court does not necessarily mean that it will in fact be only one individual court in each state. In particular larger countries may wish to designate one type or category of courts, for example, any commercial courts or commercial chambers of district courts.

The designated Court need not necessarily be a full court or a chamber thereof. It may well be, for example, the president of a court or the presiding judge of a chamber for those functions which are of a more administrative nature and where speed and finality are particularly desirable (i.e. articles 11, 13 and 14). To what extent this further expected advantage will materialize depends on each state's provisions on court organization or procedure, whether they already exist or are

adopted together with 'this Law'. It is submitted that a state may entrust these administrative functions even to a body outside its court system, for example, a national arbitration commission or institution handling international cases."³¹

The Next Step

So why not adopt a similar system here? For various reasons, vesting our Court of Appeal with original and exclusive jurisdiction in arbitration-related matters would probably not be the way to go. But why not create a specialized chamber of the Superior Court, or a specialized list within the current commercial division,³² comprised of a relatively small group of judges who would decide all cases involving international arbitrations—whether they concern the enforcement of the clause, the appointment or arbitrators, the issuance of provisional measures, jurisdictional objections, the review of awards or the recognition and enforcement of foreign awards?

We could even think about going one step further by centralizing before such a chamber all cases involving arbitrations-domestic ones included. This could be done quickly and simply, as a legislative amendment would probably not be necessary. After all, our judiciary has already shown a willingness to make special efforts to promote resort to alternative means of dispute resolution: it did so when it decided to setup a system of judicial mediation, which has had a positive impact on the development of mediation. The creation of a specialized arbitration chamber is the next logical step. We can be certain that it would send an extremely positive message and we can be confident, based on the French, Swedish and English experiences, that it would significantly increase the quality of our courts' contribution to the proper functioning of the international arbitration system, but also to the development of international arbitration in Québec. 🚲

Insurance Ltd. v. Allianz Insurance Co. of Canada, 2005 ABQB 975; Xerox Canada Ltd. v. MPI Techologies Inc., [2006] O.J. No. 4895 (Ont. S.C.J.).

- Philippe Leboulanger, note following the January 6, 1987 decision of the Cour de Cassation in Southern Pacific Properties v. République arabe d'Égypte, [1987] Rev. arb. 469 at par. 2; Pierre Mayer, "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", (1989) 217 R.C.A.D.I. 319 at pp. 355-356; Philippe Fouchard, note following the February 7, 2002 decision of the Paris Court of Appeal in SA Alfac v. Société Irmac Importação, comércia e industria LTDa, [2002] Rev. arb. 417. Lew, Mistelis and Kröll write that jurisdictional decisions are "generally open to full review by the courts" (Julian D.M. lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration (The Hague: Kluwer, 2003) p. 337 at par. 14-28. In England, the cases consistently confirm that jurisdictional review is plenary: Gulf Azov v. Baltic Shipping, [1999] 1 Lloyd's Rep. 68. See also: Astra SA Insurance and Reinsurance Co v. Sphere Drake Insurance Ltd., [2000] 2 Lloyd's Rep 550 (H.C.); Kalmneft JSC v. Glencore International AG, [2001] 2 All ER (Comm) 577 (H.C.); Electrosteel Castings Ltd v. Scan-Trans Shipping & Chartering Sdn Bhd, [2002] 2 All ER (Comm) 106 (H.C.); Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd., [2004] 1 Lloyd's Rep. 603 (H.C.); AMEC Civil Engineering Ltd. v. Secretary of State for Transport, [2004] EWHC 2339; Primetrade AG v. Ythan Ltd. (The "Ythan"), [2005] EWHC 2399.
- To be fair, they clearly have in some cases; see, e.g.: Compagnie Nationale Air France

- v. MBaye, [2003] J.Q. No. 2900 (Qué. C.A.); Achilles (USA) v. Plastics Dura Plastics (1977) Ltée/Ltd., [2006] J.Q. No. 13609 (Qué. C.A.).
- See, e.g.: Librati v. Barka Co. Ltd., [2007] J.Q. No, 13828 (Qué. S.C.) (refusing to enforce as not sufficiently precise a clause providing that a party "may require that the dispute be submitted to arbitration in accordance with the laws of the province of Ontario"); Josephson v. Twins 2 Investments Inc., [2007] J.Q. No. 9499 (Qué. S.C.) (holding that an arbitrator has no jurisdiction to rule on a claim based on Section 241 of the Canadian Business Corporations Act, R.S.C. (1985), c. C-44 where the arbitration clause provides that the contract in which it is inserted shall be governed by "the laws of the province of Québec").
- See GreCon Dimter Inc. v. J.R. Normand Inc., [2004] J.Q. No. 173 (Qué. C.A.), holding that Guns N' Roses Missouri Storm Inc. v. Productions Musicales Donald K. Donald, supra note 15 was still good law. The Court of Appeal was reversed by the Supreme Court: GreCon Dimter Inc. v. J.R. Normand Inc., supra note 15.
- ²⁸ Ekinciler Demir Ve Celik San, a.s. v. Bank of New York, [2007] J.Q. No. 3056 (Qué. S.C.).
- ²⁹ Smart Systems Technologies Inc. v. Domotique Secant Inc., [2008] Q.J. No. 1782 (Oué. C.A.)
- ³⁰ I-D Foods Corporation v. Hain-Celestial Group Inc., 2006 QSSC 3889.
- 31 UNCITRAL, Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration – Report of the Secretary General, A/CN/.9/264 at p. 20.

The Gold Standard for Canadian Disputes « La norme idéale pour les disputes Canadiennes »



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 to students or others call Mena at:

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

Fixation de la norme

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

Pour recevoir des copies des règles pour la distribution aux étudiants ou aux autres appellez Mena à

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

La contribution des tribunaux canadiens au système d'arbitrage international – Une brève analyse

— Frédéric Bachand, professeur de droit, Université McGill.

Cet exposé a été présenté à la conférence annuelle de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada le 17 octobre 2008, à Montréal.

Ouand le Canada a décidé de se rallier au système d'arbitrage international au milieu des années 80, les tribunaux canadiens ont adhéré à un réseau mondial de tribunaux nationaux qui sont les acteurs clés de ce système et dont le rôle est crucial dans le bon fonctionnement de ce dernier. Les tribunaux jouent essentiellement deux rôles. En premier lieu, leur contribution est essentielle au processus d'arbitrage : ils assurent l'exécution de l'engagement des parties à se soumettre à l'arbitrage; ils statuent sur les questions en litige — telles que les mesures provisoires et la prise de témoignage — que les arbitres, à cause de la nature consensuelle de leur autorité, ne peuvent pas toujours traiter efficacement;² et finalement, leur intervention est cruciale au stade de l'exécution, lorsqu'une partie n'obtempère pas volontairement à la sentence arbitrale du tribunal.3 Mais le pouvoir de contrôler la légalité du processus arbitral sur des questions comme la compétence,⁴ l'impartialité des arbitres⁵ et l'ordre public6, est également conféré aux tribunaux et ils peuvent même, dans certains cas, examiner le bien-fondé d'une sentence arbitrale quant au fond.7 Indiscutablement, l'arbitrage international n'est pas le processus purement privé comme il est parfois considéré. Il est beaucoup plus un processus hybride, un système international de justice dans lequel les arbitres privés et les tribunaux sont des partenaires plutôt que des rivaux.8

Évidemment, la qualité des interventions des tribunaux n'est en réalité d'aucune façon uniforme à travers les 143 pays qui ont, jusqu'ici, adhéré à la Convention de New York⁹ et se sont ainsi engagés à soutenir le système d'arbitrage international. Un petit groupe de pays de premier rang— les plus recherchés — doivent, dans une grande mesure, leur prestige, leur influence et leur énorme attrait comme siège d'arbitrages internationaux à des tribunaux qui comprennent le système, qui comprennent la responsabilité qu'ils ont de le soutenir et qui plus souvent qu'autrement, rendent des décisions d'une très grande qualité. À l'autre bout du spectre, nous trouvons un groupe de pays où, malheureusement, les tribunaux interviennent trop souvent de manière à entraver plutôt qu'à soutenir le système d'arbitrage international. Au centre, nous trouvons un troisième groupe de pays qui, généralement, n'ont pas une culture d'arbitrage international très riche ou très développée, mais qui ont un désir sincère et manifeste de faire partie du mouvement, de soutenir le système et de faire connaître aux parties à la recherche d'un lieu d'arbitrage qu'ils sont disponibles et qu'ils ont un bon produit à offrir. Les décisions rendues par les tribunaux de ces pays sont parfois d'une très grande qualité, mais elles sont aussi à l'occasion déphasées par rapport aux règles et aux principes clés de l'arbitrage international, ce qui est inquiétant; pour cette raison, les parties auront tendance plutôt à juste titre — à demeurer peu enthousiastes à choisir un de ces pays comme siège de leur arbitrage.

La perception du Canada en tant qu'un lieu d'arbitrage

Il y a environ huit ans, je me suis entretenu avec un avocat, qui était à l'époque employé dans une importante institution d'arbitrage international. Quand je lui ai demandé comment le Canada était perçu en tant que lieu d'arbitrage, la réponse a été aussi brutale que sévère : terrible. Se fondant sur quelques décisions qui ont retenu l'attention, telles que la décision hautement contestable de la Cour d'appel du Québec dans Lac d'amiante du Canada Ltée c. Lac d'amiante du Québec Ltée, 10 où une anti-suit injunction (parfois appelée « injonction contre les poursuites ») a été rendue contre un tribunal CCI siégeant à New York, cette personne—de même que d'autres observateurs étrangers—n'ont pas hésité à placer le Canada dans la catégorie inférieure des pays dont les tribunaux, malheureusement, ne saisissent tout simplement pas les enjeux. À mon avis, ils ont eu tort. Mon interprétation de ces dossiers m'a mené, à ce moment-là, à une évaluation beaucoup plus positive. J'ai aussi été convaincu que ce qui est vrai partout au monde l'était aussi au Canada, à savoir que la qualité de la contribution de nos tribunaux n'était d'aucune façon constante dans tout le pays. Un certain



En suspendant les recours intentés en violation des conventions d'arbitrage et en intervenant pour résoudre les impasses à l'étape de la constitution du tribunal : voir, par ex. articles 8 et 11(3) de CNUDCI Loi type sur l'arbitrage commercial international, U.N. Doc. A/40/17 (1985), Annexe I, de même que les articles 7 et 10 de la Loi uniforme sur l'arbitrage de la Commission canadienne de l'uniformisation des lois (http://www.ulcc.ca/en/us/Arbitrat En.odf).

Voir par ex. les articles 9 et 27 de la Loi type de même que les articles 18 et 29 de la Loi uniforme.

³ Voir, par ex. les articles 35 et 36 de la Loi type de même que l'article 50 de la Loi uniforme.

⁴ Voir, par ex. l'article 16(3) de la Loi type et l'article 17(8) de la Loi uniforme.

Voir, par ex. l'article 13(3) de la Loi type et l'article 15 de la Loi uniforme.

⁶ Voir, par ex. l'article 34(2)(*b*)(*ii*) de la Loi type.

Voir, par ex. l'article 45 de la Loi uniforme de même que la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire Weyerhaeuser Co. c. Hayes Forest Services Ltd., (2008) 289 D.L.R. (4th) 230.

