



Canadian Arbitration and Mediation JOURNAL

d'Arbitrage et de Médiation Canadien

Fall / Automne 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

Register now for the
ADR Institute of
Canada Annual
National Conference
Full Spectrum ADR
October 22-23, 2009
Ottawa / Gatineau,
Quebec

Inscrivez vous pour la
conférence annuelle
de l'Institut
d'Arbitrage et de
Médiation du Canada
Pleins feux sur les PRD
du 22 au 23 octobre
2009, Ottawa /
Gatineau (Québec)

To register call:
Pour vous inscrire appeler:

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

Message from the President	3
Message du président	4
Message from the Editorial Board	5
Message du comité du rédaction	6
Deadlock : What a Mediator Can Do When the Parties Are Ready to Quit	8
Impasse : Ce qu'un médiateur peut faire lorsque les parties s'apprêtent à rompre les discussions	10
An Overview of Intercultural Mediation	13
Un coup d'œil sur la médiation interculturelle	15
The Indian Residential School Claims Process	20
Le processus de réclamation sur les pensionnats indiens	22
Mediation-Arbitration in Family Law	25
Médiation et arbitrage en droit de la famille	27
Dispute Resolution Boards (DRBs)	30
Commission de règlement des différends	33
Cleaning up Class Action Suits with ADR	37
Se débarrasser des recours collectifs grâce à la PRD	41
The Ombudsman for Banking Services and Investments	46
L'Ombudsman des services bancaires et d'investissement	47
The Right to Arbitrate – Only as Solid as the Language Used	49
Le droit à l'arbitrage est forte seulement quant à la langue utilisée	51
Confidentiality in Commercial Arbitration	54
Confidentialité en arbitrage commercial	59
My Misconceptions of the Law	66
Mes conceptions erronées du droit	71

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-

Qui sommes nous?

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

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

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. ♣

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

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

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

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

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

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

ADR Institute of Canada Corporate Members

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



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

- 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)
- Imperial Oil Ltd.
- Canadian Institute for Conflict Research
- Fasken Martineau DuMoulin LLP
- Fraser Milner Casgrain LLP
- Insurance Bureau of Canada
- Macleod Dixon LLP
- Osler, Hoskin & Harcourt LLP
- The City of Calgary
- Torys LLP
- Shell Canada Ltd.

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

Vol. 18, No. 2
Fall / Automne 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

**Manager, Business Development/
Administratrice du programme**
Janet Mackay

**National Program Manager /
Administratrice du programme national**
Teresa Cappelletto

Layout / Mise en page
Whizard Graphics

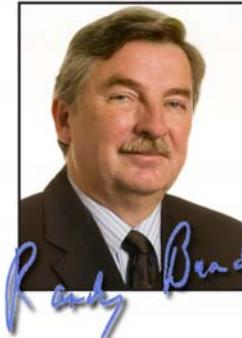
Canadian Arbitration and Mediation Journal (ISSN 1192-537X) is published twice a year by the ADR Institute of Canada, Inc. © 2009, All rights reserved. Reproduction or transmittal, in whole or in part, in any form or by any means, or its storage in a retrieval system, without prior permission of the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

Le Journal d'arbitrage et de médiation Canadien (ISSN 1192-537X) est publié biennuellement par l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc. © 2009, Tous droits réservés. Sa reproduction ou sa transmission en tout ou en partie en n'importe forme par n'importe quelle 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: \$45.00 Cdn.
Within U.S./aux États-Unis: \$60.00 Cdn.
International: \$75.00 Cdn.



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



Message from the President

Randy Bundus, President, ADR Institute of Canada, Inc.

The last six months at the ADR Institute of Canada have been productive.

By now, members will have received the brochure for the National Conference - "Full Spectrum ADR - From Local Workplace to National Marketplace". The program, developed in conjunction with the Federal Informal Conflict Management Community, provides everything from plenary sessions relating to Mental Health and Workplace Productivity to New Ideas on Dispute Resolution from Around the Globe and *au courant* topics such as Non-Violent Communication, Opportunities for ADR in IT and IP, Needs Assessments, Transformational Interventions, Alternative to the Alternatives in Construction Mediation, ADR in the Insurance Industry, Cultural Issues in Family Mediation, Effective Workplace Investigations, Improving the Efficiency of Arbitrations and more.

We urge members to join us at the Hilton Lac Leamy in Gatineau to reap the benefits of this excellent information package and to network with fellow members and friends from across Canada. The informal contacts and interactions, new ideas and practical sessions contained in the four concurrent break-out streams will inspire you to renew your commitment to excellence in ADR.

In addition, we are pleased to provide this, the second issue of the Canadian Arbitra-

tion and Mediation Journal for 2009, in electronic form for your convenience. We are particularly pleased to invite you to read Norm Emblem's article on "Cleaning Up Class Actions with ADR" including the final paragraph in which Mr. Emblem:

"...highly commend[s] the ADR Institute as a first rate resource and service provider whose ADR services and experience proved to be invaluable to KPMG in the Corless matter [and] whose assistance has helped forge a litigation management template for settlement that could be easily tailored to any class action."

We look forward to offering members across the country new and continuing roster opportunities such as those afforded by the KPMG class action settlement, as we become even better known as providers of case administration services under the National Arbitration Rules. Revised National Mediation Rules of the ADR Institute of Canada will also be available shortly.

Let me sign off by congratulating our new C.Med. and C.Arbitr. members from across the country, including our newest members from our thriving affiliate in Quebec, along with those members who have obtained the new Qualified Mediator designation.

We look forward to seeing you in Gatineau on October 22-23.

Full Spectrum ADR Gold Sponsors:



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

- BCF Lawyers, Patent & Trade Mark Agents
- Deloitte & Touche
- Fraser Milner Casgrain, LLP
- Insurance Bureau of Canada
- Nelson ADR, Mediation & Arbitration
- ODRG, Ottawa Dispute Resolution Group, Inc.

Message du président

Randy Bundus, président, Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc.

Pour l’Institut d’Arbitrage et de Médiation du Canada, les six derniers mois ont été particulièrement productifs.

À l’heure actuelle, nos membres ont reçu la brochure pour la conférence nationale – « Pleins feux sur les PRD – Du lieu de travail local au marché international ». Élaboré en collaboration avec la communauté fédérale SGIC (Système de gestion informelle des conflits), le programme offre un tour d’horizon complet, allant des réunions plénierées portant sur la santé mentale et la productivité au travail aux nouvelles idées en matière de règlement des différends à l’échelle mondiale, aux thèmes communs tels que la communication non violente, le recours aux modes de PRD dans le domaine de la propriété intellectuelle et des technologies de l’information, les évaluations des besoins, les interventions transformatives, les solutions de recharge à la médiation dans les litiges dans le secteur de la construction, les modes de PRD dans l’industrie des assurances, les questions de nature culturelle en médiation familiale, l’efficacité dans les enquêtes sur les lieux de travail, l’amélioration de l’efficacité des arbitrages, et bien d’autres sujets.

Nous conseillons vivement à nos membres de se joindre à nous au Hilton Lac Leamy à Gatineau pour tirer profit de cet excellent programme et créer un réseau d’amis et collègues dans tout le pays. En vous donnant l’occasion d’engager des interactions, participer à des échanges à bâtons rompus

et séances pratiques, et de découvrir de nouvelles idées, les quatre volets du programme offert seront pour vous une source d’inspiration pour renouveler votre engagement envers l’excellence dans les modes de PRD.

En outre, nous avons le plaisir de vous présenter la deuxième édition du Journal d’Arbitrage et de Médiation Canadien de 2009, sous format électronique pour votre convenance. Nous vous invitons tout particulièrement à lire l’article « Cleaning Up Class Actions with PRD » (Se débarrasser des recours collectifs avec la PRD), de Norman Emblem, où il déclare dans le dernier paragraphe :

« Je recommande fortement l’Institut en tant que ressource et fournisseur de services de premier ordre dont les services et l’expérience en matière de règlement alternatif des conflits se sont avérés très précieux pour KPMG dans l’affaire Corless, [et] dont l’aide a permis de concevoir un modèle de gestion des litiges à des fins de règlement pouvant être facilement adapté à tout recours collectif. »

Nous avons hâte de donner à nos membres à l’échelle du pays l’occasion sans cesse renouvelée en participant au tableau de service d’offrir des prestations du même calibre de celles que nous avons déployées dans le règlement du recours collectif contre KPMG, notre renommée s’édifiant en tant que fournisseur de services de nature administrative en application des Règles nationales d’arbitrage. Une version revue des Règles nationales d’arbitrage de l’Institut d’arbitrage et de médiation du Canada sera disponible sous peu.

Permettez-moi de conclure en félicitant nos nouveaux membres médiateurs et arbitres certifiés à l’échelle du pays, y compris ceux appartenant à la section affiliée du Québec en plein essor, sans oublier ceux qui ont récemment obtenu le nouveau titre de médiateur qualifié.

Dans l’attente de vous rencontrer au Gatineau les 22 et 23 octobre.



Pleins feux sur les PRD, commandites d’or :



- BCF Lawyers, Patent & Trade Mark Agents
- Deloitte & Touche
- Bureau d’assurance du Canada
- Fraser Milner Casgrain S.E.N.C.R.L.
- Nelson ADR, Mediation & Arbitration
- ODRG, Ottawa Dispute Resolution Group, Inc.

L.J. McGowan Award of Excellence

Prix d’Excellence de L.J. McGowan



National:

2008	Hal Wilkinson, ADARIO
2007	Bill Remmer, AAMS
2006	Gerald Ghikas, BCAMI
2005	Gervin L. Greasley, ADARIO
2004	S. Noel Rea, AAMS
2003	David McCutcheon, ADARIO
2002	Barry Effler, AMIM
2001	Bill Hartnett
2000	NIL
1999	Roman Evancic, BCAMI

Regional:

2008	Bill Diepeveen, AAMS
2008	Sheila Begg, BCAMI
2007	Mary Satterfield, ADARIO
2006	Kenneth Gamble, ADRIS
2005	Gary Furlong, ADARIO
2004	Gary Fitzpatrick, BCAMI
2003	Randy Pepper, ADARIO
2002	Bernie McMullan, AMIM
2001	Annette Strug, ADRIA
2000	Kent Woodruff, BCAMI
1999	Harry Hunter, BCAMI



Message From the Editorial Board

*William G. Horton, FCIArb, Barrister, Arbitrator, Mediator, wgh@wghlaw.com
On Behalf of the Editorial Board*

On behalf of the editorial board, I would like to welcome you to our first fully electronic edition of the Journal. We hope you will take a few moments to familiarize yourself with the new format and let us know how you like it. We welcome all comments and suggestions for improvements.

In addition to helping us maximize the resources made available to us by our members and users, the electronic format has many other advantages. For examples, space limitations are not as acute and it will be possible to publish more substantive pieces, such as, research reports and studies which have been previously published in less accessible media but which would be of interest to our readers. It will be easier for readers to save articles of interest in an electronic format so that they can be easily retrieved at a later date. It will also be possible for us to use the Journal more readily for marketing of ADRIC without incurring the prohibitively high costs of printing extra copies and mailing them through regular channels.

As you will see from the table of contents, the quality and scope of the Journal continues to increase with each edition in a most gratifying manner. We are well on our way to making the Journal the definitive alternative dispute resolution publication in Canada.

Our roundtable discussion in this edition, chaired by Jim McCartney, tackles the core issue for all mediators: how to keep going when the parties are deadlocked or have just run out of steam. Starting with our next edition we will run a regular feature, in which a mediator will describe a real-life example of a mediation that worked or did not work – and why. We can all benefit from sharing such

experiences. The Journal is an ideal vehicle for doing so and, in the process, developing a truly national practice and culture for mediation.

Central to our mission to have the Journal represent dispute resolution across Canada is our desire to reflect the variety of cultural perspectives and contexts in which dispute resolution processes are applicable. The articles by Pascal Mutombo on intercultural mediation and by John Sanderson on the residential schools claims are examples of the type of article that will continue to find a place in these pages.

The growing field of med-arb is discussed in Malcolm Kronby's article on the subject. We can anticipate that med-arb will expand into other areas and has tremendous potential to be of assistance to parties engaged in other "real time" disputes, such as disputes relating to the sale or operation of a business. In the meantime, we can learn important lessons from the family law area in which med-arb has seen the greatest developments to date.

"Mixed" dispute resolution processes have

in fact been used for a number of years with respect to international infrastructure projects. For those who are not familiar with the use of dispute resolution boards in that context, Don Marston's article provides an excellent overview.

Robert Emblem's article on ADR in the context of class actions discusses another growing and important field, namely how ADR processes can be used within the court system to deal with mass claims in the settlement or other resolution of these complex cases. This is a huge and growing field which also encompasses the use of ADR processes to avoid mass claims such as those that arise in the consumer context. An important example of the latter is described in Doug Melville's article about the role played by the Ombudsman for Banking Services and Investments in dealing with disputes between financial institutions and their customers.

We will also continue, in the electronic version of the Journal, to carry articles of a more technical nature such as the articles by Michael Schafler and Geoffrey Janoscik on the legal definition of "commercial arbitration" and by Mandy Moore on confidentiali-

Editorial Board / Comité de rédaction



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

- Barbara Benoliel, BA, MBA, PhD
President / présidente, Preferred Solutions, Inc.
- Mary Comeau, LLB, ACIArb
McLeod Dixon, Calgary
- Lise Delisle, Médiateur / médiatrice
Director / directrice RH, Comerco Services
- Gerry Ghikas, Q.C., C.Arb / c.r., Arb.A
Borden, Ladner, Gervais, Vancouver
- William G. Horton, FCIArb, Barrister, Arbitrator, Mediator /
FCIArb, avocat, arbitre, médiateur
William G. Horton Professional Corporation
- Alan Levy, BA, MIR, LLM
Assistant Professor / professeur adjoint, University of Regina

ality in commercial arbitration.