⁸ Howard Holtzmann, «L'arbitrage et les tribunaux: des associés dans un système de justice internationale », [1978] Rev. arb. 253.

Onvention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 330 U.N.T.S. 3 (voir: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/ NYConvention_status.html).

^{10 [1999]} Q.J. No. 2727 (S.C. Qué.); [1999] Q.J. No. 5438 (Qué. C.A.).

Voir, par ex.: Gulf Canada Ressources Limited c. Arochem International Ltd., (1992) 66 B.C.L.R. (2d) 114 (B.C. C.A.); Quintette Coal Inc. c. Nippon Steel Corp., (1990) 47 B.C.L.R. (2d) 201 (B.C. C.A.); Prince George (City) c. McElhanney Engineering Services Ltd., [1995] B.C.J. No. 1474 (B.C. C.A.).

Voir, par ex.: Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corp., (1994) 18 O.R. (3d) 225 (Ont. C.A.); Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. c. Stet International, (1999) 45 O.R. (3d) 183 (S.C.J. Ont.); (2000) 49 O.R. (3d) 414 (Ont. C.A.); NetSys Technology Group AB c. Open Text Corp., (2000) 1 B.L.R. (3d) 307 (S.C.J. Ont.); Onex Corp. c. Ball Corp., (1994) 12 B.L.R. (2d) 151; Rio Algom Ltd. c. Sammi Steel Co., (1991) 47 C.P.C. (2d) 251 (Ont.Ct. (Gen.Div.)).

Voir, par ex.: BWV Investments Ltd. c. Saskferco Products Inc., (1994) 125 Sask. R. 286 (Sask. C.A.); Schiff Food Products Inc. c. Naber Seed & Grain Co., [1996] S.J. No. 565 (Sask. O.B.)

Dans l'affaire Injector Wrap Corp. c. Agrico Canada Ltd., (1990) 67 Man.R. (2d) 158

nombre de décisions émanant de la Colombie Britannique,11 de l'Ontario,12 et de la Saskatchewan¹³ ont démontré une très bonne compréhension du système d'arbitrage international et un désir évident de le soutenir; cette volonté n'était pas seulement manifeste dans les solutions que les tribunaux ont trouvées mais aussi dans l'approche internationaliste et comparative qu'ils étaient souvent prêts à adopter. Ailleurs, il s'agit d'une toute autre histoire, y compris au Manitoba¹⁴ et ici au Québec, où la contribution de nos tribunaux dans le domaine a malheureusement été parfois plutôt piètre. J'ai déjà mentionné la décision de la Cour d'appel dans l'affaire Lac d'amiante; un autre exemple particulièrement révélateur est la décision de la même Cour en 1994 dans l'affaire Guns 'N Roses, qui a démontré une inquiétante ignorance de la Convention de New York.15

Alors, où en sommes-nous aujourd'hui? De façon générale, mon évaluation reste la même. Bien que le Canada, dans l'ensemble, ne se classe évidemment pas au bas de l'échelle parmi les pays qui ne soutiennent pas le système d'une manière satisfaisante, il ne peut pas à ce jour prétendre appartenir au groupe de pays les plus recherchés mentionné plus haut.

Le traitement aux décisions d'arbitrages internationaux

Prenons par exemple le traitement donné par les provinces canadiennes de *common law* aux décisions d'arbitrages internationaux. ¹⁶ C'est sûrement un domaine où le soutien des tribunaux nationaux est absolument crucial au bon fonctionnement du système d'arbitrage international. À certains égards, de

nombreux dossiers récents sont exemplaires dans le sens qu'ils confirment expressément le besoin d'une prise de position en faveur de l'application des clauses d'arbitrage et, corrélativement, une application restrictive des motifs en vertu desquels les sentences arbitrales peuvent être annulées ou leur reconnaissance et leur exécution refusées.¹⁷ Toutefois plusieurs causes démontrent que les tribunaux sont encore réticents à abandonner leur pouvoir de réviser le bien-fondé des sentences internationales. Un bon exemple est celui de la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire Metalclad, où le tribunal, sous le couvert d'un examen de la compétence, s'est plutôt permis un examen du bien-fondé tout en annulant en partie une décision rendue par un tribunal de l'ALENA constitué en vertu du chapitre 11.18 Un autre exemple, qui traite aussi d'une sentence rendue en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, est celle de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire Karpa. 19 Bien qu'à la fin le tribunal ait confirmé la sentence, il a suggéré qu'il serait approprié pour le tribunal d'examiner si les conclusions de fait établies par le tribunal d'arbitrage étaient suffisamment appuyées par la preuve.²⁰ L'affaire Karpa a aussi retenu mon attention en raison de l'opinion émise par le Tribunal sur la portée de l'exclusion fondée sur l'ordre public, parce qu'il a statué qu'il était pertinent en vertu de cette exception s'interroger sur la nature fondamentalement juste de la sentence ce qui suggère une enquête plus large que ce qui est généralement considéré comme acceptable.21 Un troisième exemple—lié aussi à une sentence rendue en vertu du chapitre 11 de l'ALENA-est celle de la Cour fédérale dans l'affaire S.D. Myers,

où le tribunal a statué que les sentences internationales pouvaient être infirmées ou leurs exécutions interdites au motif qu'elles étaient manifestement déraisonnables ou pour non-respect manifeste du droit.²²

Révision fondée sur des motifs de compétence

Une autre série problématique de dossiers émanant des provinces canadiennes de common law touche l'étendue de la révision par les tribunaux fondée sur des motifs de compétence. Une série de dossiers, où la décision de la Cour supérieure de l'Ontario dans Bayview représente le dernier épisode,23 milite en faveur de la proposition selon laquelle les tribunaux devraient s'en remettre aux décisions concernant la compétence rendues lors d'arbitrages internationaux et les infirmer uniquement si elles sont déraisonnables ou clairement erronées. Tandis qu'il y ait bien entendu une obligation générale imposée aux tribunaux de s'en remettre aux décisions de droit substantiel rendues par les arbitres, les décisions concernant la compétence sont — en vertu de la Loi type et de la Convention de New Yorkentièrement révisables. La position est la même dans la plupart des plus importants pays en matière d'arbitrage international et les principaux commentateurs sont en accord aujourd'hui avec cette idée, parce que le bon fonctionnement du système nécessite un examen complet des décisions concernant la compétence afin d'éviter que les droits et les obligations des parties ne soient affectés par un tribunal d'arbitrage qui n'a pas compétence. 24

En ce qui concerne le Québec maintenant, j'aimerais sincèrement pouvoir me tenir

⁽Man. C.A.), le tribunal a refusé de suspendre l'instance et de renvoyer les parties à l'arbitrage au motif que la partie requérante n'a pas défini correctement dans ses documents la « nature précise du différend » comme on l'exige dans Heyman c. Darwins Ltd., [1942] A.C. 356. Il n'était pas tout à fait clair dans la décision que le différend était de nature internationale, mais il a été traité comme tel par Cecil O.D. Branson dans « The Enforcement of International Commercial Arbitration Agreements in Canada », (2000) 16 Arb. Int. 19 at p. 28-29. Et si le différend était effectivement de nature internationale, la décision du Tribunal est indiscutablement incompatible avec l'article II(3) de la Convention de New York. Voir aussi Cangene Corp. c. Octapharma AG, [2000] M.J. No. 362 (Man. Q.B.), où le Tribunal a démontré une piètre compréhension de la Convention de New York en suggérant que ce n'était pas pertinent dans le contexte des demandes de renvoi (« [étant donné] que la Convention s'applique à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, et comme la question dans la présente affaire est de savoir si les parties devraient être renvoyées à l'arbitrage en vertu de leur entente, l'article 8(1) de la Loi type est, à mon avis, la disposition applicable » (par. 11)).

⁵ Guns N'Roses Missouri Storm Inc. c. Productions Musicales Donald K. Donald, [1994] R.J.Q. 1183 (Qué. C.A.). Ce litige concernait l'effet d'une clause d'arbitrage dans le

contexte de la mise en cause de tiers. La Cour d'appel a refusé de donner effet à une clause prévoyant l'arbitrage devant l'American Arbitration Association au motif que la compétence des tribunaux du Québec sur la revendication principale devrait être étendue à toutes les revendications de tiers y liées, même celles comprises dans la portée d'une convention d'arbitrage valide. La décision Guns N' Roses a été plus tard infirmée sur ce point par la Cour suprême du Canada : GreCon Dimter Inc. c. J.R. Normand Inc., 2005 SCC 46. Voir aussi d'autres dossiers problématiques au Québec, où les tribunaux ont interprété les clauses arbitrales d'une façon trop restrictive : 136067 Canada Inc. c. Watson Computers Products Inc., [1987] R.D.J. 326 (Qué. C.A.); C.C.I.C. Consultech International c. Silverman, J.E. 91-987 (Qué. C.A.); Provida Treuhand SA c. Sport Dinaco Inc., J.E. 2000-615 (S.C. Qué.). Pour des décisions beaucoup plus encourageantes, voir : A. Bianchi S.R.L. c. Bilumen Lighting Ltd., [1990] R.J.Q. 1681 (C.S. Qué.); International Civil Aviation Organization c. Tripal Systems Pty., Ltd., [1994] R.J.Q. 2560 (C.S. Qué.).

Voir aussi: Frédéric Bachand, « Recent Developments on Grounds for Annulment and Non-Enforcement of International Awards in Canada », (2006) 13 S.W.J.L.& Trade Am. 107

¹⁷ Voir, par ex.: Bayview Irrigation District # 11 c. Mexico, [2008] O.J. No. 1858 (Ont.

devant vous aujourd'hui et affirmer que la position de nos tribunaux a grandement changé pour le mieux. Cependant, une franche évaluation mène à la conclusion que ce n'est malheureusement pas le cas. Dans la majorité des décisions concernant des arbitrages internationaux rendues au cours des dernières années, nos tribunaux n'ont pas démontré le même niveau de compréhension ou de sensibilisation aux principes et règles clés de l'arbitrage international que les tribunaux situés dans les autres provinces canadiennes.²⁵ Et dans plusieurs cas, ils ont rendu des décisions qui sont extrêmement inquiétantes, par exemple en interprétant les clauses d'arbitrage international de façon trop rigoureuse ou d'une façon qui n'avait pas de sens au point de vue commercial;26 en reconnaissant que l'application de telles clauses pourrait être refusée pour des motifs discrétionnaires tel que le forum non conveniens;27 en rejetant le fait que les tribunaux ont le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires de protection pour aider un arbitrage étranger;28 ou en refusant de suivre entièrement l'approche internationaliste préconisée par la Cour suprême dans sa décision dans l'affaire GreCon.29 Une des décisions les plus inquiétantes est celle rendue en 2006 par la Cour supérieure dans I-D Foods, un litige impliquant une entreprise du Québec et une entreprise des États-Unis dans laquelle la Cour a ordonné, dans le but de dénouer une impasse à l'étape de la constitution du tribunal, que les trois arbitres proviendraient du Québec.30

J'aimerais souligner que ma critique des décisions rendues au Québec n'est pas nécessairement une critique des juges québécois. Il ressort de façon particulièrement évidente à l'examen de plusieurs de ces décisions contestables qu'elles étaient d'abord mal présentées ce qui signifie que les premiers coupables peuvent très bien être les avocats (ou les conseillers juridiques) et non les juges.