Last, and in this case least, the editorial board (without my participation) has decided to include an article written by me based on a presentation I did to a class of law students in Namur, Belgium on the subject of "My Misconceptions of the Law". My apologies to our readers who are lawyers for

what will seem a bit old hat to most of you. The article may be of some interest to those of our readers who are not lawyers but who regularly encounter legal issues in the disputes they are attempting to resolve. No doubt you will let us know if that is the case.

As always, we look forward to hearing from you and receiving your contributions. ☘

Mot du comité de rédaction

William G. Horton, FCIArb, avocat, arbitre, médiateur, wgh@wghlaw.com

Au nom du Comité de rédaction.

Au nom du comité de rédaction, j'ai le plaisir de vous souhaiter la bienvenue à la première édition entièrement électronique du Journal. Nous espérons que vous prendrez quelques instants pour vous familiariser avec le nouveau format et nous faire savoir s'il est à votre convenance. Nous apprécions tout commentaire ou suggestion de votre part visant à l'améliorer.

Outre le fait qu'il nous aide à optimiser les ressources que les utilisateurs et nos membres mettent à notre disposition, le format électronique présente de nombreux autres avantages. Entre autres, les contraintes d'espace ne sont pas si strictes et nous pouvons publier plus de documents de fond, par exemple des études et rapports de recherche qui ont déjà été publiés dans des médias moins accessibles mais qui sont susceptibles d'intéresser nos lecteurs. Pour les lecteurs, ce sera plus facile de conserver sous un format électronique les articles qui les intéressent afin de pouvoir les consulter facilement ultérieurement. Nous pourrons ainsi plus facilement faire la promotion de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada sans encourir les coûts prohibitifs associés à l'impression d'exemplaires supplémentaires du Journal et à leur distribution par les canaux habituels.

Comme vous pouvez le remarquer en parcourant la table des matières, la qualité et la portée du journal ne cessent de croître régulièrement à chaque édition. Notre Journal est pratiquement devenu la publication de référence ultime dans le domaine du règlement extrajudiciaire des différends au Canada.

La table ronde que dirige Jim McCartney,

dans cette édition, aborde la question cruciale que se pose tous les médiateurs : comment poursuivre la procédure lorsque les parties se trouvent dans une impasse ou sont à bout de souffle. À partir de la prochaine édition, nous tiendrons une rubrique régulière dans laquelle un médiateur présentera un cas concret de médiation qui a été réglé avec succès ou non et expliquera pourquoi. Nous pouvons tous tirer profit de telles expériences. Le Journal est l'instrument idéal à cette fin et il contribuera à développer une culture et des pratiques d'une réelle portée nationale au chapitre de la médiation.

Notre ambition de voir le journal refléter la variété des contextes et points de vue culturels dans lesquels s'inscrivent les modes de règlement des différends est l'élément central de notre mission. Les articles de Pascal Mutombo sur la médiation interculturelle et John Sanderson sur les réclamations relatives aux pensionnats illustrent parfaitement le type d'articles qui seront publiés dans ces pages.

L'article de Malcolm Kronby se fait la tribune de l'expansion que connaît le domaine de la médiation-arbitrage à cet égard. Nous pouvons prévoir que la médiation-arbitrage s'étendra à d'autres domaines et présente un potentiel énorme pour prêter assistance aux parties impliquées dans des différends traités en « temps réel », comme ceux se rapportant à la vente ou l'exploitation d'une entreprise. Entre-temps, nous pouvons tirer des leçons significatives du domaine du droit de la famille où la médiation-arbitrage a connu le développement le plus marqué à ce jour.

2008-2009 Board of Directors/ Conseil d'administration

R.J. (Randy) Bundus, LL.B.
President and Corporate Director /
Président et Directeur corporatif – ON

Donald E. Short, FCIArb, C.Arb.
Past President and Corporate Director /
Ancien président et Directeur corporatif

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

Bernard F. McMullan, AACI (Fellow) PApp.,
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 régionale – AP

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



Des modes de résolution « mixtes » sont en fait utilisés depuis plusieurs années dans le cadre de projets d'infrastructures internationaux. Pour ceux pour qui le recours aux commissions de règlement des différends dans ce contexte est inhabituel, l'article de Don Marston est une excellente introduction en la matière.

L'article de Robert Emblem sur les modes de PRD dans le cadre des recours collectifs couvre un autre domaine qui gagne en importance, à savoir dans quelle mesure on peut avoir recours aux modes de PRD dans le système judiciaire pour répondre aux réclamations collectives dans la résolution de ces cas complexes. C'est un vaste domaine en expansion qui englobe le re-

cours aux modes de PRD pour éviter les réclamations collectives telles que celles qui sont déposées dans le secteur de la consommation. L'article de Doug Melville illustre parfaitement le rôle que joue l'Ombudsman pour les services bancaires et d'investissement en réglant les différends entre les institutions financières et leurs clients.

Dans la version électronique du Journal, nous continuerons à présenter des articles de nature plus technique, comme ceux de Michael Schafler sur la définition juridique de « l'arbitrage commercial » et de Mandy Moore sur la confidentialité en arbitrage commercial.

Pour terminer, et non le moindre, le co-

mitié de rédaction (sans ma participation) a décidé d'inclure un article que j'ai rédigé en m'appuyant sur une présentation devant une classe d'étudiants en droit à Namur, en Belgique sur le thème : « mes conceptions erronées du droit ». Que nos lecteurs qui sont avocats veuillent bien m'excuser pour les thèmes abordés qui paraîtront évidents à la plupart d'entre eux. Mon article peut cependant présenter un intérêt certain à ceux qui ne sont pas avocats mais sont régulièrement confrontés à des questions juridiques dans le cadre des différends qu'ils ont à régler. Sans aucun doute, ils nous feront savoir si cela est le cas.

Comme toujours, c'est avec plaisir que nous attendons vos réactions et contributions. ☘

Professional Designations for ADR Practitioners

The Chartered Mediator (C.Med.) and Chartered Arbitrator (C.Arb.) are Canada's only official designations for practising mediators and arbitrators and the most senior designations offered by the Institute.

These designations are recognised and respected across Canada and internationally and allow the holder to convey their high level of experience and skill to prospective users of their services based on an objective third party assessment. Users of ADR services or lawyers and other professionals who refer clients feel confident knowing that when they choose an ADR professional with a designation granted by ADR Institute of Canada that they are choosing an individual whose performance has been reviewed and assessed by a com-

mittee of senior and highly respected practitioners who have verified that the professional is working at high standards of competence and ethics.

The Qualified Mediator (Q.Med.) is Canada's newest official designation for practising mediators to demonstrate their specific credentials, education and expertise. It provides recognition of your work and experience to date and offers a solid foundation as you progress to the next step and designation in the field of ADR.

As an ADR Institute member in good standing you can apply through your regional affiliate for these designations. For more information, please contact your regional affiliate. ☘

Titres des professionnels en exercice à l'IAMC

Médiateur agréé (Méd. a.) et Arbitre agréé (Arb. a.) sont les seuls titres officiels reconnus au Canada pour désigner les médiateurs et les arbitres qui exercent cette fonction. Il s'agit des titres du plus haut niveau offerts par l'Institut.

Ces titres sont reconnus et respectés d'un bout à l'autre du Canada et à l'étranger. Ils permettent à leur détenteur de faire comprendre leur haut niveau d'expérience et de compétence aux utilisateurs de leurs services, d'après une évaluation objective d'un tiers. Les utilisateurs des services de l'IAMC ou les avocats et autres professionnels qui leur recommandent des clients savent qu'en choisissant de s'adresser à un professionnel de l'IAMC dont le titre a été accordé par l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada, ils traitent avec une personne dont le rendement a été examiné et évalué par un comité de hauts représentants et de professionnels en exercice réputés, qui a confirmé que ce

professionnel travaille selon des normes élevées de compétence et d'éthique.

Médiateur qualifié (Méd. q.) est le plus récent titre officiel accordé au Canada. Il permet aux médiateurs en exercice de démontrer leurs qualifications, leur formation et leurs compétences particulières. Ce titre démontre la reconnaissance de votre travail et de votre expérience actuels, et il pose les fondements de votre cheminement vers la prochaine étape et le prochain titre au sein de l'IAMC.

En tant que membre en règle de l'IAMC, vous pouvez faire une demande d'obtention de ces titres auprès de votre filiale régionale. Pour plus de détails, veuillez vous adresser à votre filiale régionale. ☘



Deadlock:

What a Mediator Can Do When the Parties Are Ready to Quit

Jim McCartney, McCartneyADR Inc., Pamela Large-Moran, CRS Atlantic, Joy Noonan, Aptus Conflict Solutions, Gary Fitzpatrick, Fitzpatrick & Company, Richard Weiler, rickweiler.com

Edited by Jim McCartney

We asked four senior mediators from across the country to meet to discuss breaking deadlock. We invite you to “listen-in” on their roundtable discussion of this subject. We thank Jim McCartney for coordinating and editing this roundtable discussion.

Jim McCartney: When the parties say they have reached the end without a settlement, what's the first thing you want or do?

Pamela Large-Moran: I want to understand the nature of the impasse—is it tactical (a negotiating strategy) or is it substantive such as an emotional component or an underlying interest of one of the parties not being met. Depending on the nature of the impasse, I might look at examining their perception of the problem—is it a narrow perception and one where I can possibly reframe the problem and help them to clarify the issues?

I might further explore whether there's an unmet need or interest that led to the impasse and I may look at process—is the process meeting everyone's needs? Is there something about the process that can be altered?

Also looking at whether all the parties have fully explored all possibilities for bridging the remaining gap and if not, suggest that everyone step back and look at the big picture and ask what might be possible that they haven't thought of.

Joy Noonan: Pam is talking about reading the participants and trying to sense whether or not the situation is ripe yet for a deal. If they've made progress, you want them to know that and I'd want to applaud them for narrowing the issues, show them where we started and where they are now, to see if I can get the momentum going again. I'd talk a little bit about the divide between the two zones of agreement, and I usually try to include a discussion of the costs of what the next steps are going to be—usually separately, but in front of their respective clients, if that's appropriate, and then encourage them to keep talking. But that's all we can do, I think.

If no progress has been made (we've all been in those too), where people are really on two different planets, it is much harder. But even still, I try to bring them together, if the climate allows that, just to try to get some sort of agreement that the parties will talk again within a set time frame when they have better determined

the issues for negotiation.

Gary Fitzpatrick: If, in doing some of the things that Pamela and Joy have talked about, I see any cracks, I will look for options that may stir the people to thinking. For instance, if it appears some underlying interest isn't being met, I might say what if we did this or what if we did that or what if I go talk to them about this.

If I sense that a party is locking up out of fear that they're not going to be able to make a deal and they don't want to put their views or positions on the table if it's not going to move forward, sometimes I'll say what if I go to talk to the other party and if I can get them to move again, then...? If the problem is that the other party is “making noises” that they are running out of money, what if I can get an assurance from them as to whether or not there is somebody they can call, those sorts of things, if I find any kind of wavering or crack at all.

Jim: What do you advise a mediator to do when one of the parties makes a take-it-or-leave-it offer that isn't acceptable?

Joy: I will make certain that this is the final offer. I want to make sure that if it isn't truly the final offer, that it's at least very close to the final offer before we put those sorts of parameters on what they're saying to the other side. Otherwise, they could get into a position where they're going to lose face themselves if they get something from the other side that may be within their ZOPA (zone of possible agreement) but they have wrongly signalled that it is not. Or the other side may not put on the table something that in reality might have been acceptable or close.

I always encourage the other side, even if they're about to reject an ultimatum, to tell me their best final, because it's often then a surprise to both parties that they're much closer than they really thought they were.

Gary: If it's fairly early in the process, I will certainly discourage them from doing that. I will talk very early about the fact

that they've got a ten-step negotiator on the other side, and this is going to be difficult.

Even towards the end, I will discourage them from making a final final offer, suggesting instead that they hold back something because the other side is going to want to come back to them. If I feel it's not a realistic final offer, even if it is towards the end, I might say I think you should make it in person. That usually uncovers whether it's a final final offer. If they're trying to signal that they're getting close to their final offer, they will usually say well, no, you take it. If I have a sense that it's not their final final, I will take it to the other side and say I know you'll want to test it out, but I get the feeling that they're very close to where they want to be. If it's a situation where the parties have negotiated before, such as a personal injury where the insurance adjuster has dealt with that plaintiff's lawyer before, they will know that they're very close to the end, and they will do something that will come fairly close to it, and then it will quickly close.

Pamela: If it is a negotiation tactic, I think it's important for the mediator not to buy into a party's bluff. But otherwise sometimes you just have to go to the other side and be honest and say this is what they have indicated and provide your sense of it.

Jim: *When the other side asks, “do you believe that it’s their final offer”, what do you say?*

Gary: I usually tell them to do something that moves as close as you're comfortable in moving, and test them out. I'll say "I'm pretty comfortable that I can keep them in the room, but you better be prepared for the fact that they may send me back with 'no, that's their final offer', so you may have to buckle."

Joy: I do the same thing: encourage a counteroffer, clearly if they're not going to accept that bottom line.