Mais la situation au Québec demeure suffisamment problématique pour m'empêcher de recommander entièrement et sans réserve ma ville natale quand un procureur étranger me consulte sur le choix d'un lieu d'arbitrage et qu'il pense à Montréal. C'est malheureux, parce qu'à maints égards, Montréal jouit d'atouts considérables qui pourraient lui permettre de prospérer en tant que siège d'arbitrages internationaux : un cadre légal moderne et favorisant l'arbitrage est en place, fortement influencé par la Loi type sur l'arbitrage commercial international CNUDCI; la ville est idéalement située, bilingue, bi-juridique et le coût de la vie y est très abordable; de plus, il y règne cette joie de vivre que les gens de toutes les autres parties du monde apprécient grandement. L'élément manquant—et il est de taille—est la présence d'un système judiciaire versé dans le domaine, qui comprend sa responsabilité à titre d'acteur clé dans le système d'arbitrage international et qui est disposé et capable de fournir le genre de soutien solide qu'on trouve naturellement dans des pays comme la France, la Suisse, l'Angleterre ou la Suède.

La solution

J'aimerais terminer sur une note plus positive, parce que je crois fermement qu'il y a une solution, une façon d'améliorer considérablement les choses et à un coût relativement faible. Il s'agit de suivre

l'exemple de plusieurs pays européens et d'adopter un système dans lequel les causes d'arbitrage international sont prises en charge par un nombre relativement restreint de juges qui acquerraient l'expérience et développeraient une expertise qui leur permettrait de rendre invariablement des décisions de grande qualité. La France a pavé la voie quand elle a décidé de centraliser le traitement des dossiers concernant la révision de sentences arbitrales devant des tribunaux d'appel. Cette centralisation remarquablement bien fonctionné et dans des affaires d'arbitrage international, la Cour d'appel de Paris-grâce à un groupe de juges ayant à sa tête plus récemment Dominique Hascher—a développé une expertise unique et s'est imposée comme l'un des tribunaux les plus respectés et les plus influents dans le domaine. Un système analogue est en place en Suède : la Cour d'appel Svea a la compétence exclusive et de première instance de décider de la plupart des litiges concernant un arbitrage international. Une pratique similaire peut être observée en Angleterre, où la plupart des dossiers liés à l'arbitrage international ont tendance à être pris en charge par un groupe relativement restreint de juges de la High Court et plusieurs juges de la Cour d'appel et de la Chambre des lords possèdent une expérience et une expertise d'envergure dans le domaine. J'ai récemment assisté à une conférence sur l'arbitrage international dont l'assistance n'était pas simplement composée d'universitaires et de spécialistes mais aussi de juges de la Cour d'appel de Paris, de la Cour d'appel Svea, de la Cour d'appel d'Angleterre et de la Chambre des lords; j'ai trouvé leur présence extrêmement révélatrice : leur participation démontrait

S.C.J.); United Mexican States c. Karpa, (2005) 74 O.R. (3d) 180 (Ont. C.A.); D.L.T. Holdings Inc. c. Grow Biz International, Inc., (2001) 199 Nfld. & P.E.I.R. 135 (P.E.I.S.C. T.D.)

¹⁸ Mexico c. Metalclad Corp., (2001) 89 B.C.L.R. (3d) 359 (B.C. S.C.).

¹⁹ United Mexican States c. Karpa, supra, note 17.

Voir en particulier le passage suivant (au par. 60): « Il est aussi important de garder à l'esprit que la question en litige telle que définie par le tribunal d'arbitrage était essentiellement une question de fait—« si des remboursements avaient en réalité été accordés aux exportateurs de cigarettes nationaux alors qu'ils étaient refusés à un revendeur étranger, CEMSA ». Dans ce dossier, la majorité a statué, se basant sur la preuve même de la partie mexicaine, qu'on avait accordé des remboursements aux exportateurs nationaux et qu'on les avait refusés à CEMSA. Pour une conclusion de fait, qui est appuyée par la preuve, le tribunal doit s'en remettre au tribunal d'arbitrage. » [C'est nous qui accentuons.]

²¹ Voir en particulier le passage suivant : « Un tribunal en vertu du chapitre 11 a la compétence d'accorder des dommages pécuniaires en vertu de l'article 1135 de l'ALENA. La question pour le tribunal consiste à voir si la sentence particulière dans cette affaire est contraire à l'ordre public. Dans Re Corporacion Transnacional de

Inversiones, S.A. de C.V. c. STET International S.p.A., (C.A.), le tribunal a cité favorablement l'énoncé de principe de Feldman J. dans Schreter c. Gasmac Inc., (Gen. Div.), at p. 623 O.R.:

Le concept d'imposer notre ordre public aux sentences étrangères consiste à prévenir l'exécution d'une sentence qui heurte fondamentalement nos principes locaux de justice et d'équité, et cela d'une manière que les parties pourraient attribuer au fait que la sentence a été prononcée dans un autre pays où les règles en matière de procédure ou les règles de droit substantiel divergent sensiblement des nôtres, ou encore où il y avait de l'ignorance ou de la corruption de la part du tribunal ce qui pourrait ne pas être toléré ou admis par nos tribunaux.

Les dommages sont équivalents aux remboursements refusés à CEMSA au même moment où les exportateurs nationaux recevaient des remboursements. Le Mexique a en effet modifié les exigences de produire des factures établissant la taxe séparément pour les exportateurs nationaux, alors qu'en même temps il refusait de modifier les exigences à l'encontre de CEMSA. À mon avis, l'attribution de dommages-intérêts n'est pas contraire à l'ordre public. Il n'y a rien de fondamentalement injuste ou d'inéquitable concernant la sentence. Elle est rationnellement liée au comportement discriminatoire relevé par le tribunal et tente de redresser les effets de la discrimination. La sentence est

un niveau d'engagement et d'adhésion vraiment admirable au principe du bon fonctionnement du système d'arbitrage international.

Les avantages de centralisation

Il vaut aussi la peine de se rappeler que les rédacteurs de la Loi type—que le Canada a été le premier pays à adopter—soulignent les avantages d'une telle centralisation et appuient fortement cette approche. Voici ce que le Commentaire analytique mentionne à l'article 6:

« Le fait de confier toutes ces fonctions liées à l'arbitrage à un tribunal donné devrait offrir les avantages suivants : il serait plus facile aux parties, notamment aux parties étrangères, d'identifier le tribunal compétent et d'obtenir des renseignements sur toutes caractéristiques pertinentes dudit « Tribunal » notamment sa jurisprudence. La spécialisation du Tribunal, à laquelle on peut s'attendre, aurait des incidences encore plus favorables sur le fonctionnement de l'arbitrage commercial international.

Bien que le mieux, pour obtenir ces deux avantages, soit de promouvoir au maximum la centralisation, la désignation d'un tribunal ne signifie pas nécessairement qu'il n'y aura qu'un seul tribunal dans chaque État. Les grands pays en particulier peuvent souhaiter désigner un type ou une catégorie de tribunaux, par exemple, tout tribunal de commerce, ou tout tri-

bunal d'arrondissement statuant selon la procédure commerciale.

Le Tribunal désigné ne doit pas nécessairement être un tribunal dans son entier ou une chambre dudit tribunal. Il peut s'agir par exemple du président du Tribunal ou du président d'une chambre, pour des fonctions de caractère plus administratif, et lorsqu'il faut avant tout agir vite et de manière définitive (voir par exemple les articles 11, 13 et 14). La mesure dans laquelle cet avantage se matérialisera dépend des dispositions de chaque État en matière d'organisation judiciaire ou de procédure, que ces dispositions soient déjà en vigueur ou qu'elles soient adoptées en même temps que la « présente Loi ». Il est suggéré qu'un État puisse même confier ces fonctions d'ordre administratif à un organisme n'appartenant pas au système judiciaire, par exemple, à une commission nationale d'arbitrage ou à une institution chargée de cas internationaux. »31

La prochaine étape

Pourquoi alors ne pas adopter un système similaire ici ? Pour différentes raisons, conférer à notre Cour d'appel une compétence de première instance et exclusive dans les matières liées à l'arbitrage ne serait probablement pas la meilleure façon de procéder. Mais pourquoi ne pas créer une chambre spécialisée de la Cour supérieure, ou dresser une liste spécialisée au sein de la présente Chambre

commerciale,32 comptant un groupe relativement restreint de juges qui entendraient toutes les causes concernant les arbitrages internationaux —qu'ils concernent l'application de la clause, la nomination des arbitres, les ordonnances de mesures provisoires, les contestations liées à la compétence, la révision des sentences ou la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères ? Nous pourrions même penser à aller un peu plus loin en centralisant devant une telle chambre tous les dossiers d'arbitrage —y compris ceux du Québec. Ce changement pourrait être fait rapidement et simplement, car une modification de la loi ne serait probablement pas nécessaire. Après tout, notre système judiciaire a déjà démontré une volonté de faire des efforts particuliers afin de promouvoir le recours à un mode extrajudiciaire de règlement des différends : il en a été ainsi quand on a décidé de mettre sur pied un système de médiation judiciaire, qui a eu un impact positif sur l'évolution de la médiation. La création d'une chambre spécialisée d'arbitrage est la prochaine étape logique. Nous pouvons être certains que cela enverrait un message extrêmement positif et nous pouvons être confiants, en nous appuyant sur les expériences française, suédoise et anglaise, que cela augmenterait considérablement la qualité de la contribution de nos tribunaux au bon fonctionnement du système d'arbitrage international, mais contribuerait aussi au développement de l'arbitrage international au Québec. 🚲

une évaluation quantitative du dommage causé à CEMSA par le comportement discriminatoire." [C'est nous qui accentuons.]

²² Canada c. S.D. Myers Inc., [2004] 3 F.C. 368 à la p. 395.

²³ Bayview Irrigation District # 11 c. Mexico, supra, note 17. Voir aussi: Ace Bermuda Insurance Ltd. c. Allianz Insurance Co. of Canada, 2005 ABQB 975; Xerox Canada Ltd. c. MPI Techologies Inc., [2006] O.J. No. 4895 (Ont. S.C.J.).

Philippe Leboulanger, note suivant la décision du 6 janvier 1987 de la Cour de Cassation dans Southern Pacific Properties c. République arabe d'Égypte, [1987] Rev. arb. 469 au par. 2; Pierre Mayer, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », (1989) 217 R.C.A.D.I. 319 pp. 355-356; Philippe Fouchard, note suivant la décision du 7 février 2002 de la Cour d'appel de Paris dans SA Alfac c. Société Irmac Importação, comércia e industria LTDa, [2002] Rev. arb. 417. Lew, Mistelis et Kröll écrivent que les décisions concernant la compétence sont « généralement ouvertes à une révision complète par les tribunaux. » (Julian D.M. lew, Loukas A. Mistelis et Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration (The Hague: Kluwer, 2003) p. 337 par. 14-28. En Angleterre, les dossiers confirment invariablement que les tribunaux ont plein pouvoir en matière d'examen de la compétence: Gulf Azov c. Baltic Shipping, [1999] 1 Lloyd's Rep. 68. Voir aussi: Astra SA Insurance and Reinsurance Co c. Sphere Drake Insurance Ltd., [2000] 2 Lloyd's Rep 550 (H.C.); Kalmneft JSC c. Glencore International AG, [2001] 2 All ER (Comm) 577 (H.C.); Electrosteel Castings Ltd c. Scan-Trans Shipping & Chartering Sdn Bhd, [2002] 2 All ER (Comm) 106 (H.C.); Peterson Farms Inc. c. C&M Farming Ltd., [2004] 1 Lloyd's Rep. 603 (H.C.); AMEC Civil Engineering Ltd. c. Secretary of State for Transport, [2004] EWHC 2339; Primetrade AG c. Ythan Ltd. (The "Ythan"), [2005] EWHC 2399.

Pour être juste, ils l'ont clairement fait dans certains dossiers; voir, par ex.: Compagnie Nationale Air France c. MBaye, [2003] J.Q. No. 2900 (Qué. C.A.); Achilles (USA) c. Plastics Dura Plastics (1977) Ltée/Ltd., [2006] J.Q. No. 13609 (Qué. C.A.).

Voir, par ex.: Librati c. Barka Co. Ltd., [2007] J.Q. No, 13828 (Qué. S.C.) (refusant d'appliquer une clause non suffisamment précise stipulant qu'une partie « peut demander que le différend soit soumis à l'arbitrage conformément aux lois de la province d'Ontario »); Josephson c. Twins 2 Investments Inc., [2007] J.Q. No. 9499 (Qué. S.C.) (décidant qu'un arbitre n'a pas la compétence pour statuer sur une réclamation fondée sur l'article 241 de la Loi canadienne sur les sociétés par actions, R.S.C. (1985), c. C-44 où la clause arbitrale prévoit que le contrat dans lequel il est inséré devrait être régi par les « lois de la province de Québec »).

Voir GreCon Dimter Inc. c. J.R. Normand Inc., [2004] J.Q. No. 173 (Qué. C.A.), décidant que Guns N' Roses Missouri Storm Inc. c. Productions Musicales Donald K. Donald, supra, note 15, était toujours applicable. La décision de la Cour d'appel a été infirmée par la Cour suprême: GreCon Dimter Inc. c. J.R. Normand Inc., supra, note 15.

Ekinciler Demir Ve Celik San, a.s. c. Bank of New York, [2007] J.Q. No. 3056 (Qué. S.C.).

²⁹ Smart Systems Technologies Inc. c. Domotique Secant Inc., [2008] Q.J. No. 1782 (Qué. C.A.)

³⁰ I-D Foods Corporation c. Hain-Celestial Group Inc., 2006 QSSC 3889.

³¹ CNUDCI, Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international – Rapport du Secrétaire général, A/CN/.9/264 p. 20.

³² Qui entend actuellement uniquement quelques—non pas toutes—les causes reliées à l'arbitrage; voir art. 78 des Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matières civiles, R.S.Q., c. C-26, a. 47.

Time Limitations for Recognition of International Arbitral Awards—Why 2 Years?

— James E. Redmond Q.C., FCIArb., Independent Arbitrator and Mediator, Edmonton, Alberta

A recent decision in the Alberta Court of Appeal has raised concerns among international arbitrators in Canada and elsewhere. In Yugraneft Corporation v. Rexx Management Corporation¹, the Court of Appeal upheld the dismissal by a Judge in Chambers of an application by Yugraneft for recognition and enforcement of an international commercial arbitration award on the ground that the application was brought more than two years from the date the award was made. Canadian courts have generally been very supportive of international commercial arbitration, but there are concerns that the Yugraneft decision will raise questions in the international arbitration community about the strength of Canada's commitment to international commercial arbitration, specifically, the enforcement of awards in Canada.

The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the "New York Convention" or the "Convention") has been of great benefit to international trade and commerce since its inception in 1958. Over 140 countries, including Canada, have become signatories to the Convention and the success of the Convention was widely hailed at a number of conferences and symposia held during 2008 to celebrate its 50th anniversary.

As a result of the wide-spread acceptance of the *Convention*, businesses around the world have available to them an effective and expeditious means of enforcing arbitral awards which has made arbitration a preferred method of resolving international commercial disputes. Parties from different countries can have their disputes resolved in a neutral forum and can have the decision of the arbitral tribunal recognized

and enforced in any country subscribing to the Convention. The subsequent issue, in 1985, of the Model Law on International Commercial Arbitration by UNCITRAL (the United Nations Commission on International Trade Law) made available to countries around the world a proposed form of international arbitration statute which they could enact to join together in an international regime for the conduct of international commercial arbitrations and the enforcement of arbitral awards. The Model Law included sections essentially repeating the provisions of the Convention for the recognition and enforcement of awards. It has been adopted verbatim, or in statutes incorporating its provisions, in all Canadian provinces and federally. In Alberta, the International Commercial Arbitration Act (the "ICAA")2 was enacted in 1986, and includes as schedules, incorporated into the Act, the Convention and the Model Law.

A key element in the success of the Convention and the Model Law is the fact that they are framed so as to limit the involvement of national courts in the conduct of international commercial arbitrations and the enforcement of awards. Both the Convention and the Model Law provide that where parties have agreed to submit their disputes to arbitration, if one party commences Court proceedings respecting the dispute, the Court shall, upon application by the opposing party, refer the parties to arbitration and stay the litigation. Likewise, while the successful party, must apply to the Court of the country where enforcement is sought to gain recognition and enforcement of an award, the Convention and the Model Law both provide that the Court shall order recognition and enforcement, unless the other party can furnish

proof of the existence of one or more of a very limited list of grounds for refusing recognition and enforcement. The grounds upon which the Court can refuse recognition and enforcement do not include any time limitation for the bringing of the application.

Facts in Yugraneft

In the *Yugraneft* case, Yugraneft applied to the Court of Queen's Bench of Alberta for recognition and enforcement of an Arbitral Award issued by the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation which allowed Yugraneft's claim for payment of \$952,614.43 USD. The application was brought about three and one-half years after the award was made. The application was dismissed, on the ground that there is a two-year limitation for such an application, under the Alberta *Limitations Act*.³

The provisions of the *Limitations Act* which the Court held imposed the two-year limitation read as follows:

Definitions

- 1. In this Act,
 - (i) "remedial Order" means a judgment or an order made by a court in a civil proceeding requiring a defendant to comply with a duty or to pay damages for the violation of a right, but excludes
 - (i) a declaration of rights and duties, legal relations or personal status,
 - (ii) the enforcement of a remedial order, ...



Limitation periods

- 3(1) Subject to section 11, if a claimant does not seek a remedial order within
- (a) 2 years after the date on which the claimant first knew, or in the circumstances ought to have known,
 - (i) that the injury for which the claimant seeks a remedial order has occurred,
 - (ii) that the injury was attributable to the conduct of the Defendant, and
 - (iii) that the injury, assuming liability on the part of the defendant, warrants bringing a proceeding.

or

(b) 10 years after the claim arose,

whichever period expires first, the defendant, on pleading this Act as a defence, is entitled to immunity from liability in respect of the claim.

The Chambers Judge concluded that in applying for recognition and enforcement of the Arbitral Award Yugraneft was seeking a "remedial Order", and that the twoyear limitation set out in section 3 of the Limitations Act applied. As described by the Chambers Judge in his decision, Yugraneft's argument on this point centred on the submission that there were two parts to the process - recognition and enforcement, and that the application for recognition was akin to a proceeding for a declaration of rights and duties and therefore was excluded from the definition of a "remedial Order". The argument was that once the Court made a declaratory order for recognition, that order should be seen as the equivalent of a "judgment or order for the payment of money" for the enforcement of which the limitation was 10 years, under section 11 of the Limitations Act which reads:

11. If, within 10 years after the claim arose, a claimant does not seek a remedial order in respect of a claim based on a judgment or order for the payment

of money, the defendant on pleading this Act as a defence, is entitled to immunity from liability in respect of the claim.

That argument was rejected by the Chambers Judge.

The Court of Appeal upheld the decision of the Chambers Judge, and in doing so appears to have implicitly accepted his construction of sections 1, 3 and 11 of the Limitations Act, without going through the full exercise of construing these provisions.

Grounds for Questioning the Decision

There appear to be grounds to question the interpretation given to these sections by the Chambers Judge and the Court of Appeal. If one looks at the substance of the process being followed in an application for recognition and enforcement of an award, the step of deliberating and arriving at a decision as to the merits of the applicant's claim for damages has already been carried out by the arbitral tribunal, and an Order granting the remedy has already been made. The application for "recognition and enforcement" of the award does not ask the Court to decide the dispute and grant a remedy, but to provide assistance in collecting the award pursuant to an international convention. In this case, the Convention and the Model Law, which repeats the Convention's provisions for recognition and enforcement, have been made part of the domestic law of Alberta.

The words defining "remedial Order" in section 1 are not particularly apt to describe what is happening on the application for recognition and enforcement. In one sense, perhaps the Court is being asked to make "a judgment or an order ... in a civil proceeding requiring a defendant to comply with a duty or to pay damages for the violation of a right", but in reality, the decision requiring compliance with a duty or ordering payment of damages has already been made by the arbitral tribunal. The application to the Court for recognition and enforcement is in effect asking the Court to carry out the essentially mechanical act of directing that the award be accepted for recognition in Alberta, which the Court

may reject only in very limited circumstances, none of which involve a decision on the merits as to whether the tribunal was right or wrong to award the remedy which it granted.

Both the Chambers Judge and the Court of Appeal found a further basis for application of the two-year limitation, relying on principles which have been applied in a number of Canadian cases to the enforcement of foreign judgments. These cases have concluded that, because the way a foreign judgment is enforced (absent reciprocal enforcement legislation) is by suing on the foreign judgment to obtain a domestic judgment, an action to enforce a foreign judgment is to be treated as an action upon a contract debt, for which the limitation of action is two years. They relied upon the decision of the Ontario Court of Appeal in Lax v. Lax4, which declined to follow two recent decisions in lower Courts⁵ holding that foreign judgments should be treated as domestic judgments rather than as debts, giving them "full faith and credit" as advocated by the Supreme Court in Morguard Investments Ltd. v. DeSavoye⁶ and Beals v. Saldanha.⁷

The Chambers Judge began his review of the principles relating to the enforcement of foreign judgments in responding to the argument of Yugraneft that section 11 of the *Limitations Act* should apply since the nature of the proceeding was enforcement of the award. He reasoned that because, as he concluded, the limitation period for enforcement of a foreign judgment was two years, that limitation should also apply to enforcement of an international arbitral award. In its decision, the Court of Appeal affirmed the conclusions of the Chambers Judge concerning the application of the principles for the enforcement of foreign judgments, but without any real explanation as to why those principles should have any application to international commercial arbitral awards.

Part of the rationale of the Chambers Judge for applying the rules for enforcement of foreign judgments to international commercial arbitral awards was that "... as there are no guidelines within the *Model Law* or *ICAA* with respect to limitation

periods, I find that I must look elsewhere to determine the applicable limitation period. I am not persuaded that it follows that there is no applicable limitation period when it comes to foreign arbitration awards."