Jim: *How do you proceed when the parties have reached a deadlock and you know one of them has undisclosed, relevant information?*

Examples are surveillance evidence, where in a personal injury, insurers frequently have surveillance evidence that they don't want to show to the plaintiff, but they want it to have an impact in the negotiation.

Another is where a party has an undisclosed deadline where something must happen by a certain date or it's a problem for them. As mediator you know about that, but they don't want it disclosed. What do you do?

Gary: I use this example: It's like I'm negotiating with you, and you don't know it, but I've got something behind my back, namely a gun. You're negotiating on the basis that the worst-case scenario is that we will have a fist fight. My negotiation perspective is totally different from yours; we're on two different planes, and that's what's happening here.

Usually if you have that discussion with them on the way through, when you get to the deadlock stage, you can say to them: if you want to get on to apples and apples, you better find a way to reveal that information or else you're going to be in trial.

Pamela: I like my mediations to have open communication and transparency, and I say that to the parties. Certainly it's their decision to hold something back, and they may do it as part of their negotiating strategy so when the going gets tough, they can pull it out and ultimately get what they want. I would caucus with the party and help them think through whether or not they should reveal this and if they decide to disclose the information, assist/coach them in doing that.

I generally don't see that very often, especially in insurance cases. When insurers have surveillance, most often the plaintiff sees that well prior to the mediation.

Joy: Employers will usually let you know, for example, that they have a video of your client peeing on the lettuce (a favourite old case) and those kinds of cases often resolve fairly quickly!

I often find the discussion about "if it's going to come out at some point anyway" or "if you want to use this at trial, or at some point in this process, then now is the time", works well and often it will come out.

Pamela: If they're serious about really wanting to get the matter resolved, then "put your cards on the table". That's what I encourage.

Jim: *Would you suggest adjourning for some period of time following a deadlock? If so, what, if anything, do you do in that time?*

Pamela: It would usually be quite late into a mediation and when I was satisfied that it was fruitless to go further at that time. Consider adjourning, taking a break, letting people clear their heads, and it may be through that stepping back, that fresh ideas or a different perspective will come to them.

There's strong evidence in neuroscience on how breaking out of thinking about things logically and just sort of relaxing the brain, can help in ideas coming forth. I think this is the ideal situation where that can happen. I think it is important that you do set a date to get back together, and I may or may not do anything in the interim. I may just let sleeping dogs lie; it just depends on the situation.

Joy: Everything Pam is saying is entirely valid, but you want to balance that with the risk of losing momentum. You know, in employment cases, usually people are there to resolve it that day. I'm all for taking breaks when people need to obtain or verify information. Rather than ending a mediation, I might ask: "Should we break for a couple of hours and you can go back to the head office, or you can make a few calls, what do you say about that?" as opposed to ending the mediation.

Breaks are great for getting additional information, for thinking things over, as Pam says, allowing the brain to relax and become a little more creative, but too much of a break means momentum can be lost.

Jim: We'll close with some input from Richard Weiler who was unable to participate in the roundtable. (He was conducting a mediation!) Asked about inventive or risky or long shot successful attempts to restart a deadlocked process, he provided the following.

Richard Weiler: I find the "Double-Blind" a pretty reliable tool, notwithstanding recent criticism of it. I use it at the mediation and following the session. The idea is that when the parties have reached their apparently "true points of resistance" (mediators

never mention "bottom line"), I will pitch a number and other settlement terms at both (or all) sides asking them simply to respond with a YES or NO. If everyone says YES, we have a deal on those terms. If everyone says NO, I'm wide open to suggestion. The key is that if anyone says NO, there's obviously no deal, but I promise that I won't disclose any YES answers I've received. Thus, parties can say YES to my proposal without prejudicing themselves if the double-blind fails to produce a settlement.

I've found that, with care, even if I get a NO, so long as at least one party said YES, it's often possible to carefully sniff around and still pull something together.

Jim: It's clear that experienced mediators don't just walk away from a deadlock. There are lots of creative ways to move the process forward. Thanks for sharing some of your techniques. ☘

Impasse :

Ce qu'un médiateur peut faire lorsque les parties s'apprêtent à rompre les discussions Nous avons demandé à quatre médiateurs en chef au pays de se réunir pour discuter de la façon de dénouer une impasse. Nous vous invitons à « écouter » leur discussion sur ce sujet. Cette table ronde est animée par Jim McCartney et nous l'en remercions.

Jim McCartney, McCartneyADR Inc., Pamela Large-Moran, CRS Atlantic, Joy Noonan, Aptus Conflict Solutions, Gary Fitzpatrick, Fitzpatrick & Company, Richard Weiler, rickweiler.com

Édité par Jim McCartney

Jim McCartney : Lorsque les parties affirment qu'elles ne sont pas parvenues à s'entendre, que faites-vous en tout premier lieu?

Pamela Large-Moran : Je veux comprendre la nature de l'impasse; s'agit-il d'une tactique (une stratégie de négociation) ou d'une question de fond, comme un élément émotionnel ou la non-satisfaction d'un intérêt sous-jacent d'une des parties? Selon la nature de l'impasse, je pourrais examiner leur perception du problème. S'il s'agit d'une perception étroite, je pourrais peut-être tenter de reformuler le problème et les aider à clarifier les enjeux.

Je pourrais approfondir davantage la possibilité d'un besoin ou intérêt non satisfait ayant mené à l'impasse et examiner le processus; ce dernier convient-il à toutes les parties? Serait-il possible de modifier un élément du processus?

Je pourrais aussi chercher à savoir si les parties ont examiné toutes les possibilités pour combler l'écart qui les sépare et, si ce n'est pas le cas, suggérer à chacune de prendre du recul, de considérer la situation dans son ensemble et de leur demander quel est l'élément auquel elles n'ont pas encore pensé.

Joy Noonan : Pam indique qu'elle tenterait de « décoder » les comportements des participants et d'essayer de déterminer si la situation se prête à un règlement. S'ils ont fait des progrès, il faut leur dire. Je voudrais les féliciter d'avoir précisé les points litigieux et leur montrer où nous avons commencé et où nous sommes rendus afin de déterminer si je suis en mesure de relancer les discussions. Je dirais un mot sur la division entre les deux zones

d'entente. Je tente habituellement d'inclure une discussion portant sur les coûts inhérents aux étapes subséquentes en rencontrant les avocats séparément, mais en présence de leurs clients respectifs, si cela convient, puis je les encouragerais à poursuivre les entretiens. Mais je crois que c'est tout ce que nous pouvons faire.

Si aucun progrès n'est réalisé (nous avons tous été confrontés à une telle situation) et qu'un monde sépare les parties, la tâche est beaucoup plus ardue. Mais même dans un tel cas, j'essaie de les rapprocher; si le climat est favorable, je tente simplement d'obtenir des parties qu'elles reprennent les discussions dans un délai déterminé alors qu'elles auront précisé les enjeux de la négociation.

Gary Fitzpatrick : Si, après avoir suivi certaines des suggestions de Pamela et Joy, je constate des failles, je vais chercher une façon de susciter une réflexion chez les gens. Par exemple, s'il semble que l'on néglige un intérêt sous-jacent, je pourrais indiquer : « Et si nous faisions ceci ou cela ou si j'allais en discuter avec eux? ».

Si j'ai l'impression qu'une des parties se ferme parce qu'elle craint de ne pas être en mesure de conclure une entente et refuse de faire connaître ses opinions ou positions si cela ne permet pas de réaliser des progrès, je dis parfois que je vais essayer d'aller parler à l'autre partie et si je parviens à relancer le tout, alors... ? Si le problème est attribuable au fait que l'autre partie laisse courir le bruit qu'elle est à court d'argent, si je parvenais à obtenir d'elle

l'assurance qu'elle peut faire appel à quelqu'un ou non, par exemple, si je constate une hésitation ou une faille.

Jim : Que conseillez-vous à un médiateur de faire lorsqu'une des parties fait une offre à prendre ou à laisser qui est inacceptable ?

Joy : Je vais m'assurer qu'il s'agit effectivement d'une offre finale. Je veux avoir la certitude que s'il ne s'agit pas d'une offre finale, celle-ci s'en approche sérieusement avant que nous balisions ce que la partie dit à l'autre. Sinon, elle pourrait se retrouver dans une position où elle-même perdra la face si elle obtient de l'autre partie un élément qui se trouve dans sa zone d'accord possible, mais qu'elle a erronément indiqué qu'il n'y figurait pas. L'autre partie pourrait également ne pas mettre sur la table un élément qui aurait pu être acceptable ou quasi acceptable.

J'encourage toujours l'autre partie, même si elle s'apprête à rejeter un ultimatum, à me communiquer sa meilleure offre finale, car il est souvent surprenant pour les parties de constater qu'elles sont beaucoup plus proches qu'elles ne le croyaient.

Gary : Si nous n'en sommes qu'au début du processus, je leur recommanderais certainement d'éviter de procéder ainsi. Je leur indiquerais très tôt qu'un négociateur en dix étapes se trouve de l'autre côté et que la partie sera difficile.

Même lorsque la fin approche, je leur déconseillerais de faire une offre finale, mais plutôt de conserver un atout, car l'autre partie voudra leur revenir. Si j'ai l'impression qu'il ne s'agit pas d'une offre finale réaliste, même en fin de processus, je pourrais indiquer que je suis d'avis qu'ils devraient la faire en personne. Cela permet habituellement de découvrir s'il s'agit d'une offre finale finale. Si la partie essaie d'exprimer qu'elle approche de son offre finale, elle dira habituellement non, acceptez-la. Si je perçois qu'il ne s'agit pas de son offre finale, je la présenterai à l'autre partie en indiquant que je sais que vous voudrez la mettre à l'épreuve, mais j'ai l'impression qu'elle est très proche d'une entente. S'il s'agit d'une situation dans le cadre de laquelle les parties ont négocié auparavant, comme dans le cas d'une blessure où l'expert d'assurance a déjà échangé avec l'avocat du demandeur, elles sauront qu'elles sont très proches de la fin, et feront une offre qui s'en approchera sérieusement, puis une entente sera conclue rapidement.

Pamela : S'il s'agit d'une tactique de négociation, je crois qu'il est important que le médiateur ne cède pas au bluff d'une partie. Mais si ce n'est pas le cas, il faut parfois indiquer à l'autre partie, en toute honnêteté, voici ce qu'elle a dit et comment vous percevez le tout.

Jim : Lorsque l'autre partie demande : « Pensez-vous qu'il s'agit de leur offre finale », que dites-vous ?

Gary : Je leur dis habituellement de proposer quelque chose qui leur convient, puis d'attendre leur réaction. Je vais dire : « Je suis plutôt confiant de pouvoir les retenir dans la pièce, mais vous de-

vez être prêt au fait qu'ils puissent me renvoyer avec un « non, c'est leur offre finale »; vous serez alors tenu de céder ».

Joy : Je procède de la même façon; j'encourage une contre-offre s'il est clair qu'ils n'accepteront pas ce résultat.

Jim : Comment procédez-vous lorsque les parties se trouvent dans une impasse et vous savez que l'une d'elles est en possession d'éléments pertinents non divulgués ?

Par exemple, des enregistrements dans les cas de blessures; les assureurs détiennent souvent de telles preuves qu'ils ne souhaitent pas montrer au demandeur, mais ils veulent que ces preuves exercent une influence dans la négociation.

Un autre exemple, lorsqu'une des parties en présence ne divulgue pas une certaine échéance, quelque chose devant arriver à une certaine date, sinon cela représente un problème pour elle. En tant que médiateur, vous êtes au courant de cet aspect, mais cela ne doit pas être divulgué. Que faites-vous ?

Gary : J'utilise l'exemple suivant : C'est comme si je négociais avec vous; vous ne le savez pas mais je cache quelque chose derrière moi, comme une arme. Vous négociez en partant du fait que le pire des scénarios est que nous en viendrons aux mains. Ma vision est totalement différente de la vôtre; nous avons deux systèmes de référence totalement différents, et c'est ce qui se passe ici.

Habituellement, si la discussion se déroule ainsi au cours de la négociation, lorsque vous arrivez au point d'impasse, vous pouvez leur dire : Si vous voulez un jugement équitable pour les deux parties, vous avez tout intérêt à trouver un moyen de divulguer cette information sinon vous serez inculpé.

Pamela : J'aime que mes processus de médiation se distinguent par leur transparence et une communication ouverte, et je le dis aux parties en présence. Bien évidemment, la décision leur revient de ne pas tout divulguer, ce qui peut faire partie de leur stratégie de négociation et quand le jeu devient serré, elles peuvent dévoiler cette information et obtenir ce qu'elles recherchaient. Je les rencontre alors et les aide à décider s'ils souhaitent ou non divulguer cette information; s'ils souhaitent la divulguer, je les conseille et leur apporte mon assistance.

Généralement, je ne vois pas cela souvent, surtout dans les dossiers d'assurances. Lorsque les assureurs disposent de preuves enregistrées, le demandeur est au courant bien avant la procédure de médiation.

Joy : Habituellement, les employeurs vous disent si, par exemple, ils détiennent une vidéo montrant votre client en train d'uriner sur les latrines (un ancien cas classique) et de tels dossiers se résolvent souvent bien vite!

Je pense que l'approche consistant à dire « Si cela se sait de toute

façon à un moment ou un autre », ou « Si vous voulez faire valoir cet élément pendant l'instruction, ou à un moment donné pendant ce processus, alors maintenant c'est le moment » fonctionne bien, et souvent donne des résultats probants.

Pamela : S'ils veulent sérieusement arriver à un règlement, il faut leur dire qu'ils « jouent cartes sur table ». C'est l'approche que je préconise.