Indeed, there is no limitation period specified in the ICAA, the Model Law or the Convention for bringing an application for recognition and enforcement of an international commercial arbitration award. The right to apply for recognition and enforcement arises because it has been provided for by statute - the ICAA, incorporating the Convention and the Model Law. The statute provides, a special process for recognition and enforcement of international commercial arbitral awards. It requires the Court to recognize and enforce such awards except for some limited exceptions. It contains no provision authorizing the Court to refuse to recognize and enforce an award on the basis that the application was made beyond a certain time limit.

Reasons Against a Limitation Period

The current Alberta Arbitration Act, which governs domestic arbitrations, and the

ICAA were enacted by the Alberta Legislature on the same day in 1986. The domestic Act specifies a two-year limitation period for an application to enforce an award. The implicit assumption of the Chambers Judge that the framers of the Model Law and/or the Alberta Legislature merely overlooked the limitation issue in the international arbitration statute, fails to recognize that there are reasons why a limitation period, or in particular a short limitation period, should not be imposed on the recognition and enforcement of foreign awards. The reasons why limitations are important in litigation don't apply to the enforcement of international arbitral awards. The requirement for prompt commencement of legal actions, namely to avoid loss of evidence, loss of witnesses, the fading of witness's memories, and the surfacing of unknown claims long after the event, don't exist where the claim has come forward and been dealt with by the arbitrators and what is being sought is simply registration of that award. The existence of the award will be known by all parties, and if any party wishes to challenge the award, proceedings to have the award annulled or set aside can be taken

at the place of arbitration while the issues and the evidence are still fresh. The successful party is entitled to enforce the award in any "Convention" jurisdiction around the world, and may have made unsuccessful attempts to do so in other countries before coming to Canada. Or the party may not have learned if or where the unsuccessful party has assets around the world until years after the award was made. A short limitation period negates much of the value of the right to enforce the award in multiple jurisdictions around the world.

Legislative Amendments Required

The present *Limitations Act* is a uniform statute enacted in Alberta after the International Commercial Arbitration Act made the Convention and the Model Law part of the law of Alberta and established the regime for the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. It seems questionable whether the drafters would really have intended the two-year limitation period to apply to international commercial arbitration awards. The best solution to the problem raised by the Yugraneft case would be to make appropriate amendments to the Limitations Act or the International Commercial Arbitration Act. It is to be hoped that prompt legislative action will be taken to address this issue. ...

1 2008 ABCA 274

- ² RSA 2000, c. I-5
- 3 RSA 2000, c. L-12
- 4 (2004), 70 O.R. (3d) 520
- Girsberger v. Kresz (2000), 47 O.R. (3d) 145 (Sup. Ct); Banque Nationale de Paris (Canada) v. Opiola, 2000 ABQB 191, 263 A.R. 157
- [1990] 3 S.C.R. 1077
- ⁷ 2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416

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



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

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

- Identification comme leader en RED
- 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 RED
- Conférences et événements régionaux et nationaux

Limite de temps pour la reconnaissance des sentences arbitrales internationales - pourquoi 2 ans ?

— James E. Redmond Q.C., FCIArb., arbitre et médiateur indépendant, Edmonton (Alberta.)

Une décision récente de la Cour d'appel de l'Alberta a soulevé des interrogations chez les arbitres internationaux, au Canada et ailleurs. Dans l'affaire Yugraneft Corporation c. Rexx Management Corporation¹, la Cour d'appel a confirmé le rejet par un juge siégeant en chambre d'une requête de Yugranest en reconnaissance et exécution d'une sentence d'arbitrage commercial international au motif que la requête a été présentée plus de deux ans après la date du prononcé de la sentence. Les tribunaux canadiens ont en général bien soutenu le système d'arbitrage commercial international, mais on s'inquiète que la décision Yugraneft ne soulève des interrogations dans la communauté internationale d'arbitrage sur la vigueur de l'engagement du Canada envers le système d'arbitrage commercial international, tout spécialement en ce qui concerne l'exécution des sentences au Canada.

La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères des Nations-Unies (la « Convention de New York » ou la « Convention ») a bien servi le commerce international depuis sa mise en vigueur en 1958. Plus de 140 pays, y compris le Canada, ont signé la Convention et son succès a été largement salué dans un grand nombre de conférences et de symposiums tenus au cours de l'année 2008 pour célébrer son 50ième anniversaire.

Grâce au consensus recueilli par la *Convention*, les entreprises partout dans le monde disposent de moyens efficaces et expéditifs pour exécuter les sentences arbitrales, ce qui rend l'arbitrage la méthode préférée de règlement de différends commerciaux internationaux. Les parties venant de différents pays peuvent régler leurs différends devant un tribunal neutre et peuvent faire reconnaître et exécuter la décision du tribunal arbitral dans tout pays signataire de la *Convention*. L'adoption ultérieure, en 1985, de *la Loi type sur l'arbitrage commercial international* par la *CNUDCI* (la Commission des

Nations Unies pour le droit commercial international) a mis à la disposition des pays de toutes les régions une formule de loi en matière d'arbitrage international qu'ils peuvent adopter à leur tour dans le but de conjuguer leurs efforts pour constituer un régime de procédure spécial pour l'arbitrage commercial international et l'exécution des sentences arbitrales. La Loi type comprend des articles qui reproduisent essentiellement les dispositions de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences. La Loi type a été adoptée mot à mot, ou ses dispositions ont été incorporées dans les lois, dans toutes les provinces canadiennes et au niveau fédéral. En Alberta, l'International Commercial Arbitration Act (« ICAA »)2 a été adoptée en 1986, et inclut en annexes, faisant partie de la Loi, la Convention et la Loi type.

Un élément clé du succès de la Convention et de la Loi type est le fait qu'elles sont rédigées de manière à limiter l'intervention des tribunaux nationaux dans la tenue d'arbitrages commerciaux internationaux et l'exécution des sentences. La Convention aussi bien que la Loi type prévoient que lorsque les parties ont accepté de soumettre leurs différends à l'arbitrage, si une partie entreprend une procédure judiciaire concernant le différend, le tribunal devra, sur demande de l'autre partie, renvoyer les parties à l'arbitrage et suspendre la procédure. De même, alors que la partie qui obtient gain de cause doit s'adresser au tribunal du pays où l'exécution est recherchée pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence, la Convention et la Loi type prévoient toutes les deux que le Tribunal devra ordonner la reconnaissance et l'exécution, à moins que l'autre partie ne puisse fournir la preuve de l'existence d'un ou de plusieurs cas, parmi un groupe restreint de cas, donnant lieu à une exclusion de la reconnaissance et de l'exécution. Les motifs en vertu desquels le Tribunal peut refuser la reconnaissance et l'exécution ne comprennent pas le délai de prescription pour présenter la demande.

Les faits au sujet de l'affaire Yugraneft

Dans l'affaire Yugraneft, Yugraneft a présenté une demande devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta pour la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale prononcée par le Tribunal d'arbitrage commercial international de la Chambre de commerce et de l'industrie de Russie qui accueillait la demande de Yugraneft du paiement de 952 614,43 \$ US. La demande a été présentée environ trois ans et demi après que la sentence ait été rendue. La demande a été rejetée au motif qu'il existe un délai de deux ans pour présenter une telle demande, en vertu de la Limitations Act (Loi sur la prescription) de l'Alberta.3

Les dispositions de la *Limitations Act* qui établissent une prescription de deux ans et qui ont été retenues par le Tribunal se lisent comme suit :

Définitions

- 1. Dans la présente Loi,
 - (i) « Ordonnance de mesures correctives» signifie un jugement ou une ordonnance rendu par un tribunal dans une instance civile exigeant que le défendeur respecte une obligation ou paye des dommages-intérêts pour la violation d'un droit, mais exclut
 - (i) une déclaration de droits et d'obligations, de relations juridiques ou d'état civil,
 - (ii) l'exécution d'une ordonnance de mesures correctives, ...

Délais de prescription

- 3(1) Sous réserve de l'article 11, si un demandeur ne demande pas une ordonnance de mesures correctives
- (a) deux ans après la date à laquelle le demandeur savait, ou dans les circonstances aurait dû savoir,

(i) que le préjudice pour lequel le demandeur demande une ordonnance de mesures correctives a eu lieu.

- (ii) que le préjudice était attribuable à la conduite du défendeur et
- (iii) que le préjudice, dans l'hypothèse d'une responsabilité de la part du défendeur, justifie l'introduction d'une instance.

ou

(b) 10 ans après la naissance du droit d'action, selon la plus courte de ces deux périodes, le défendeur en invoquant la présente Loi en défense a le droit d'être tenu indemne de toute responsabilité à l'égard de la demande.

Le juge en chambre a conclu qu'en demandant la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, Yugraneft cherchait une « ordonnance de mesures correctives » et que le délai de deux ans établi à l'article 3 de la Limitations Act s'appliquait. Comme le juge en chambre l'a indiqué dans sa décision, l'argument de Yugraneft sur ce point était centré sur l'allégation que le processus comprenait deux parties - la reconnaissance et l'exécution, et que la demande en reconnaissance s'apparentait à une procédure de déclaration de droits et d'obligations et ainsi était exclue de la définition d'une « ordonnance de mesures correctives ». L'argument était à l'effet qu'une fois que le Tribunal rendait un jugement déclaratoire de reconnaissance, cette ordonnance devrait être considérée comme l'équivalent d'un « jugement ou une ordonnance pour le paiement d'une somme d'argent » dont l'exécution se prescrit par dix ans, en vertu de l'article 11 de la *Limitations Act* qui se lit ainsi :

11. Si, dans les dix ans après la naissance du droit d'action, un demandeur ne demande pas une ordonnance de mesures correctives à l'égard de la demande fondée sur un jugement ou une ordonnance de paiement d'une somme d'argent, le défendeur, en invoquant la présente Loi en défense, a le droit d'être tenu indemne de toute responsabilité à l'égard de la demande.

Cet argument a été rejeté par le juge en chambre.

La Cour d'appel a confirmé la décision du juge en chambre, et ce faisant, semble avoir implicitement accepté son interprétation des articles 1, 3 et 11 de la *Limitations Act*, sans interpréter elle-même ces dispositions.

Les motifs de remettre en question la décision

Il semble qu'il y ait des motifs de remettre en question l'interprétation donnée à ces articles par le juge en chambre et par la Cour d'appel. Si l'on regarde le fond du processus qui est suivi dans une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence, l'étape de la délibération et de la décision quant au bien-fondé de la demande en dommages-intérêts du demandeur a déjà été franchie par le tribunal arbitral, et une ordonnance accueillant le recours a déjà été rendue. La demande de « reconnaissance et d'exécution » d'une sentence ne demande pas au Tribunal de trancher le différend et de décider du recours, mais de fournir une assistance relativement au recouvrement de la sentence en vertu d'une convention internationale. Dans cette affaire, la Convention et la Loi type, qui réitèrent les dispositions de la Convention en matière de reconnaissance d'exécution, ont été intégrées à la loi propre de l'Alberta.

Les mots définissant « ordonnance de mesures correctives » à l'article 1 ne sont pas particulièrement adéquats pour décrire ce qui arrive lors d'une demande de reconnaissance et d'exécution. Dans un sens, peut-être demande-t-on au Tribunal de prononcer un « jugement ou une ordonnance... dans une instance civile qui demande à un défendeur de respecter une obligation ou de payer les dommagesintérêts en violation d'un droit », mais en fait, la décision exigeant le respect d'une obligation ou le paiement en dommagesintérêts a déjà été rendue par le tribunal arbitral. La requête au Tribunal en reconnaissance et exécution demande en effet au Tribunal de procéder à une action essentiellement automatique d'ordonner que la sentence soit acceptée en reconnaissance en Alberta, ce que le Tribunal ne peut rejeter que dans des circonstances très limitées, aucune d'elle ne donnant lieu à une décision sur le bien-fondé, à savoir si le tribunal avait raison ou tort d'accorder le recours ainsi qu'il l'a fait.

Le juge en chambre ainsi que la Cour d'appel ont trouvé un autre motif pour appliquer le délai de prescription de deux ans, en se basant sur des principes qui ont été appliqués dans plusieurs causes canadiennes d'exécution de jugements étrangers. Dans ces causes, on a conclu que, en raison de la façon dont un jugement étranger est exécuté (en l'absence de législation réciproque en matière d'exécution) en entamant une procédure fondée sur le jugement étranger pour obtenir un jugement exécutoire, une action pour exécuter un jugement étranger doit être traité comme une poursuite en vertu d'une obligation contractuelle, pour laquelle le délai de prescription est de deux ans. Ils invoquent la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans Lax c. Lax⁴, qui a refusée de suivre deux décisions récentes rendues dans des tribunaux inférieurs5 statuant que les jugements étrangers doivent être traités comme des jugements exécutoires plutôt que des dettes, leur donnant « la reconnaissance totale », comme le préconise la Cour suprême dans Morguard Investments Ltd. c. DeSavoye⁶ et Beals c. Saldanha.7

Le juge en chambre a commencé son examen des principes liés à l'exécution des jugements étrangers en répondant à l'argument de Yugranest à l'effet que l'article 11 de la Limitations Act devrait s'appliquer puisque la nature de la procédure était l'exécution de la sentence. Il a soutenu dans sa conclusion que, parce que le délai de prescription pour l'exécution d'un jugement étranger était de deux ans, cette limite devait aussi s'appliquer à l'exécution d'une sentence arbitrale internationale. Dans sa décision, la Cour d'appel a confirmé les conclusions du juge en chambre concernant l'application des principes d'exécution des jugements étrangers, mais sans donner de véritables explications sur les raisons pour lesquelles ces principes devraient s'appliquer de quelque façon aux sentences d'arbitrage commercial international.

Une partie de la justification du juge en chambre d'appliquer les règles d'exécution des jugements étrangers aux sentences d'arbitrage commercial international était que « ... étant donné qu'il n'y a pas de directives dans la Loi type ou l'ICAA en regard des délais de prescription, je pense que je dois regarder ailleurs pour déterminer le délai de prescription applicable. Je ne suis pas persuadé qu'il s'ensuit qu'il n'y a pas de délai de prescription applicable quand il s'agit d'une sentence d'arbitrage étrangère ».

En réalité, il n'y a pas de délai de prescription spécifié dans l'ICAA, dans la Loi type ou dans la Convention pour présenter une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence d'arbitrage commercial international. Le droit de présenter une demande de reconnaissance et d'exécution existe parce qu'il a été prévu par la loi l'ICAA, intégrant la Convention et la Loi type. La loi prévoit un processus spécial de reconnaissance et d'exécution des sentences d'arbitrage commercial international. Elle stipule que le Tribunal doit reconnaître et exécuter de telles sentences sauf dans le cas de certaines exceptions limitées. Elle ne contient aucune disposition autorisant le Tribunal à refuser de reconnaître et d'exécuter une sentence en se fondant sur le fait que la demande a été faite au-delà d'une certaine limite de temps.

Les raisons contre un délai de prescription

La loi actuelle de l'Alberta, l'Arbitration Act, qui régit les arbitrages albertains et l'ICAA ont été adoptées par la législature de l'Alberta le même jour en 1986. La Loi albertaine spécifie un délai de prescription de deux ans pour une demande d'exécution d'une sentence. Le postulat implicite du juge en chambre à l'effet que les rédacteurs de la Loi type et/ou de la législature de l'Alberta ont simplement fermé les yeux sur la question de la prescription dans la loi sur l'arbitrage commercial international, méconnaît le fait qu'il y a des raisons pour lesquelles un délai de prescription, ou en particulier un bref délai de prescription, ne devrait pas être imposé en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères. Les raisons pour lesquelles les délais sont importants en litige ne s'appliquent pas à l'exécution des sentences d'arbitrage international. L'exigence d'entamer rapidement une poursuite, à savoir éviter la perte d'éléments de preuve, la perte de témoins, l'effacement des souvenirs des témoins et l'apparition de demandes inconnues longtemps après l'événement, n'existe pas lorsque la demande a été présentée et a été traitée par des arbitres et le but recherché est simplement l'enregistrement de cette sentence. L'existence de la sentence sera connue par toutes les parties, et si une partie désire contester la sentence, des procédures pour annuler ou casser la sentence peuvent être prises à l'endroit où l'arbitrage a eu lieu pendant que les questions et les preuves

sont encore récentes. La partie qui obtient gain de cause a le droit d'exécuter la sentence dans tous les pays partout au monde qui ont adhéré à la Convention, même si elle a fait des tentatives infructueuses dans ce but dans d'autres pays avant de venir au Canada. La partie peut aussi ne pas avoir appris que des années après que la sentence a été prononcée que la partie perdante avait des actifs ailleurs dans le monde. Un délai de prescription bref diminue l'importance du droit d'exécuter la sentence dans plusieurs juridictions dans le monde.

Les amendements législatifs sont nécessaires

La présente loi, Limitations Act, est une loi uniforme adoptée en Alberta après que l'International Commercial Arbitration Act ait intégré à la législation albertaine la Convention et la Loi type et établit le régime de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères. On peut se demander si les rédacteurs ont vraiment voulu appliquer le délai de prescription de deux ans aux sentences d'arbitrage international. La meilleure solution au problème soulevé par l'affaire Yugraneft serait de procéder à des amendements appropriés à la Limitations Act ou à l'International Commercial Arbitration Act. Il faut espérer qu'une rapide intervention législative aura lieu afin de régler ce problème.

- 2008 ABCA 274
- RSA 2000, c. I-5
- RSA 2000, c. L-12
- (2004), 70 O.R. (3d) 520
- Girsberger c. Kresz (2000), 47 O.R. (3d) 145 (Sup. Ct); Banque Nationale de Paris (Canada) c. Opiola, 2000 ABQB 191 263 A R 157
- [1990] 3 S.C.R. 1077
- 2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416

Conférence annuelle de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation



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

La conférence annuelle de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation, 22-23 octobre, Hilton Lac Leamy, Gatineau, Québec

Du 22 au 23 octobre 2009, les praticiens et utilisateurs de services d'arbitrage et de médiation se réuniront au Hilton du Lac Leamy, Gatineau, Québec afin d'entendre des orateurs et des experts du domaine échanger sur les derniers développements en arbitrage et médiation, poser les questions cruciales à propos de leurs grandes préoccupations et réseauter avec des experts et des collègues.

> Pour toute information au sujet de la conférence, veuillez entrer en contact avec Janet au: 416-487-4447

Amiable Composition: Have You Provided Your Amiable Compositeur With the Necessary Tools?

Introduction

Parties to international agreements have been traditionally reluctant resorting to ex aequo et bono - or amiable composition - in resolving their differences. The concept of ex aequo et bono is often negatively depicted on the premise that an adjudicator, in deciding according to what is "fair" and "good" acts outside of the law or, more pejoratively, acts notwithstanding the law.

Growing international investment disputes have however shed a more favorable light on arbitral tribunals deciding ex aequo et bono. Parties are increasingly faced with no law in the applicable field or, if any, both parties mistrust the law or its application to their particular dispute. Coupled to this is the recognition that the expertise of international adjudicators may outweigh reliance on inapplicable law, and that resorts to conceptions of fairness to disputing parties may be considered preferable to a strict application of a given set of rules. In addition, there seems to be a growing interest in the expeditious resolution of disputes. Finally, parties engaged in long-term party relationships may be interested in resolving their disputes by amiable composition or ex aequo et bono in order to maintain those relationships¹.

But what is the discretion of an *amiable compositeur*? Is he really entitled to decide *notwithstanding* the law?

The Quebec Court of Appeal has recently examined and delineated the powers of an arbitrator having the mandate to decide a



— Josiane Brault, Associate, Borden Ladner Gervais. Montreal



—Simon Grégoire, Partner, Borden Ladner Gervais, Montreal

dispute as an *amiable compositeur* in *Coderre c. Coderre*². Considering that this decision is based on a provision of the Quebec Law which has been highly inspired by The *Model Law* of the *United Nations Commission on International Law* ("UNCITRAL") and that there is limited evidence of adjudication that relies extensively on the UNCITRAL Model Law of ex aequo et bono decision-making, the Coderre's decision will be of interest in the ADR community.

The UNCITRAL and Quebec Rules on Amiable Composition

The original version of article 28 of the UNCITRAL Model Law states:

(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive

law of that State and not to its conflict of laws rules.

- (2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.
- (3) The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so.
- (4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction³. (our emphasis)

Article 944.10 of the Quebec Code of Civil Procedure, which is not a stipulation of public order, states:

The arbitrators shall settle the dispute according to the rules of law which they consider appropriate and, where applicable, determine the amount of the damages.

They cannot act as amiables compositeurs except with the prior concurrence of the parties.

They shall in all cases decide according to the stipulations of the contract and take account of applicable usage⁴. (our emphasis)

The Facts of the Coderre Case

The parties, both of whom operate in the field of road transport, concluded a settlement agreement in 1998. The settlement agreement included an arbitration clause giving the arbitrator the power to act as amiable compositeur. Under the terms of the settlement, Groupe Denis was supposed to pay Groupe Roger a certain amount according to a formula agreed upon by their accountants. Subsequent to the agreement, Groupe Denis failed to make its payments to Groupe Roger and, therefore, Groupe Roger commenced the arbitration.

The arbitrator concluded that the terms of the settlement led to an inequitable result. In order to give effect to what he found to be the parties' original intentions, rather than the strict terms of the contract, the arbitrator rendered a decision in which he modified the accounting formula by striking out two dispositions. According to him, he was not contravening the third paragraph of article 944.10 C.C.P. His decision did not ignore the stipulations of the contract between the parties, but rather gave effect to their will and intention.

Groupe Denis applied to the Quebec Superior Court to have the award annulled. The Superior Court concluded that the arbitrator exceeded his powers by striking out stipulations from the settlement agreement. He was allowed by the parties to act as *amiable compositeur*, but did not have the power to overrule the settlement. Groupe Roger then appealed the decision to the Quebec Court of Appeal.