Jim : *Suggérez-vous d'ajourner une instruction pendant un certain temps si le dossier est dans une impasse? Si tel est le cas, que faites-vous entre-temps?*

Pamela : Cela se produit habituellement lorsque la médiation est déjà très avancée et que je considère qu'il est inutile d'aller plus loin à ce moment-là. Il faut envisager d'ajourner une instruction, faire une pause, laisser aux gens le temps d'ordonner leurs idées; c'est en prenant du recul que l'on a de nouvelles idées ou voit la situation sous une perspective différente.

En neurosciences, des études démontrent de plus en plus que le fait de cesser d'analyser les choses de manière logique peut aider à faire progresser la réflexion, quand le cerveau est en quelque sorte dans un état de détente. À mon avis, si c'est possible c'est la situation idéale. À mon avis, il est important de fixer une date à laquelle on se réunit de nouveau, et entre-temps je peux faire tout autre chose. Parfois, il ne faut pas réveiller le chat qui dort; cela dépend de la situation.

Joy : Tout ce que dit Pam est tout à fait pertinent, mais on souhaite aussi contrebalancer la situation pour éviter de perdre l'élan initial. Vous savez, dans les conflits de travail, généralement les gens veulent régler le problème la journée même. Je suis tout à fait d'accord de faire des pauses lorsqu'il faut obtenir ou vérifier certains renseignements. Plutôt que de mettre fin à une médiation, je pose la question suivante : « Devrions-nous faire une pause de quelques heures, vous pouvez retourner alors au siège social ou vous pouvez faire quelques appels; que pensez-vous de cette proposition? », ce qui est nettement préférable.

Faire des pauses permet d'obtenir des renseignements supplémentaires, de repenser à l'ensemble, et comme le dit Pamela; cela permet au cerveau de se détendre, d'être plus créatif; mais d'un autre côté cela peut couper tout l'élan.

Jim : *Nous allons conclure avec une remarque de Richard Weiler qui n'a pas pu participer à cette table ronde. (Il était en train de mener une médiation!) Questionné au sujet des tentatives fructueuses, inventives, risquées ou sans grand espoir de succès, pour relancer un processus qui se trouve dans une impasse, il a donné la réponse suivante :*

Richard Weiler : Je pense que la méthode « en double aveugle » est un outil particulièrement fiable, malgré les critiques dont elle a fait récemment l'objet. Je l'utilise pendant la médiation et après la réunion. L'idée est que, lorsque les parties ont atteint leur « point de rupture » (les médiateurs ne parlent jamais de « résultats »), je présente plusieurs conditions de règlement aux deux parties, ou à toutes les parties en présence, en leur demandant simplement de répondre par OUI ou NON. Si quelqu'un répond OUI, nous discutons de la condition proposée. Si tout le monde dit NON, je suis totalement ouvert aux suggestions. Le point clé est que, si quelqu'un dit NON, il ne peut y avoir de négociation, mais je promets de ne divulguer aucune réponse positive qui m'est transmise. Ainsi, les parties en présence peuvent accepter ma proposition sans se porter préjudice si la méthode en double aveugle ne permet pas d'arriver à un règlement.

Je suis arrivé à la conclusion que, en faisant preuve de doigté, même si j'obtiens une réponse négative, tant qu'une des parties dit OUI, il est souvent possible de creuser le problème et d'arriver à une solution.

Jim : *C'est clair que les médiateurs expérimentés n'abdiquent pas lorsque la situation est dans une impasse. Il existe de nombreuses manières créatives pour faire progresser le dossier. Nous vous remercions de nous avoir présenté certaines des techniques que vous utilisez.* 

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 reconnus comme étant la norme idéale en matière de règlement des conflits à l'échelle national.

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

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



Pascal Kewa
Mutombo

An Overview of Intercultural Mediation

Pascal Kewa Mutombo has a Masters in Law, specializing in Dispute Avoidance and Resolution, from the University of Sherbrooke. He has a certificate from the Neutral Third Party program of the Canadian Institute for Conflict Resolution in Ottawa. He was a judge at the Appeals Court in the Democratic Republic of Congo, and is a mediator at the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec. This article, based on his professional experience, was inspired by a presentation he made at a Montreal Symposium for institutional mediators organized by the IMAQ (Institut de Médiation et de l'Arbitrage du Québec).

Introduction

Mediation is an intervention in a relationship that has either broken down or is, at the very least, damaged. Whether involving a business, family or organizational relationship, the parties in the dispute have been injured in some way. They are, therefore, under intense emotional pressure when trying to resolve their dispute.

One of the mediator's¹ first challenges is to work with the injured parties, to empower them to look for solutions to the dispute. The mediator must have a good idea of the scope of their injuries and how these might affect each party's ability to act during mediation. The parties become capable of taking over the mediation process when they can relive the events, explain how they felt in the situation and focus their thinking on possible solutions.

The mediator, therefore, faces a daunting challenge in helping these people express their emotions, recognize the intense emotional load brought on by the conflict and, finally, help them to see that the dispute cannot be resolved based on these emotional feelings alone.² Through structured professional interventions, the mediator helps each party to identify the problem, define the interests, needs and values that lie behind the claims being made, and encourage recognition of mutual or shared interests, as well as the respective needs and shared values. Achieving the desired outcome, which means forging a solution together, the mediator's intervention abilities must be founded on values that all participating parties accept and share.

Values and Cultural Diversity

A culture is a pattern of somewhat formal-

ized ways of thinking, feeling and acting, which are learned and shared by a majority of the people. The effect of this pattern is to meld these people, both objectively and symbolically, into a distinct and particular community.³ A culture is thus made up of a society's customs, beliefs, knowledge, language, ideas, convictions, values, laws and material production.

Culture is the ideal place to address key individual and societal issues such as identity, belonging, recognition, values, customs, beliefs, art, education and lifestyle. Understanding culture also contributes "to all the acquired knowledge needed to develop a critical eye, taste and judgment."⁴

My belief is that true culture should not be confused with the currently widespread reduction of culture to a commodity. This process diminishes culture through mass standardization, reducing it to mere entertainment. The industrialization of culture does not help us to open up and experience the world, but simply reinforces cultural consumerism.

I see culture rather as the foundation and driving force of a society's fundamental values, in which the members of that society can recognize themselves.

Similar values exist in most cultures, since certain values are universal, while leaving their own special imprint on the soul of any given people. Cultural values are an interpretation of the world-view of each society. For example, family and marriage are fundamental values in many societies. However, depending on the culture, the family may be either nuclear, i.e. limited

to parents and their children, or extended, including members outside of the nucleus. Similarly, depending on the culture, marriage is a union between two consenting adults or an alliance between the family groups of the husband and wife.

The wise mediator should not forget that parties will bring to a mediation process certain universal values marked by their own particular cultural imprint. To help the parties appropriate the mediation process for themselves and take responsibility throughout its various stages, the mediator must be sensitive to their values.

There are cultures in which, from an early age, people learn to look others in the eye when speaking, to show sincerity. However, in other cultures, looking a person in the eye, particularly when that person is in a position of power or authority, is a sign of disrespect and considered *lèse-majesté*. My mediation practice has taught me that any culture can be replete with traps and pitfalls. It is always dangerous to view cultures we don't know through the lens of our own culture. This can lead to misplaced judgments and prejudice.

In the 21st century, Canadian cities have become extremely cosmopolitan, and globalization has reached out to our rural areas as well. The developing countries possess a significant amount of wealth, and for years have been major partners in business and in helping find solutions to international problems. Can we afford to ignore their culture and its impact on transactions and disputes? Yet, what is the impact of cultural values on mediation and therefore on the mediator's work?

Mediation and Cultural Diversity

A dispute is often a conflict of values. A claim is a means of attaining the value in dispute. Behind the dispute is a conflict of values between the parties. To resolve this conflict, one must first identify the values in dispute and then consider to what extent they are shared values.⁵ Mediation is an intervention that establishes a relationship between professional and client, and in all mediations the mediator must deal with human emotions.

How do you acknowledge the other side's values if they differ from your own? Mediation requires acceptance of these differences. To the extent that we are dealing with common values, or recognized and shared values, it is possible to create options.

The mediator must work at empowering the parties to take matters into their own hands during the mediation process. To do this, during pre-mediation, he must determine each party's perception of the conflict, and of the injury done and its possible resolution. Based on the views of both parties, the mediator intervenes to empower them in the mediation process. The preliminary work helps establish equilibrium between the parties during the mediation sessions while fostering de-escalation and elimination of perceptual bias.

Would a person who comes from a culture in which authority is not questioned be at ease during mediation when facing their former superior, who is there to represent the employer involved? Can we expect that person to find a solution together with the former employer without specific preparatory work on empowerment? Moreover, wouldn't a person coming from a culture in which authority cannot be challenged have great expectations of the mediator, whom they would perceive as a person in power, charged with taking steps to re-establish social peace? We can well imagine a mediation session in which an incorrect perception like this needs to be identified and corrected. We can help these people by having someone accompany them to provide support during the mediation session.

Also, we generally find in conflicts a perceptual bias that is either reciprocal or expressed from one party toward the other. The persistence of a perceptual bias is an obstacle to re-establishing or improving the interpersonal relationship. Acknowledging the cultural profiles of the conflicting parties and the differences in their values enables the mediator to adopt a different perspective that will favour de-escalation, cooperation and a change in the relationship.

People who come from community-based cultures tend to see themselves in terms of the group to which they belong. Since this sense of belonging acts like an umbilical cord, such people may consult patriarchal figures or important people in their extended family before making a decision. They may also seek general solutions in order to prevent what happened to them from happening to others. In these cultures, the social role assigned to each person is important. If the dispute has violated the social role of the complaining party, then one would expect them to claim compensation that may seem unreasonable to those unfamiliar with their cultural code. In some cultures, explicit apologies may constitute a greater value than financial compensation.

The mediator must establish the perceptions and expectations of each party, effectively avoid misunderstandings and work wisely on empowerment. If one of the parties perceives the mediator as an authority figure called upon to resolve the conflict to restore social peace, then this party would expect the mediator to negotiate for her or him, or provide specific solutions.

Challenges for the Mediator

The mediator would be wise to avoid universal attitudes that can translate into the negation of cultural differences or their relevance. As a professional, the mediator must be free of any ethnocentric bias. Ignoring the cultural profile of the parties in a conflict can make one of the parties vulnerable while giving the other party a significant advantage; this will create the feeling that neither has obtained justice. Yet mediation is often called upon as a viable

alternative to traditional forms of justice. When parties withdraw from the mediation process, this can often be explained by frustration that their basic values were not taken into consideration. Furthermore, a person who has already accepted a settlement offer may sometimes reconsider it, influenced by "hidden decision-makers" who were not encouraged to come into the mediation room to provide counsel.

Mediators and teachers must develop a certain expertise and sensitivity in cultural diversity while accepting that values play a role during the mediation process. Mediation achieves more when sufficient time is given to preparing for the session. This should not take place when, in the mediator's opinion, the parties are not ready to participate fully. In other words, the time devoted to pre-mediation is an investment worth its weight in gold. I personally believe there should be no mediation without pre-mediation.

It is during the pre-mediation interviews that the mediator discovers each party's perception of the dispute, their idea of possible compensation and their expectations for conjunctural and/or structural solutions. Based on this key information, the mediator will plan and adjust a strategy for empowering both parties. Fast-track conciliation under pressure of imminent deadlines does little to help either the mediator or the non-judicial resolution of the dispute.

Conclusion

Personal experience teaches you to keep a notebook of your pre-mediation interviews and of the mediation sessions, in which you can write down the plans, methods and strategies developed over years of practice. If it is true that no one can be a specialist in different cultures, I remain convinced that the training and practice of mediators in the age of globalization must include an intercultural component. Mediators can certainly benefit from acquiring and developing some sensitivity toward cultural diversity, particularly if they intend to practice transformative mediation as a new form of justice.

Parties that appropriate the mediation pro-

cess for themselves will learn a new life experience that can be applied in other circumstances in which they need to talk to other people. If we follow this approach, the culture of mediation will gradually take hold.

- 1 ANTAKI, N. *Le règlement amiable des litiges*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1998.
- 2 BUSH, R.A., and J.P. FOLGER, *The Promise of mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*, San Francisco, Jossey-Bass, 1994.
- 3 LALONDE, L., and G.A. LEGAULT (2005), *La médiation organisationnelle : une intervention spécifique aux organisations ? Quelques réflexions*, in RPRD vol. 2, no. 3, Éditions Yvon Blais, pp. 1-29.
- 4 LEGAULT, G.A. (2004), *Les émotions, les valeurs et la médiation*, in RPRD vol. 2 no. 1, pp. 15-33.
- 5 MUTOMBO, P.K. (2008), *Quel modèle pour la médiation en vertu de la Charte des droits et libertés de la personne ?*, in RPRD, vol. 6, no. 1, Éditions Yvon Blais, pp. 19-34.

Un coup d'oeil sur la médiation interculturelle

Pascal Kewa Mutombo est détenteur d'une maîtrise en droit, spécialisée en prévention et règlement des différends de l'université de Sherbrooke. Il détient un certificat de Tiers Partie Neutre (programme de 160h) de l'Institut Canadien pour la Résolution des Conflits d'Ottawa. Il a été juge à la cour d'appel en République Démocratique du Congo, il est médiateur à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec. Cet article, basé sur son expérience professionnelle, est inspiré d'une présentation qu'il a faite au Colloque organisé à Montréal par l'IMAQ à l'intention des médiateurs institutionnels.