The Central Issue Before the Court of Appeal

Justice Bich presents the central issue as follows (see translation in footnote):

La différence entre l'arbitre « ordinaire » et l'arbitre-amiable compositeur réside donc principalement dans le fait que le premier est tenu d'appliquer les règles de droit, au premier chef desquelles « la loi positive étatique », pour reprendre l'expression du professeur Brierley, que cette loi soit impérative ou supplétive,

alors que le second, qui est tenu par les règles d'ordre public, incluant les règles de justice naturelle, peut, au nom de l'équité, moduler l'application des règles supplétives ou peut-être même les écarter en décidant de manière « conforme aux principes généraux du droit », pour paraphraser le professeur Antaki. Cela le dispense-t-il du coup de l'obligation de respecter la loi contractuelle, c'est-à-dire les stipulations du contrat qui fait l'objet du différend⁵? (our emphasis)

Justice Bich Subsequently Narrowed the Issue by Asking:

Cela dit, il faut encore répondre à la question de savoir si l'obligation faite à l'amiable compositeur de « décider conformément aux stipulations du contrat » (tenant par ailleurs compte des usages, qui ne sont pas en cause ici) l'empêche de remodeler le contrat de façon à respecter l'esprit des stipulations en question, plutôt que leur lettre⁶.

In other words, the question remains as to whether or not the amiable compositeur's *obligation* to "decide in accordance with the terms of the contract" prohibits him from modifying the contract in such a manner as to have the intent of the parties prevail over the letter of the contract.

The appellant, Groupe Roger, defended the thesis that "the terms of the contract" at Article 944.10 CCP refers only to the terms of the arbitration agreement and not to the terms of the contract which is the subject of dispute. He also relied on more general argument presented by Professor Antaki who advocates that the very nature of the amiable composition is to allow an equitable solution of a dispute. Tying the amiable compositeur to the strict terms of the contract goes against the fundamental nature of amiable composition. It is essential to allow the amiable compositeur to set aside obligations that have become inequitable.

The respondent, Groupe Denis, argued rather that the third paragraph of Article 944.10 CCP does not refer to the "arbitration agreement", but to the "contract" and

there is no error of terminology in the use of this word by the legislator.

Decision of the Quebec Court of Appeal

The Court of Appeal confirmed the Superior Court's decision cancelling the arbitral awards on the basis that the arbitrator exceeded his powers because the parties did not give him the power to modify the settlement. Justice Bich therefore retained the argument of the respondent and rejected the argument that the *amiable composition* clause contains a tacit renunciation to the strict application of the contract.

In its decision, the Court of Appeal set out the boundaries between the role of an ordinary arbitrator who must follow the rule of law and an *amiable compositeur* who is invited to exercise his discretion in resolving a dispute.

However, the Court of Appeal found that the discretion of an amiable compositeur is not absolute and the latter must respect the rules of public order, including the principles of natural justice. It held that the third paragraph of article 944.10 C.C.P. was applicable to an arbitrator acting as amiable compositeur because the use of the terms "in all cases" and "they" were relevant and included both types of arbitrator. In order to render the third paragraph effective, the arbitrator as amiable compositeur had the obligation to respect the strict terms and conditions of the contract agreed to by the parties. Although the obligation has to be interpreted with sufficient flexibility to permit the arbitrator to achieve his mandate, it is clear that he cannot remove or rewrite certain stipulations of a contract unless the parties have explicitly authorized him to do so.

Conclusion

Even if amiable composition is criticized by its opponents for its unpredictability, uncertainty and the subjective imposition of equity by the arbitrator, there are some advantages to it. The recent decision rendered by the Quebec Court of Appeal sheds an interesting light on the power of the arbitrator acting as amiable compositeur. It is now clear the flexibility of the amiable compositeur is delimited by

the arbitration agreement set out by the parties.

When drafting their arbitration agreement, parties wishing to endow an arbitrator with the capacity to act as *amiable compositeur* and having in mind that the arbitrator will hence be able to modify their contractual obligations to prevent disputes from escalating, should be aware that this may be

problematic if the arbitration agreement is not properly drafted. In light of the Coderre's decision, parties would be well advised to specifically grant this power to the *amiable compositeur*.

Ms. Brault, admitted to the Québec Bar, 2008. Graduate of the Université du Québec à Montréal, Bachelor of Civil Law. (B.C.L.) Bachelor in International Relations and International Law from the Université du Québec à Montréal.

Simon Grégoire, admitted to the Québec Bar, 1988. Graduate, McGill University Law School in Civil Law (B.C.L.) and Common Law (LL.B.). Masters in International Business Transactions (LL.M.) from the University of London (LSE and UCL) in 1989.

Amiable composition : avez-vous fourni les outils nécessaires à votre amiable compositeur ?

- Josiane Brault, associée, Borden Ladner Gervais à Montréal
- Simon Grégoire, partenaire, Borden Ladner Gervais à Montréal

Introduction

Les parties à des accords internationaux hésitent habituellement à recourir à l'amiable composition pour résoudre leurs différends. En effet, l'amiable composition a souvent une connotation négative, la prémisse étant que l'arbitre qui tranche en fonction de ce qui est « équitable » et « bon » ne décide pas selon le droit ou, pire encore, sans même en tenir compte.

Toutefois, à la lumière du nombre croissant de différends en matière d'investissement international, les décisions des tribunaux arbitraux qui sont fondées sur le principe ex æquo et bono sont vues sous un jour plus favorable. De plus en plus, les parties se trouvent dans des situations où aucune loi ne régit le différend ou alors, s'il en est, elles estiment que la loi ou son application comporteraient des risques. L'expertise des arbitres internationaux inspire parfois plus confiance que l'application des règles de droit et on privilégie les principes d'équité reconnus par les parties au différend plutôt que l'application stricte d'une série de règles. Il semble aussi qu'il y ait un intérêt grandissant à l'égard des procédures expéditives de résolution des conflits; enfin, dans le cas d'une relation à long terme, les parties peuvent souhaiter résoudre leurs différends par l'amiable composition pour fidéliser leurs partenaires¹.

Mais quel est le pouvoir discrétionnaire de l'amiable compositeur? Est-il vraiment habilité à trancher sans tenir compte du droit?

Dans la décision Coderre c. Coderre², la Cour d'appel du Québec vient d'étudier et de circonscrire les pouvoirs de l'arbitre qui a le mandat de trancher un différend à titre d'amiable compositeur. Cette décision s'appuie sur une disposition d'une loi du Québec qui s'inspire fortement de la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (« CNUDCI »). Comme il y a peu d'exemples de décisions arbitrales qui traitent des dispositions de la loi type

de la CNUDCI relative aux décisions fondées sur le principe *ex aequo et bono*, la décision *Coderre* suscitera donc l'intérêt de toute personne qui considère un mode alternatif de règlement des conflits (MARC).

Les règles du Québec et de la CNUDCI à l'égard de l'amiable composition

La version originale de l'article 28 de la loi type de la CNUDCI se lit comme suit :

- 1) Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un Etat donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet Etat et non ses règles de conflit de lois.
- 2) À défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral appli-

Trakman, L. «Ex Aequo et Bono: De-mystifying an Ancient Concept « [2007] UNSWLRS 39.

² 2008 QCCA 888 (CanLII).

³ Rule 28 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

⁴ Art. 944.10 C.C.P.

Supra note 2, par. 66. The difference between an arbitrator and an amiable compositeur lies principally in the fact that the former is bound to apply the rules of law, first and foremost of which is the « state positive law «, to use Professor Brierley's terminology, whether this law be imperative or suppletive, while the latter (amiable compositeur), who is bound by the rules of public or-

der, including the rules of natural justice, may, for the sake of fairness, adopt the application of the rules, perhaps even ignore them in adjudicating "in accordance with the general principles of law", to paraphrase Dr. Antaki. Does this ipso facto relieve the amiable compositeur of his obligation to respect the terms of the contract, the law of the parties, that is to say the provisions of the contract that are the subject of the present dispute? [Our translation].

⁶ Supra note 2, par. 93. However, the question remains as to whether or not the amiable compositeur's obligation to "decide in accordance with the terms of the contract" (which must also take into account usage, which is not at issue here) prohibits him from modifying the contract in such a manner as to respect the spirit, rather than the letter of the contract in question. [Our Translation]

que la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.

- 3) Le tribunal arbitral statue ex aequo et bono ou en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé.
- 4) Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction.³

L'article 944.10 du Code de procédure civile du Québec, qui n'est pas une disposition d'ordre public, énonce ce qui suit :

Les arbitres tranchent le différend conformément aux règles de droit qu'ils estiment appropriées et, s'il y a lieu, déterminent les dommages-intérêts.

Ils ne peuvent agir en qualité d'amiables compositeurs que si les parties en ont convenu.

Dans tous les cas, ils décident conformément aux stipulations du contrat et tiennent compte des usages applicables.⁴ (C'est nous qui accentuons)

Les faits dans l'affaire Coderre

Les parties, qui œuvrent toutes deux dans le domaine du transport routier, ont conclu une entente à l'amiable en 1998. L'entente comprenait une clause d'arbitrage habilitant un arbitre à agir à titre d'amiable compositeur. Suivant les modalités de l'entente, Groupe Denis était censé verser au Groupe Roger un certain montant conformément à une formule dont les comptables des parties avaient convenu. Suite à la conclusion de l'entente, Groupe Denis a omis d'effectuer les paiements au Groupe Roger et, par conséquent, Groupe Roger a soumis le différend à l'arbitrage.

L'arbitre a conclu que les modalités de l'entente entraînaient des résultats inéquitables. Afin de traduire dans les faits ce qu'il estimait être l'intention originale

des parties, et non seulement les modalités strictes du contrat, l'arbitre a rendu une décision dans laquelle il modifie la formule comptable en supprimant deux de ces dispositions. Selon lui, il n'enfreignait pas le troisième paragraphe de l'article 944.10 du Code de procédure civile. Sa décision tenait compte des stipulations du contrat conclu entre les parties, tout en traduisant dans les faits leur véritable intention. Groupe Denis a présenté une demande à la Cour supérieure du Québec pour qu'elle annule le jugement arbitral. La Cour supérieure a conclu que l'arbitre avait outrepassé ses pouvoirs en supprimant certaines dispositions de l'entente. Les parties avaient accepté que l'arbitre agisse à titre d'amiable compositeur, mais celui-ci n'avait pas le pouvoir de modifier les modalités de l'entente. Groupe Roger a alors interjeté appel auprès de la Cour d'appel du Québec.

La question centrale qui doit être tranchée par la Cour d'appel

Madame la juge Bich résume ainsi la question centrale à trancher :

La différence entre l'arbitre « ordinaire » et l'arbitre-amiable compositeur réside doncprincipalement dans le fait que le premier est tenu d'appliquer les règles de droit, au premier chef desquelles « la loi positive étatique », pour reprendre l'expression du professeur Brierley, que cette loi soit impérative ou supplétive, alors que le second, qui est tenu par les règles d'ordre public, incluant les règles de justice naturelle, peut, au nom de l'équité, moduler l'application des règles supplétives ou peut-être même les écarter en décidant de manière « conforme aux principes généraux du droit », pour paraphraser le professeur Antaki. Cela le dispenset-il du coup de l'obligation de respecter la loi contractuelle, c'est-à-dire les stipulations du contrat qui fait l'objet du différend?⁵ (C'est nous qui accentuons)

,

Madame la juge Bich cerne alors la question dans les termes suivants :

Cela dit, il faut encore répondre à la question de savoir si l'obligation faite à l'amiable compositeur de « décider conformément aux stipulations du contrat » (tenant par ailleurs compte des usages, qui ne sont pas en cause ici) l'empêche de remodeler le contrat de façon à respecter l'esprit des stipulations en question, plutôt que leur lettre. 6

L'appelant, Groupe Roger, a défendu la thèse selon laquelle les « stipulations du contrat » figurant à l'article 944.10 du Code de procédure civile ne renvoient qu'aux modalités de la convention d'arbitrage et non aux conditions du contrat qui fait l'objet du différend. Il s'appuie également sur l'interprétation générale présentée par le professeur Antaki qui soutient que la nature même de l'amiable composition est de permettre d'apporter une solution équitable à un différend. Obliger l'amiable compositeur à respecter les termes stricts du contrat va à l'encontre de la nature fondamentale de l'amiable composition. Il est essentiel de permettre à l'amiable compositeur de moduler les obligations d'un contrat qui sont devenues inéquitables.

L'intimé, Groupe Denis, a soutenu que le troisième paragraphe de l'article 944.10 du Code de procédure civile ne fait pas référence à la « convention d'arbitrage », mais au « contrat » et que le législateur n'a commis aucune erreur en choisissant ce terme.

Décision de la Cour d'appel du Québec

La Cour d'appel a confirmé la décision de la Cour supérieure qui invalidait la décision arbitrale au motif que l'arbitre avait outrepassé ses pouvoirs parce que les parties ne l'avaient pas habilité à modifier l'entente. Madame la juge Bich a donc accueilli les allégations de l'intimé et rejeté l'argument de l'appelant selon lequel la clause relative à l'amiable composition comportait une renonciation tacite à l'application stricte du contrat.



Dans sa décision, la Cour d'appel fait la distinction entre le rôle de l'arbitre ordinaire qui doit respecter la règle de droit et celui de l'amiable compositeur qui est invité à exercer son pouvoir discrétionnaire afin de résoudre un différend.

La Cour d'appel précise que le pouvoir discrétionnaire de l'amiable compositeur n'est pas absolu et que celui-ci doit respecter les règles d'ordre public, ce qui comprend les principes de justice naturelle. Le troisième paragraphe de l'article 944.10 du Code de procédure civile s'applique à l'arbitre-amiable compositeur comme à l'arbitre; l'utilisation des mots « dans tous les cas » et « ils » sont sans équivoque. Pour que le troisième paragraphe produise l'effet voulu, l'arbitre-amiable compositeur est tenu de respecter les conditions strictes du contrat dont les parties ont convenu. Bien que l'obligation doive être interprétée avec la souplesse nécessaire pour permettre à l'arbitre de s'acquitter de son

mandat, il est clair qu'il ne peut supprimer ou remanier certaines stipulations de contrat à moins que les parties ne l'aient explicitement autorisé à le faire.

Conclusion

Même si le principe de l'amiable composition fait l'objet de critiques en raison de son caractère incertain et imprévisible et du fait que l'arbitre impose subjectivement les règles de l'équité, il comporte certains avantages. La décision récente rendue par la Cour d'appel du Québec donne des éclaircissements précieux sur le pouvoir discrétionnaire de l'arbitre qui agit à titre d'amiable compositeur. Dorénavant, il est bien établi que la souplesse dont jouit l'amiable compositeur est limitée par la convention d'arbitrage qui lie les parties.

Lorsqu'elles rédigent une convention d'arbitrage, les parties peuvent souhaiter que l'arbitre agissant à titre d'amiable compositeur puisse remanier au leurs obligations besoin contractuelles afin d'éviter qu'un différend ne dégénère. Les parties devraient savoir que cette capacité pourrait être compromise si la convention d'arbitrage n'est pas rédigée de façon appropriée. À la lumière de la décision Coderre, les parties auraient tout intérêt à accorder expressément ce pouvoir décisionnaire à l'amiable compositeur. 🚲

Josiane Brault a été admise au Barreau du Québec en 2008. Elle est bachelière en droit civil de l'Université du Québec à Montréal. Mme Brault détient également un baccalauréat en droit international et en relations internationales de la même université.

Simon Grégoire a été admis au Barreau du Québec en 1988 et diplômé de la Faculté de droit de l'Université McGill en droit civil (B.C.L.) et common law (LL.B.). Maîtrise en Transactions commerciales internationales (LL.M.) de l'Université de London (LES et UCL) en 1989.

Prix d'Excellence à la Mémoire de L.J. McGowan demande des nominations pour 2009

L'Institut d'Arbitrage et de Médiation cherche des nominations pour le Prix d'Excellence en Résolution Extrajudiciaire de Disputes. Le prix est accordé en honneur et en reconnaissance de Lionel J. McGowan, le premier Directeur exécutif de l'Institut d'Arbitrage du Canada, une des organisations fondatrices de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada. La présentation se fera lors de la Réunion Générale Annuelle de l'Institut à Gatineau, Québec le 22 et 23 octobre 2009. Deux prix sont décernés lors de la présentation : l'un en raison des contributions à l'Institut et au domaine au niveau régional, et l'autre, en raison des contributions au niveau national.

Prix d'Excellence Régional

Ce prix est décerné à celui ou celle-ci qui a contribué au développement et au succès d'un Institut régional d'un façon incomparable, soit par son effort remarquable à court terme, ou par sa contribution constante sur une longue période et qui a contribué de façon significative à la promotion et/ou au développement de la RED au sein de la région. Il faut noter que, payer ses frais pour plusieurs années, siéger sur un comité ou un Conseil d'administration pour plusieurs années, et avoir sa propre pratique de RED avec rémunération ne comptent pas envers un prix.

Prix d'Excellence National

Ce prix est semblable au prix régional, mais est décerné en raison des contributions à l'Institut National. Les contributions du candidat à l'appui, le développement, et/ou le progrès de l'Institut d'Arbitration et de Médiation du Canada, Inc. et ses politiques et programmes, et de promouvoir la RED au niveau national.

Enseigner la RED professionnellement, écouter aux cas de RED, et d'autres activités de la pratique de la RED ne comptent pas. En plus, étant sur le Conseil d'administration de l'Institut national ne compterait pas, à moins que ça incluse des contributions majeures à l'Institut à travers le développement de la structure de l'Institut, des relations régionales nationales, des programmes ou matériaux nationaux, du financement, ou d'autres initiatives significatives de l'Institut.

Comité de nominations du Prix McGowan Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc 234 Eglinton Ave. E., Suite 405 Toronto, Ontario, M4P 1K5 Fax: 416-487-4429 admin@adrcanada.ca

² 2008 CAQ 888 (CanLII).

Trakman, L. «Ex Aequo et Bono: De-mystifying an Ancient Concept « [2007] UNSWLRS 39.

³ Règle 28 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

⁴ Art. 944.10 du Code de procédure civile.

⁵ Supra note 2, par. 66.

Supra note 2, par. 93.

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** 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

Fellows/ Distingués

2007-2009 Donald E. Short

Archie M. Doyle, BSc (EE), MEIC, PEng. Basil V. Orsini, CMP, CIE, MCIQS, FCIArb Carson F. Morrison, BE, MSc, FEIC, PEng. Charles H. Laberge, BComm, MBA, C.Arb. David C. Elloitt, C.Arb. David Lemco, C.Arb. Donald M. Batten, FCIArb., FIIC, FAIC E. Leonard Weldon, Q.C. H.D.C. Hunter, BA, MA, C.Arb. Harold J. Wilkinson, PEng. John A. Tuck, Q.C. Joseph W. Myers Lionel J. McGowan Paul B. Walters, BASc, MBA, MEIC, PEng. Philippe Ferland

Professor Roger Fisher W. John Stikeman, MBE

William G. Geddes, LL.B., BSc, Civil Eng, C.Arb., Mediator

William R. Kay

Winston E. Hickley, LLD, FEIC, PEng.

Honorary Fellows/ Distingués Honoraires

B.W. Vigrass

Past Director and Secretary, The Chartered Institute of Arbitrators

Cedric Barclay

Past President

The Chartered Institute of Arbitrators

Robert Coulson

Past President

American Arbitration Association

Richard J. Soper

Past President

The Chartered Institute of Arbitrators

Directors Emeritus/ **Directeurs Emeritus**

Alex S. Hamilton

Andrew G. Farquharson, BSc, PEng.

Angus McClaskey

Archie M. Doyle, BSc (EE), MEIC, PEng. Carson F. Morrison, BE, MSc, FEIC, PEng. Clifford A. Lincoln, FCIArb, FCII, FHC.

D.M. Batten, FCIArb., FIIC.

David .L. Campbell, BSc, PEng.

Douglas V. Gonder

Francois Beauregard

Frank .A. Wright, LLB, FCIArb, FCIS.

Gervin L. Greasley, C.Arb. H.D.C. Hunter, BA, MA, C.Arb. R.F. Legget, O.C. Deng, FRSC

Robt. F. Legget

W.F. James, PhD, FRSC, PEng

William F. James William J. Hartnett

William R. Kav

Winston E. Hickley, LLD, FEIC, PEng.







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

National Office / Bureau national

ADR Institute of Canada, Inc. L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc. Suite 405, 234 Eglinton Avenue East

Toronto, ON M4P 1K5

Toll-free: 1-877-475-4353 Tel: 416-487-4733 416-487-4429 Email: admin@adrcanada.ca Internet: www.adrcanada.ca

Affiliates / Affiliées

BRITISH COLUMBIA British Columbia Arbitration and Mediation Institute

Suite 500, 1311 Howe Street Vancouver, BC V6Z 2P3 Toll-free: 1-877-332-2264 (in BC) Tel: 604-736-6614 604-736-9233

Fax: Email: info@bcami.com Internet: www.amibc.org

ALBERTA

Alberta Arbitration and **Mediation Society** Lethbridge Building, Suite 605

10707 - 100 Avenue Edmonton, AB T5J 3M1 Toll-free: 1-800-232-7214 780-433-4881 Tel: 780-433-9024 Fax:

Fmailaams@aams.ab.ca Internet: www.aams.ab.ca

SASKATCHEWAN ADR Institute of Saskatchewan Inc.

Box 22015, RPO Wildwood Saskatoon SK S4H 5P1 306-262-0271 Toll-free: 1-866-596-7275

306-933-2006 email: admin@adrsaskatchewan internet: www ardsaskatchewan ca

MANITOBA

Arbitration and Mediation Institute of Manitoba Inc. P.O. Box 436, RPO Corydon

Winnipeg, MB R3M 3V3 204-783-0529 Tel: Fax: 204-897-7191 Email: info@amim.mb.ca Internet: www.amim.mb.ca

ONTARIO

ADR Institute of Ontario, Inc.

Suite 405, 234 Eglinton Avenue East

Toronto, ON M4P 1K5 416-487-4447 Tel: 416-487-4429 Fax: Email: admin@adrontario.ca Internet: www.adrontario.ca

QUÉBEC

Institut de médiation et d'arbitrage du Québec

C.P. 874, Succursale B Montréal, PQ H3B 3K5 Tél: 514-282-3327 Téléc 514-282-2214 Email info@imaq.org Internet: www.imaq.org

ATLANTIC PROVINCES **ADR Atlantic Institute**

Box 123

Halifax CRO, NS B3J 2M4 Tel: 902-435-3084 902-435-3084 Email: admin@adratlantic.ca Internet: www.adratlantic.ca