Introduction

La médiation est une intervention qui opère sur une relation brisée ou, à tout le moins, affectée. Qu'il s'agisse d'une relation d'affaire, familiale ou organisationnelle, les parties impliquées dans le différend sont des personnes blessées. Ces personnes sont soumises à une charge émotionnelle intense quand elles s'impliquent dans la recherche de solutions à leur différend.

Un premier défi se dresse devant le médiateur¹, il s'agit de travailler avec des personnes blessées en vue de les rendre capables de s'impliquer dans la recherche des solutions à leur différend. Le médiateur doit se faire une bonne idée de l'ampleur des blessures et leurs conséquences sur la capacité des parties d'agir en médiation.

Les parties sont capables de s'approprier le processus de médiation quand elles peuvent restituer le vécu des faits, expliquer comment elles se sont senties dans la situation et expliciter leurs pensées quant aux solutions envisageables.

C'est donc un défi de taille pour le médiateur d'amener les personnes à exprimer leurs émotions, à reconnaître la charge de cette émotion dans le conflit et enfin à les aider à réaliser qu'elles ne peuvent pas penser régler leur différend à partir de ces seules émotions². Le médiateur, par des interventions professionnelles structurées, assiste chaque partie pour l'amener à identifier le problème commun, à cerner les intérêts, besoins ou valeurs derrière les réclamations et à favoriser la reconnaissance d'intérêts communs ou partagés, de besoins respectifs ou de valeurs partagées. Pour

atteindre le résultat escompté qui consiste à construire ensemble une solution au problème, l'activité communicationnelle du médiateur est appelée à s'inspirer des valeurs reconnues et partagées par toutes les personnes participantes.

Valeurs et diversité culturelle

La culture représente un ensemble lié des manières de penser, de sentir et d'agir plus ou moins formalisées qui, étant apprises et partagées par une pluralité des personnes, servent d'une manière à la fois objective et symbolique à constituer ces personnes en une collectivité particulière et distincte³.

La culture comprend donc la coutume, les croyances, les connaissances, la langue, les idées, les convictions, les valeurs, les lois et la production matérielle d'une société.

La culture est le lieu par excellence de questions aussi centrales, pour une personne et pour une société, que celles du sens, de l'identité, de l'appartenance, de la reconnaissance, des valeurs, des coutumes, des croyances, de l'art, de l'éducation, des modes de vie. Et la maîtrise de la culture renvoie aussi « à l'ensemble des connaissances acquises qui permettent de développer son sens critique, le goût et le jugement⁴ ».

La culture, selon notre propos, n'est pas à confondre avec le processus actuellement répandu de réduction marchande de la culture. Ce processus appauvrit la culture par la standardisation de masse et par sa réduction au simple divertissement. Dans le

contexte d'industrialisation de la culture, celle-ci n'est pas une manière d'éprouver le monde et de s'y ouvrir, mais le support d'un consumérisme culturel.

Notre propos s'intéresse à la culture considérée comme le socle et le véhicule des valeurs fondamentales d'une société dans lesquelles les membres de cette société se reconnaissent et s'identifient.

Les mêmes valeurs se retrouvent dans la plupart des cultures, il y a des valeurs universelles, mais elles portent une empreinte spécifique à l'âme profonde de chaque peuple. Les valeurs culturelles traduisent la vision du monde de chaque société humaine. La famille et le mariage, par exemple, sont des valeurs fondamentales dans bon nombre des sociétés. Cependant, selon les cultures la famille est soit nucléaire parce qu'elle se limite aux parents avec leurs enfants, ou la famille est élargie parce qu'elle inclut plus d'une unité familiale nucléaire jusqu'à un certain degré. De même, selon les cultures, le mariage est une union entre deux personnes adultes consentantes ou une alliance entre les groupes familiaux des époux.

Un médiateur avisé ne devrait pas oublier que les parties à la médiation viennent avec des valeurs universelles marquées de leur empreinte culturelle spécifique. Pour permettre aux parties de s'approprier le processus de médiation et de s'assumer à travers les différentes étapes, le médiateur devrait faire preuve de sensibilité à l'égard de leurs valeurs.

Il y a des cultures où, dès le bas âge, on apprend à fixer son interlocuteur dans les yeux pour le rassurer qu'on lui dit la vérité. Dans d'autres cultures fixer l'interlocuteur dans les yeux, particulièrement quand il est dépositaire ou représentant de l'autorité, est un signe d'irrespect et un crime de lèse-majesté.

Ma pratique de médiation m'a appris que la culture enferme le piège de l'enfermement culturel. En effet, il est hasardeux d'apprécier les cultures que l'on ne connaît pas au regard des seuls repères de sa propre culture. Il y a alors risque de juger et de préjuger à tort.

Au 21^e siècle les villes canadiennes sont devenues cosmopolites et la mondialisation n'épargne pas nos campagnes. Les pays émergents détiennent une part non négligeable de la richesse et ils sont, depuis des années, des partenaires incontournables dans les affaires et dans la recherche des solutions aux problèmes internationaux. Peut-on ignorer leur culture et son impact dans les transactions et les différends ? Mais, quelle est l'incidence des valeurs culturelles sur la médiation et donc sur le travail du médiateur ?

Médiation et diversité culturelle

Un différend est souvent un conflit des valeurs. La réclamation est un moyen pour atteindre la valeur en cause. Derrière le différend existe donc un conflit des valeurs entre les parties. Pour résoudre ce conflit, il faut, d'une part, identifier les valeurs en cause et voir, d'autre part, dans quelle mesure elles sont partagées⁵.

La médiation est une intervention qui met en relation un professionnel et son client, le médiateur doit composer avec les émotions dans toutes les médiations.

Comment peut-on reconnaître les valeurs de l'autre si elles sont différentes des siennes ? La médiation requiert l'acceptation de la différence. Dans la mesure où les valeurs sont communes ou reconnues et partagées pour la résolution du problème, la création d'options devient possible.

Le médiateur doit travailler la capacitation

des parties pour qu'elles se prennent en charge dans le processus de médiation. Pour ce faire, il doit, en pré-médiation, déterminer avec chaque partie sa conception du conflit, sa perception de l'évaluation du préjudice et de sa réparation. Sur base de la vision de chaque partie, le médiateur entreprend des interventions destinées à la rendre capable de s'assumer dans le processus de médiation. C'est ce travail préalable qui contribue à garantir l'équilibre des parties pendant les séances de médiation et qui favorise la désescalade et l'élimination du biais perceptuel.

En effet, une personne issue d'une culture où l'autorité ne se conteste pas sera-t-elle à l'aise pour affronter, en médiation, la présence de son ancien supérieur hiérarchique venu représenter l'employeur mis en cause ? Peut-on espérer qu'une telle personne, sans un travail particulier de capacitation, puisse co-construire une solution avec son ancien employeur ? Bien plus une personne tributaire d'une culture où l'autorité ne peut être contestée n'aura-t-elle pas de trop grandes attentes envers le médiateur, perçu comme dépositaire de l'autorité et chargé de prendre les mesures destinées à rétablir la paix sociale ? Peut-on envisager une séance de médiation sans qu'une telle perception inexacte ne soit identifiée et corrigée ? On pourrait utilement aider une telle personne à se faire accompagner, lors de la séance de médiation, par une personne qui pourrait le soutenir.

D'autre part, on retrouve généralement dans un conflit un biais perceptuel soit réciproque soit d'une partie envers l'autre. La persistance du biais perceptuel est un obstacle au rétablissement ou à l'amélioration de la relation interpersonnelle.

La connaissance du portait culturel des parties au conflit et de la différence de leurs valeurs permet au médiateur de leur apporter l'éclairage qui favorisera la désescalade et favorisera la coopération et la transformation des rapports humains.

Une personne issue d'une culture de type communautaire se définit par rapport à son groupe d'appartenance. Son lien d'appartenance est un véritable cordon ombilical,

cette personne aura tendance à consulter les patriarches et notables de sa famille élargie avant de prendre une décision. Elle pourrait aussi avoir tendance à rechercher des solutions globales pour éviter que ce qui lui est arrivé n'arrive aux siens. Dans une telle culture, le rôle social dévolu à chaque membre est important. Si le différend a porté atteinte au rôle social de la partie plaignante, il faut s'attendre à ce qu'elle réclame des réparations qui pourraient paraître déraisonnables à ceux qui ne connaissent pas son code culturel. Les excuses explicites peuvent, dans certaines cultures, constituer une valeur plus grande qu'une compensation monétaire.

Le médiateur doit déterminer la perception et les attentes de chaque partie à son égard, il dissipera ainsi efficacement les malentendus et travaillera la capacitation à bon escient. En effet, si pour une des parties le médiateur est un dépositaire de l'autorité appelé à trancher le conflit pour ramener la paix sociale. Cette partie pourrait s'attendre à ce que le médiateur négocie pour lui ou lui suggère les solutions indiquées.

Quelques défis du médiateur

Le médiateur gagnerait à éviter une attitude universaliste qui se traduirait par la négation de la différence culturelle ou de sa pertinence. En tant que professionnel, le médiateur ne devrait pas non plus avoir une attitude ethnocentrique. En effet, l'ignorance du portait culturel des parties en conflit pourrait vulnérabiliser l'une des parties et procurer un avantage non négligeable à l'autre, ce qui ne contribuera pas à donner à toutes les parties le sentiment d'avoir obtenu justice. Or la médiation est appelée à être une véritable alternative au mode traditionnel de justice. Certains retraits des parties du processus de médiation s'expliquent par les frustrations liées au fait que leurs valeurs fondamentales n'ont pas été prises en considération. Bien plus, une personne qui a déjà accepté une offre de règlement peut parfois la remettre en question sous l'influence des « décideurs dans l'ombre » qui n'ont pas été encouragés à venir dans la salle de médiation pour conseiller la personne impliquée.

Le médiateur et les formateurs devraient

développer une sensibilité et une expertise à la diversité culturelle et se convaincre de la pertinence des valeurs dans la médiation.

La pratique de la médiation gagnerait à consacrer suffisamment de temps à la préparation de la séance de médiation, celle-ci ne devrait être convoquée que si, de l'avis du médiateur, les parties sont prêtes à y participer pleinement. En d'autres termes le temps consacré à l'étape de pré-médiation est un investissement qui vaut son pesant d'or. Il nous semble qu'une médiation sans pré-médiation ne devrait pas exister.

C'est à l'occasion des entrevues de pré-médiation que le médiateur découvrira la conception de chaque partie concernant le

différend, sa vision des réparations possibles et ses attentes des solutions conjoncturelles et/ou structurelles. Sur base de ces informations pertinentes le médiateur planifiera et ajustera sa stratégie de capacitation des parties.

Les conciliations à la sauvette sous la pression de certaines échéances imminentes n'honorent ni le médiateur ni la résolution non judiciaire des différends.

À titre de conclusion

Notre expérience personnelle nous a convaincu de l'utilité de tenir un cahier de préparation des entrevues de pré-médiation et des séances de médiation, dans lequel on consigne le plan, la méthode et les stratégies développées au fil des années de

pratique. S'il est vrai que nul ne peut se spécialiser dans les diverses cultures, nous demeurons convaincu que la formation et la pratique des médiateurs, à l'ère de la mondialisation devrait inclure un volet interculturel. En effet, le médiateur gagnerait à acquérir et développer une sensibilité à la diversité culturelle, particulièrement s'il entend pratiquer la médiation transformative comme une nouvelle offre de justice.

Les parties qui s'approprient le processus de médiation apprennent ainsi une nouvelle expérience de vie qu'elles pourront reproduire dans d'autres circonstances ou dont elles pourront parler à d'autres personnes. C'est dans cette approche que progressivement s'installera la culture de la médiation. ♣

1 ANTAKI, N. *Le règlement amiable des litiges*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1998

2 BUSH, R.A., et J.P. FOLGER, *The Promise of mediation : Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*, San Francisco, Jossey-Bass, 1994

3 LALONDE, L., et G.A. LEGAULT (2005), *La médiation organisationnelle : une intervention spécifique aux organisations ? Quelques réflexions*, dans RPRD vol 2 n°3, Éditions Yvon Blais, p.1-29.

4 LEGAULT, G.A. (2004), *Les émotions, les valeurs et la*

médiation, dans RPRD vol 2 n°1, p.15-33.

5 MUTOMBO, P.K. (2008), *Quel modèle pour la médiation en vertu de la Charte des droits et libertés de la personne ?*, dans RPRD, vol 6 n° 1, Éditions Yvon Blais, p.19-34.

We congratulate the following members of ADR Canada who received the designations: Chartered Arbitrator and/or Chartered Mediator:

- René Beaupré, C.Arbitrator, C.Mediator, Quebec
- Sheila Begg, C.Mediator, British Columbia
- Thierry Bériault, C.Mediator, Quebec
- Marc Brouillette, C.Mediator, Quebec
- Marie-Josée Brunelle, C.Mediator, Quebec
- J. Garth Cambrey, C.Arbitrator, British Columbia
- Genevieve Chornenki, C.Arbitrator, Ontario
- Howie Clavier, C.Arbitrator, C.Mediator, Ontario
- Lise Delisle, C.Mediator, Quebec
- Oliver Després, C.Arbitrator, C.Mediator, Quebec
- Guy Dufort, C.Mediator, Quebec
- Cindy Dymond, C.Mediator, Ontario
- Jeffrey Edwards, C.Arbitrator, Quebec
- Michael Erdle, C.Arbitrator, Ontario
- Alain Fortin, C.Mediator, Quebec
- Céline Garneau, C.Mediator, Quebec
- Marielle Grimard, C.Mediator, Quebec
- Pamela Large-Moran, C.Mediator, PEI

- L. Paul Leclerc, C.Mediator, Quebec
- Harvey M. Haber, C.Arbitrator, Ontario
- William Horton, C.Arbitrator, Ontario
- Yves Marchand, C.Mediator, Quebec
- Robert Masson, C.Arbitrator, Quebec
- Nancy J. McAlder, C.Mediator, Alberta
- Claude Métras, C.Mediator, Quebec
- Jean Morrissette, C.Arbitrator, C.Mediator, Quebec
- Kathryn Munn, C.Arbitrator, Ontario
- Jacques Pettigrew, C.Mediator, Quebec
- Serge Pisapia, C.Arbitrator, C.Mediator, Quebec
- Jacques Pettigrew, C.Mediator, Quebec
- Michèle Rouleau, C.Mediator, Quebec
- Johanne Savard, C.Mediator, Quebec
- Michel Simard, C.Mediator, Quebec
- Tom W. Smith, C.Mediator, Alberta
- Laurent Thibault, C.Mediator, Quebec
- Mercedes Watson, C.Mediator, Ontario



ADR Institute of Canada

Arbitration and Mediation Handbooks

These two useful guides are excellent reference manuals for ADR practitioners. Those wishing to supplement their training will find them to be an invaluable educational resource. They are also superb primers and a great resource to familiarize anyone wishing to understand the arbitration and/or mediation process in a commercial or business context.

**ORDER THESE
ESSENTIAL TOOLS FOR
YOUR PRACTICE TODAY!**

The Arbitration Handbook

Topics covered include:

Definition of Arbitration; The function, qualities, duties and jurisdiction of the Arbitrator.

The Chartered Arbitrator: Principles, criteria, protocol and competencies; The Lawyer as Arbitrator.

Arbitration Options: Binding ~ Compulsory ~ Final Offer ~ Grievance ~ Interest ~ Court Annexed ~ Non-binding ~ Ad hoc ~ Contractual ~ Documents only.

Detailed Chapters on topics such as: The Appointment Process, Pre-hearing Matters, Rules of Evidence, The Hearing – Rules of Procedure, Summoning and Questioning Witnesses, the Hearing Record — all with sample checklists.

All aspects of The Award including how the Released Award is to be handled; Challenges, Appeals, and Attacks.

Some examples of Decisions and References as well as Statutes and Rules.

National Arbitration Rules, Code of Ethics, Discipline Procedures.

\$85.00 per copy (plus GST)

The Commercial Mediation Handbook

Topics covered include:

Introduction to Appropriate Dispute Resolution: Mediation, Arbitration, Litigation, Commercial Mediation and the Law, Role of Lawyers, etc.

Commercial Mediation - The Process, Nature of Conflict and Disputes, Dispute Prevention and Management, Mediation Techniques.

Combination Processes of Med/Arb, Arb/Med, Mediation & Last Offer Arbitration and Single Text.

The Mediator: Conduct, Competencies in Relationship Skills, Facilitation skills and Other Attributes.

The Chartered Mediator: Principles, Criteria and Protocol.

Change in Function, Co-Mediation, Authority/Jurisdiction, Rules of Natural Justice and Mediator Liability.

Full Chapter on Mediators' Tools and Techniques, and another on Pitfalls.

A full section on Managing the Mediation Engagement including The Appointment Process, Preparation, The Mediation Session, Memoranda of Understanding and Settlement Agreements.

National Mediation Rules, Model Code of Conduct for Mediators, Discipline Procedure, Errors and Omissions Insurance.

Decisions and References Section and Resource Library.

\$95.00 per copy (plus GST)

The 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 1 of the course, however a law degree or training in arbitration is not essential. The twenty-seven lessons cover concepts and procedures of contract and tort law, arbitration acts and procedures, evidence and court control of arbitration as well as awards and award writing, and the law as it applies in that context.

NEW!
UPDATED!
IMPROVED!

Students must complete one assignment each month which are marked by ADR Institute of 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. (Exam fee \$100) Includes the text: *The Law & Business Administration in Canada*, Smyth/ Soberman/ Easson.

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 and award writing. As in Part 1 of the correspondence program, each lesson is followed by an assignment. After all assignments have been completed there is an exam (fee \$100). Those who are not members of the legal profession must complete the first part of the correspondence program successfully before enrolling in Part 2.

Please note: The Arbitration Handbook (see reverse) is also required for this course, and must be ordered separately.

Price: \$789.00 per part (plus GST)

ORDER FORM

(Also available via our website: www.adrcanada.ca)

Name:	Company Name:	Company Web Site:	
Address:			
City:	Province:	Postal Code:	
Telephone:	Fax:	Email:	
Item	Cost	Quantity	Total
<u>The Arbitration Handbook*</u>	\$85.00		
<u>The Commercial Mediation Handbook</u>	\$95.00		
<u>Correspondence Course in Arbitration - Part 1</u>	\$789.00		
<i>Please note: The Arbitration Handbook* is also required for the Correspondence Course</i>			
<u>Correspondence Course in Arbitration - Part 2</u>	\$789.00		
<i>Please note: The Arbitration Handbook* is also required for the Correspondence Course</i>			
Add Postage and Handling for Correspondence Course Kit:		\$25.00	\$ 25.00
Add Postage and Handling for either Handbook:		\$15.00	\$ 15.00
<i>(Please contact us for rates on multiple copies or to send via express courier.)</i>			

ADR Institute of Canada, Inc.

234 Eglinton Avenue East, Suite 405

Toronto, Ontario, M4R 1J7

Toll free: 1-877-475-4353; Tel: 416-487-4447; Fax: 416-487-4429

Email: admin@adrcanada.ca; www.adrcanada.ca

Subtotal:

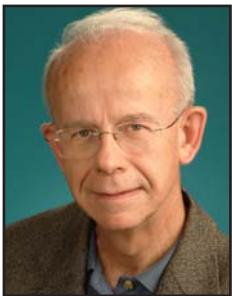
Add 5% GST (#R125294660)

Total

PAY BY VISA OR MASTERCARD

Credit Card #	Expiry Date:
Name on Card:	
Authorized Signature:	Total Amount: CDN\$

revised May 14, 2009



John Sanderson

Suppose you were appointed, as an ADR professional, to be on a design team of lawyers and officials from Government, the major Canadian churches, First Nations, and general counsel, and told to design an independent assessment process to decide claims where the alleged sexual and/or physical abuse in question occurred perhaps fifty or sixty years ago. You were told many of the alleged perpetrators had probably passed away years ago. You discover there are no existing records or reports of the abuse. You learn that the hearings should be designed so as it would take no more than one or two days for each case and yet be simple enough that a person with little or no education could file a claim and represent themselves. Sounds like a bit of a challenge, wouldn't you say? Well, that was the role given to a group of a dozen or so persons in 1999 who were tasked to develop what an effective Indian Residential School claims process would look like.

The process they created is unique in a world where many nations have to deal with claims of their indigenous people. It is a blend of three interrelated elements: reconciliation, healing, and compensation. The mechanics and the details were negotiated by churches, first nations, government, and claimant counsel. The resulting Model was established by contract, not legislation. The contract can be amended at any time as evidenced by the fact that the predecessor ADR Model has now been replaced by a newly expanded Independent Assessment Process (IAP) Model.

The first ADR claim was heard in 2002. Since then, the Indian Residential Schools Abuse Secretariat ("the Secretariat") and support staff has expanded to approximately 350 persons with the head office in Regina and offices in a number of cities

The Indian Residential School Claims Process

across Canada. Ninety-one Adjudicators have been appointed as well as four Deputy Chief Adjudicators and a Chief Adjudicator. It was originally anticipated that the IAP process would deal with approximately 12,500 claims over a five-year period, but that number is currently being revised significantly upward.

Perhaps the most difficult task facing the design team was to reconstruct the past by gathering, sorting, arranging, and verifying the records kept by the individual Residential Schools throughout Canada, including the far North, relating to staff, students, attendance, achievements, illnesses, and so on. It is astonishing, but typically Canadian, that the record-keeping was so extensive, although some schools kept more detailed records than others. For months, people combed through the records of the schools that still stand and dusty cardboard boxes removed from schools that have long since crumbled. Huge binders of materials were prepared containing lists of students and staff and other background materials for each school over the past decades of operation.

Who are the Claimants? Anyone who attended a Residential School may file a claim for sexual and/or physical abuse committed against them by an employee at the school. In certain limited circumstances, a Claimant may file a claim of student-on-student abuse where the school knew or should have known that such abuse was taking place. The claim form itself requires information about the Claimant's family history, their dates of attendance at the Residential School, a narrative account of the abuse that is alleged, a description of the harms that were caused, a recitation of the educational and employment history that followed, and any counseling or treat-

ment received. While it is intended that a Claimant may be able to fill out the form without assistance, most have a lawyer help them or use one of the resource persons that are available through the Secretariat to help them complete the paperwork.

The Claimant decides where they wish to have the hearing. It can be in a First Nation band office or the home of the Claimant. In other cases it is held in a lawyer's office, a hotel meeting room, or in some cases where the Claimant is ill, in the Claimant's hospital room.

The Process

The hearing process is inquisitorial rather than adversarial. The Government of Canada, which is the custodian of the process and responsible for its financing and its administration through the Secretariat, is usually represented by counsel. Only the Adjudicator can question witnesses, which normally is only the Claimant. Claimant counsel and Canada's counsel can suggest questions or invite the Adjudicator to explore particular facts, but it is up to the Adjudicator whether such questions are necessary or appropriate in the circumstances. The Adjudicator is able to prepare ahead of time for the hearing and the questioning of the Claimant, by reviewing the documentary evidence of the Claimant and the history of the school and its staff during the period covered by the claim.

If the alleged perpetrator is still alive and can be located, he or she is provided with a copy of the claim and given the opportunity to file a written statement denying or accepting the facts alleged. They may request to have a hearing, which if granted, is held separately from the Claimant's hearing and NEVER in the presence of the Claimant.

The Model contains a compensation scheme which is essentially a grid system with progressively higher entitlements as the compensable acts increase in seriousness and higher levels of detrimental harm. The Adjudicator has considerable discretion within each level of the grid itself to accommodate the unique circumstances of each claim. The grid components are: (1) Compensable Acts Committed; (2) Consequential Harm Caused; (3) Aggravating Factors Present; (4) Loss of Opportunity; and (5) Treatment and Future Care Plan.

The standard of proof for deciding compensable acts is balance of probabilities. Harms must be plausibly linked to the compensable act(s), a standard deliberately set lower than having to prove the acts themselves. Expert assessments (medical, psychological, psychiatric) may be required by the Adjudicator, where applicable, if those areas of the claim require substantiation from either the Adjudicator's or Canada's point-of-view. A healing plan may be awarded as part of the compensation with an upper limit of \$10,000 for counseling and/or general treatment or \$15,000 for psychiatric treatment. The total compensation to be awarded in deciding the claim cannot exceed \$450,000. The majority of awards are somewhere between \$75,000 and \$150,000.

Breaking a Life-Long Silence

Let me flesh out the process I have briefly outlined. In most hearings the Claimant is dealing with the trauma of serious physical and/or sexual abuse as a young child that occurred decades ago. Many times the Claimant has resorted to drugs, alcohol, attempted suicide, or other ways to cope with the inner pain and suffering they have endured. In some cases they have told no one about the abuse, even their spouse or other family members. When they come to the hearing they are asked to tell their story to someone they have never met and to break their life-long silence on the most painful thing that has occurred in their lifetime.

How does the Adjudicator construct a real sense of trust with the Claimant? In my case, I arrange that we sit side-by-side, after being introduced. We talk about their feelings at that moment. I ask about their

children, perhaps remark on a piece of jewelry they are wearing or ask about the eagle feather they may be carrying. We need to connect at the most basic human level. I ask if they wish to have a prayer or a First Nation ceremony. I explain what the hearing is all about, what my role is and that I need to ask questions so they can tell me their story.

As a mark of respect to a First Nations person, I maintain direct eye contact with the Claimant. My message is that I am honoured to be there and looking forward to hearing their words. First Nations people are story tellers by nature and most of the accounts of their experiences are incredibly moving and desperately sad.

Compensation is an important part of the claim process, and yet, in a remarkable number of cases, it is much less important than achieving a sense of reconciliation and healing. Over my career I have participated in many kinds of dispute resolution processes. This is the only one that has ever resulted in me being hugged at the end of the hearing and the Claimant tearfully saying how much it has meant to have their story acknowledged and heard with respect. It allows release from their bondage, often self-imposed, of holding

within the terrible secret of the abuse they suffered. It can bring about a sense of personal joy for finally being able to speak of the abuse. These are the most valuable and enduring results of the claim, not the dollars that may be awarded in the Adjudicator's decision.

Perhaps a brief story may help explain the significance of the IAP process from a Claimant's perspective. Recently, on short notice, I conducted an expedited hearing where the Claimant was terminally ill and on dialysis with kidney failure. She wanted desperately to tell her story before she passed away. The hearing was held with all participants scrubbed and gowned, standing by her bed in the hospital. A nurse stood by, monitoring her condition and signaling to me when I should pause before asking the next question. Finally, we got through enough of the evidence to satisfy the requirements of the Model. I thanked her for her courage and told her how I was honoured to have met her and heard her story. She looked up at me, smiled sweetly, and said "[t]hank you for listening so well. I can go now. I feel so much lighter." She passed away shortly thereafter. Her words are a testimonial of the value for Claimants of this extraordinary dispute resolution process. ♣

JOHN P. SANDERSON, Q.C., C.Med., C.Arb.

John Sanderson, called to the Bar in Ontario and British Columbia, has acted as mediator, facilitator and arbitrator across Canada and internationally. He is a senior adjudicator with the Indian Residential School Abuse Adjudication Program. John is also a court appointed arbitrator with respect to Hepatitis C Class Action Claims, and is the Ombudsperson for BC Hydro and BC Transmission Corporation.

John is the President of the BC Arbitration and Mediation Institute; a member and former Chairman of the Labour Relations Section of the Canadian Bar Association; Past-President, BC Chapter of the Society of Professionals in Dispute Resolution; former Chair, Advisory Board to the Centre for Labour and Management Studies, University of British Columbia; Director, Dispute Resolution Innovation Society; member of: ADR Section of the Canadian Bar Association; BC Mediator Roster Society; ADR Chambers (Western Canada); Sport Dispute Resolution Centre of Canada and the Canadian Dispute Resolution Corporation.

Claude Freeman, LL.M. (ADR), C.Med., C.Arb. Mediator / Arbitrator

- Bilingual Dispute Resolution Services - since 1996
- Mediation, Arbitration, Adjudication, Case Evaluations, Fact-Finding

Toronto: 416-432-9300 Montreal: 514-292-3755 Email: cfreeman@idirect.com

Le processus de réclamation sur les pensionnats indiens

John Sanderson

Supposons que vous êtes nommé, à titre de professionnel utilisant le MARC, pour faire partie d'une équipe de planification composée d'avocats et de fonctionnaires du gouvernement, des principales Églises canadiennes et des Premières Nations ainsi que de l'avocat général et qu'on vous demande de concevoir un processus d'évaluation indépendant afin de statuer sur des réclamations liées à des services sexuels et/ou physiques allégués ayant eu lieu il y a cinquante ou soixante ans. On vous dit que de nombreux auteurs présumés sont probablement décédés il y a des années. Vous découvrez qu'il n'y a pas de dossiers ou de rapports concernant ces services. Vous apprenez aussi que les audiences devraient être conçues de manière à ne pas consacrer plus d'un jour ou deux à chacun des cas et cependant être suffisamment simples pour qu'une personne ayant peu ou pas d'éducation puisse présenter une réclamation et se représenter. Ce serait tout un défi, ne pensez-vous pas ? Eh bien, c'est pourtant le rôle confié, en 1999, à un groupe composé de quelque douze personnes, à qui on a demandé ce que pourrait représenter un processus de règlement efficace des réclamations présentées dans le dossier des pensionnats indiens.

Le processus qu'ils ont créé est unique au monde, alors que plusieurs nations doivent maintenant répondre aux réclamations de leurs populations autochtones. On y fait intervenir trois éléments interdépendants : la réconciliation, la guérison et l'indemnisation. Le déroulement des séances et les détails ont été négociés par les Églises, les Premières Nations et les avocats des demandeurs. Le modèle qui en résulte a été établi par contrat, non par voie législative. Il peut être modifié en tout temps, comme en témoigne le remplacement du modèle précédent, le MARC, par un modèle récemment élargi, le Processus d'évaluation indépendant (PEI).

La première réclamation ayant fait appel au mode alternatif de règlements de con-

flits (MARC) a été entendue en 2002. Depuis ce temps, le Secrétariat d'adjudication des pensionnats indiens (le « Secrétariat »), y compris le personnel de soutien, a porté le nombre de ses employés à environ 350, répartis au bureau central de Régina et dans les bureaux établis dans plusieurs villes canadiennes. Quatre-vingt onze adjudicateurs ont été nommés de même que quatre adjudicateurs adjoints et un adjudicateur en chef. On s'attendait au début à ce que le PEI traite environ 12 500 réclamations sur une période de cinq ans, mais ce nombre est actuellement considérablement révisé à la hausse.

La tâche probablement la plus difficile que l'équipe de planification a dû accomplir a été la reconstitution du passé en rassemblant, classant, organisant et vérifiant les dossiers conservés par chacun des pensionnats partout au Canada, y compris ceux du Grand Nord, dossiers liés au personnel, aux étudiants, à l'assiduité, aux résultats, aux maladies, et ainsi de suite. Il est étonnant de constater, mais il s'agit d'une caractéristique typiquement canadienne, que la tenue de dossiers a été aussi complète, quoique certains pensionnats aient conservé des dossiers plus détaillés que d'autres. Pendant des mois, les gens ont dépouillé les dossiers de pensionnats qui existent encore et ceux trouvés dans des boîtes en carton poussiéreuses provenant de pensionnats qui n'existent plus. De vastes classeurs remplis de documents ont été préparés, contenant les listes d'étudiants et de personnel et d'autres éléments de documentation de chacun des pensionnats, représentant des décennies de fonctionnement.

Qui sont les demandeurs ? Quiconque a fréquenté un pensionnat peut déposer une demande concernant des services sexuels et/ou physiques commis à son égard par un employé du pensionnat. Dans certaines circonstances précises, un demandeur peut déposer une demande concernant des services perpétrés par un élève, quand le pensionnat savait ou aurait dû savoir que de tels services avaient lieu. L'information

requise sur le formulaire de demande a trait aux antécédents de la famille du demandeur, aux dates de fréquentation du pensionnat, au récit des services allégués, à la description des préjudices subis, et à l'énumération des antécédents scolaires et professionnels ainsi qu'aux traitements ou services de counseling reçus. Bien qu'on ait prévu qu'un demandeur puisse remplir le formulaire sans aide, la plupart d'entre eux utilisent les services d'un avocat ou d'une personne ressource affectée par le Secrétariat pour les aider à remplir les formalités administratives.

Le demandeur décide du lieu de l'audience. Elle peut avoir lieu dans le bureau du conseil de bande ou à la résidence du demandeur. Dans d'autres cas, l'audience a lieu dans le bureau d'un avocat, dans la salle de réunion d'un hôtel ou dans certains cas, quand le demandeur est malade, dans la chambre d'hôpital de ce dernier.

Le processus d'audience est inquisitoire plutôt qu'accusatoire. Le gouvernement du Canada, qui est l'administrateur du processus et qui est responsable du financement et de l'administration du programme par l'entremise du Secrétariat, est habituellement représenté par un avocat. Seul l'adjudicateur peut poser des questions aux témoins, qui normalement ne sont que le demandeur. L'avocat du demandeur et l'avocat du gouvernement du Canada peuvent suggérer des questions ou inviter l'adjudicateur à explorer des faits particuliers, mais il revient à l'adjudicateur de décider si de telles questions sont nécessaires ou appropriées dans les circonstances. L'adjudicateur est en mesure de se préparer à l'avance en prévision de l'audience et de l'interrogation du demandeur, en révisant la preuve documentaire du demandeur et les antécédents du pensionnat et de ses employés durant la période dont la demande tient compte.

Si le présumé agresseur est toujours vivant et peut être retracé, on lui fournit une copie de la demande et on lui donne l'oc-

casion de déposer une déclaration écrite niant ou acceptant les faits allégués. Il peut demander qu'on tienne une audience, qui, si elle est accordée, est tenue séparément de l'audience du demandeur et JAMAIS en présence de ce dernier.

Le PEI comporte un plan d'indemnisation, composé d'une grille dont les droits augmentent progressivement en mesure de la gravité des sévices et des préjudices subis. L'adjudicateur dispose d'une grande discrétion dans le cadre de chaque niveau de la grille, ce qui lui permet de s'adapter aux circonstances particulières de chaque réclamation. Les éléments de la grille sont : (1) les sévices commis indemnifiables; (2) les préjudices qui en ont découlés; (3) la présence de facteurs aggravants; (4) la perte d'occasions, et (5) le plan de traitement et de soins futurs.

La règle de preuve requise pour régler les réclamations est la prépondérance des probabilités. Les préjudices doivent être liés de façon plausible aux sévices subis donnant droit à réparation, un degré de preuve moins restrictif étant donné que les gestes mêmes n'ont pas à être prouvés. Une expertise (médicale, psychologique, psychiatrique) peut être demandée par l'adjudicateur, le cas échéant, quand des aspects de la réclamation exigent une corroboration des points de vue de l'adjudicateur ou du gouvernement du Canada. Un plan de guérison peut être accordé au titre de l'indemnisation, dont la valeur maximale s'élève à 10 000 dollars pour des services de counseling et/ou un traitement général ou à 15 000 dollars pour un traitement psychiatrique. L'indemnisation totale accordée en règlement d'une réclamation ne peut dépasser 450 000 dollars. La majorité des sommes allouées se situent entre 75 000 dollars et

150 000 dollars.

Laissez-moi maintenant étoffer le processus dont j'ai brièvement exposé les grandes lignes. Dans la plupart des audiences, nous retrouvons un demandeur qui vit avec un traumatisme survenu à la suite de graves sévices physiques ou sexuels, qui se sont produits quand il était un jeune enfant, il y a de cela des décennies. Bien des fois, le demandeur a eu recours aux drogues, à l'alcool, a fait des tentatives de suicide ou a trouvé d'autres façons pour vivre avec sa douleur intérieure et sa souffrance. Dans certains cas, le demandeur n'a parlé à personne de ces sévices, pas même à son conjoint ou à d'autres membres de sa famille. Quand il se présente à l'audience, on lui demande de raconter son histoire à une personne qu'il n'a jamais rencontrée et de briser le secret de toute une vie, concernant la chose la plus douloureuse qu'il ait jamais vécue.

Comment l'adjudicateur peut-il établir une véritable relation de confiance avec le demandeur ? Dans mon cas, je m'arrange pour que nous soyons assis côté à côté, après avoir été présentés. Nous parlons de ses sentiments à ce moment. Je pose des questions sur ses enfants, je fais une remarque sur un bijou ou je pose une question sur la plume d'aigle qu'il porte. Nous devons établir un contact humain au niveau le plus fondamental. Je demande à la personne si elle désire faire une prière ou tenir une cérémonie propre à sa communauté. J'explique en quoi consiste l'audience, quel est mon rôle et le fait que je doive poser des questions pour lui permettre de raconter son histoire.

Je maintiens un contact visuel avec le demandeur, ce qui est considéré comme une

marque de respect envers une personne des Premières Nations. Le message que je livre est celui d'une personne honorée de se retrouver en sa présence et qui a hâte d'entendre ses paroles. Les gens des Premières Nations sont des conteurs nés et la majorité des récits de leurs expériences sont incroyablement émouvants et désespérément tristes.

L'indemnisation constitue une partie importante du processus de réclamation et pourtant, dans un grand nombre de cas, il s'avère beaucoup moins important que le sentiment de réconciliation et de guérison. Au cours de ma carrière, j'ai participé à toutes sortes de processus de résolution de conflits. C'est le seul qui n'ait jamais donné lieu à une situation où on m'a été rejeté à la fin de l'audience et où le demandeur m'a dit en pleurant l'importance pour lui d'avoir raconté son histoire et d'avoir été écouté avec respect. Le processus permet aux demandeurs de se défaire de l'asservissement, qu'ils se sont souvent imposé à eux-mêmes, en retenant à l'intérieur le terrible secret des sévices dont ils ont souffert. L'expérience peut provoquer un sentiment de joie pour avoir finalement été capable de parler des abus subis. Ce sont les résultats les plus précieux et les plus durables de la réclamation, et non les dollars qui peuvent avoir été accordés à la suite de la décision de l'adjudicateur.

Une brève anecdote peut peut-être démontrer l'importance du processus d'évaluation indépendant (PEI) du point de vue du demandeur. Récemment, dans un court délai, j'ai conduit une audience accélérée où la demanderesse, malade en phase terminale, recevait un traitement de dialyse en raison d'une insuffisance rénale. Elle voulait désespérément raconter son his-

National Arbitration and Mediation Rules



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

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

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

toire avant de mourir. L'audience a été tenue en présence de tous les participants, les mains bien lavées et en blouse d'hôpital, autour de son lit d'hôpital. Une infirmière se tenait près, veillant sur son état et me faisant signe si je devais faire une pause avant de poser la question suivante. Finalement, nous avons réussi à recueillir suffisamment de preuves pour respecter les exigences du Processus. Je l'ai remercié pour son courage et je lui ai dit que j'étais honoré de l'avoir rencontrée et d'avoir écouté son histoire. Elle m'a regardé, a souri doucement et a dit : « Merci de m'avoir si bien écoutée. Je peux partir maintenant. Je me sens beaucoup plus légère. » Elle est morte peu de temps plus tard. Ses paroles témoignent de la valeur pour les demandeurs de cet extraordinaire processus de règlements de conflits.

JOHN P. SANDERSON, c.r., médiateur certifié, arbitre certifié
John Sanderson, membre des barreaux de l'Ontario et de la Colombie-Britannique, a agi à titre de médiateur, de facilitateur et d'arbitre dans tout le Canada et à l'échelle internationale. Il est adjudicateur principal nommé en vertu du programme d'adjudication des pensionnats indiens. Il est également arbitre désigné par la cour dans le cadre du recours collectif concernant les personnes ayant contracté l'hépatite C et il est l'ombudsman de B.C. Hydro and BC Transmission Corporation.

John Sanderson est le président du BC Arbitration and Mediation Institute; membre et ancien président de la section des relations de travail de l'Association du Barreau canadien; ancien président de la section de la Colombie-Britannique de la Society of Professionals in Dispute Resolution; ancien président du comité consultatif du Centre for Labour and Management Studies, de la University of British Columbia; administrateur de la Dispute Resolution Innovation Society; membre de la section de prévention et règlement des différends de l'Association du Barreau canadien, de la BC Mediator Roster Society, de ADR Chambers (Ouest canadien), du Centre de règlement des différends sportifs du Canada et de la Canadian Dispute Resolution Corporation.

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

Full Spectrum ADR Silver Sponsors / Pleins feux sur les PRD commandites d'argent :

- Borden Ladner Gervais
- Cole & Partners
- Macleod Dixon LLP
- Ogilvy Renault
- RSM Richter
- Wise, Blackman S.E.N.C.R.L.
- Woods s.e.n.c.r.l.



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



Mediation-Arbitration in Family Law

Malcolm C. Kronby,
Q.C., Cert. F. Arb.

Over the past five years or so there has been increasing tendency in family law disputes to use a hybrid mediation-arbitration process. This brief paper will attempt to explain how mediation-arbitration (hereafter “med-arb”) works: the initial arrangements, the process, the advantages and disadvantages. Some of this is personal and anecdotal, deriving from my experience in conducting hundreds of ADR processes over the past twenty years or so.

In a med-arb process typically, but not always, the same person acts as mediator and arbitrator. This is a problem for some parties and their counsel, and is far from universally accepted. Of course, the parties can agree to mediate without agreeing to arbitrate, just as they can agree to arbitrate without first mediating. It follows that if med-arb is conducted by one person, the parties and their counsel trust that person to conduct a fair and balanced arbitration, no matter what he or she has heard in the mediation process (this will be closed mediation). It is analogous to a judge conducting a mediative pretrial conference, and then acting as the trial judge. Paul Jacobs put it this way:

“The parties may sometimes be concerned with an arbitrator having been the mediator with whom inside secrets were shared in a mediation caucus.

The parties have to trust the neutrality of the professional to fulfill not only the functions of a mediator, but if those fail to yield a settlement, then they must have equal trust in the competence and fairness of the professional as an arbitrator who is to make a final decision respecting their matters. Moreover, there is the risk that a slightly unsure party may not be prepared to dis-

close important matters during a mediation for fear that it might somehow taint or prejudice a subsequent arbitration.”¹

I would not expect med-arb to occur unless both parties are represented by knowledgeable counsel. Indeed, I would not undertake the med-arb process unless the parties are represented. I will do either mediation or arbitration with an unrepresented party, although some of my colleagues refuse to do so.

Med-arb may arise in the context of litigation as a result of a consent interim order, or by the agreement of the parties. It can never be imposed. The med-arb agreement or order includes or necessarily implies a waiver of section 35 of the *Arbitration Act*, which states, “The members of an arbitral tribunal shall not conduct any part of the arbitration as a mediation or conciliation process or other similar process that might compromise or appear to compromise the arbitral tribunal’s ability to decide the dispute impartially.”

Recognition of Med-Arb Agreements

In *Marchese v Marchese*² the parties, who had been engaged in litigation, entered into a consent order that obligated them to attend for med-arb regarding all issues. Following unsuccessful mediation the husband refused to participate in arbitration. He brought on a motion to set aside the consent order. His motion was stayed and he appealed. The Court of Appeal stated:

“We do not agree with the submission that there is any ambiguity in the words “mediation/arbitration” or that those words mean “mediation or arbitration.” Media-

tion/arbitration is a well recognized legal term of art referring to a hybrid dispute resolution process in which the named individual acts first as a mediator and, failing agreement, then proceeds to conduct an arbitration.

“In our view, the mediation/arbitration agreement may be reconciled with the *Arbitration Act*, s.35 which prevents an arbitrator from “conducting any part of the arbitration as a mediation.” If s.35 applies (a point we need not decide) it can be waived and the agreement to engage in “mediation/arbitration” in this case amounted to a waiver.”

Med-arb agreements are now specifically recognized in regulations under the *Arbitration Act* (*Ontario Regulation 134/07*).

In a case where the parties consented to an order for med-arb, the order provided that they would enter into a med-arb agreement. The husband neglected or refused to sign the agreement, and subsequently in a motion where he attempted to derail the arbitration, he argued that it could not proceed although there was a consent order, because there was no specific agreement. The judge ruled that the execution of the med-arb agreement was a performance obligation, but was not necessary in order to proceed with the arbitration.³ Because of subsequent amendments to the *Family Law Act* and *Arbitration Act* any valid “family arbitration” now requires a “family arbitration agreement” in writing with independent legal advice to each party. Also the arbitration must be conducted in accordance with the law of Ontario or a Canadian province, so rabbinical law or sharia law or even the law of England or the United States cannot be applied.

Two-Step Process

The same case provides instruction on the conduct of the med-arb where the mediator and arbitrator are different persons. The parties had agreed in the consent order that my colleague, Philip Epstein, would mediate the issues, and if the parties could not reach an agreement, I would arbitrate the issues. Before the mediation process got started the wife asserted that she had not received the financial disclosure from the husband that was necessary to enable her to prepare meaningfully for the mediation. Her lawyer wrote to both the mediator and arbitrator to request that the arbitrator make an order that the husband provide the outstanding financial disclosure by a certain date, and that the mediation be rescheduled to a later date, for the stated reason that he did not think the mediator had jurisdiction to make any enforceable order for financial disclosure. The arbitrator replied that he had discussed his letter with the mediator, and also agreed that a motion for disclosure should be brought before the arbitrator, and the matter could then move back into mediation. The judge found that the better procedure would have been to complete the mediation process before communicating with the arbitrator and said:

"In a two-step procedure such as the one agreed to by the parties, it would have been

preferable for the applicant to ask the mediator to request financial disclosure by the respondent as a condition precedent to continuing the mediation. It is highly likely, with a professional and knowledgeable mediator, that if one party fails to make all financial disclosure after being requested to do so by the mediator, the mediator would terminate the mediation... As a practical matter, if one party is not prepared to provide relevant financial disclosure before mediation, mediation is likely to be a waste of time. The parties might as well get on with arbitration..."

"An arbitrator's jurisdiction is to arbitrate and to make rulings and/or orders which are relevant to the arbitration proceedings. The arbitrator's jurisdiction does not include the power or the authority to make rulings/orders that are related to the mediation process or supervise the mediation process.

"It is preferable in a two-step process that there is no communication between the mediator and the arbitrator on any subject except whether the mediation is concluded."

Hercus v Hercus, [2001] O.J. No. 534, is a case where a med-arb went horribly wrong. By agreement of the parties, a psychologist was dealing with issues of custody,

access and child support. The matter moved back and forth between mediation and arbitration sometimes bypassing the mediation phase of certain issues, was replete with *ex parte* communications and withholding of information from the wife, and excesses of jurisdiction. The wife applied to set aside two arbitration awards and to remove the arbitrator and his firm from the case, and to deal with some costs that the arbitrator had awarded against the wife in excess of jurisdiction. The application was granted, the arbitral decisions were set aside, and the court ordered the trial of the issues of custody and access.

Benign Coercion

In the mediation phase of med-arb, the parties will perceive that the mediator's recommendations may well be promulgated if the matter proceeds to arbitration, so they are likely to settle in mediation. This is a huge advantage over pure mediation, which lacks any (benign) coercive element; the parties can just walk away from mediation.

An example of benign coercion occurred a few years ago when I was conducting the mediation phase of a med-arb. Under the Family Law Act, there is a right and obligation to equalize "net family property" meaning, roughly, the net worth built up during married cohabitation regardless

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



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

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

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

of who contributed to it. The settlement was blocked because counsel for the husband insisted that an investment account in his name and deriving from his contributions was his separate property and not the proper subject of equalization, which was absolutely wrong in law. I recessed the mediation to meet with counsel for the parties. I told counsel for the husband that her position was untenable, and that if the matter proceeded to arbitration, I would undoubtedly rule that the investment account was subject to equalization. She immediately accepted what I said — she had probably just been posturing in the mediation — and less than an hour later the whole case was settled.

Advisory Opinion

Some med-arb agreements provide for a preliminary determination of an issue by an advisory opinion. The advisory opinion is completely non-binding, whereas a bifurcated issue would produce a binding result, but it often helps the parties either to understand what evidence they will need at an arbitration hearing, or enables them to settle a conflicted point. As one example, I was arbitrating a case where there was an issue about the valuation date for equalization of net family property. Under the *Family Law Act* “valuation date” has sev-

eral definitions, the most common being “the date on which the spouses separate and there is no reasonable prospect of resumption of cohabitation.” This can be seriously and legitimately controversial, especially in circumstances where the parties are living apart but actively pursuing reconciliation, and an earlier or later valuation date may have significant financial consequences. The parties called for a non-binding advisory opinion about the valuation date on an agreed statement of facts, which enabled them to resolve that issue.

The downside of an advisory opinion which, of course, can only happen if the parties want it and invoke it, is that one side may be inconsolably unhappy, and then may seek by whatever means to delay, obstruct or avoid the arbitration hearing and award.

Sometimes a case cannot be settled in mediation despite strenuous and bilateral efforts to do so. I have had several examples of declaring mediation ended, and when I addressed setting up the arbitration process, counsel for both parties said that I have already heard and seen everything I need, so there is no need to have an arbitration hearing: just make a decision. In that situation parties and their counsel will

sign an amending agreement declaring that the mediation is deemed to be open rather than closed, and to waive calling evidence at an arbitration hearing.

Med-arb is a pragmatic way to resolve family law issues in ADR. When the parties enter into a med-arb agreement, it may fairly be said that the case is over, in the sense that everybody knows it will come to an expeditious end. In the course of the mediation phase, although nothing will be prejudged, the parties are much more likely to be sensitive and responsive to the recommendations of the mediator. The prospect of settlement is enormously enhanced. ♣

Malcolm C. Kronby, Q.C., Cert. F. Arb. is counsel at Epstein Cole and a family law specialist certified by the Law Society of Upper Canada (LSUC). He has served as counsel in over 100 reported decisions at trial and appeal. By private or court appointment, Malcolm acts as a mediator and arbitrator in family law and estate matters. Malcolm received the Award for Excellence in Family Law from the Ontario Bar Association (OBA).

¹ Paul Jacobs, “*MedArb in Family Law —Then, Now and....?*,” International Bar Association Mediation Newsletter, April, 2006

² (2007), 35 R.F.L. (6th) 291 (Ont. C.A.)

³ *Kay v Korakianitis*, (2007), 40 R.F.L. (6th) 402, Murray J.(Ont. S.C.J.)

Médiation- arbitrage en droit de la famille

Malcolm C. Kronby, c.r., Cert. F. Arb

Au cours des cinq dernières années, ou à peu près, une forte tendance se dessine en droit de la famille à l’effet de faire appel à un processus hybride de règlement de conflit, celui de médiation-arbitrage. Ce bref article tente d’expliquer comment la procédure de médiation-arbitrage fonctionne : les premières ententes, le processus, les avantages et les inconvénients. Certains de ces commentaires sont personnels et anecdotiques et tirés de mon expérience dans la conduite de centaines de procédures selon les méthodes de la prévention et règlement des différends (PRD), ces vingt dernières années.

Dans un processus de médiation-arbitrage, en général, mais pas toujours, la même personne joue le rôle de médiateur et d’arbitre. C’est un problème pour certaines

parties et leurs conseillers juridiques et la situation est loin d’être tout à fait acceptée. Bien sûr, les parties peuvent s’entendre sur la médiation sans accepter l’arbitrage, de la même façon qu’ils peuvent accepter l’arbitrage sans médiation préalable. Il s’ensuit que si le processus de médiation-arbitrage est mené par une seule et même personne, les parties et leurs conseillers juridiques doivent faire confiance à cette personne pour conduire un arbitrage juste et équilibré, peu importe ce qu’il ou elle a entendu lors du processus de médiation (ce sera une médiation privilégiée). La situation peut se comparer à celle d’un juge qui dirige une rencontre de médiation préalable au procès et qui agit ensuite à titre de juge au procès. Paul Jacobs en parle de cette façon :

« Les parties sont parfois préoccupées du fait que l’arbitre a été le médiateur à qui des renseignements confidentiels ont été divulgués lors de la réunion de médiation. Les parties doivent se fier à la neutralité du professionnel pour remplir non seulement les fonctions de médiateur, mais si la médiation ne se conclut pas par un règlement, elles doivent avoir une égale confiance dans la compétence et l'impartialité de ce même professionnel en tant qu'arbitre qui doit rendre la décision finale et trancher le différend. De plus, il y a un risque qu'une partie, qui entretient certains doutes, ne soit pas prête à dévoiler des renseignements importants durant le processus de médiation, de peur de gâter d'une certaine façon l'arbitrage à venir ou de lui porter préjudice. »¹

Je ne m'attends pas à ce qu'on fasse appel au processus de médiation-arbitrage à moins que les deux parties soient représentées par un avocat qui s'y connaît. En effet, je n'entreprendrais pas une telle procédure à moins que les parties soient représentées. J'accepterais toutefois de procéder à l'une ou à l'autre des étapes, la médiation ou l'arbitrage, avec une partie non représentée, même si certains de mes collègues refusent de le faire.

Le processus de médiation-arbitrage peut être utilisé pour régler un litige à la suite d'une ordonnance provisoire par consentement ou d'une entente entre les deux parties. Le processus ne peut jamais être imposé. L'entente entre les parties ou l'ordonnance incluent ou impliquent nécessairement une clause de renonciation conformément à l'article 35 de la *Loi sur l'arbitrage*, qui établit que « Les membres du tribunal arbitral ne doivent pas effectuer l'arbitrage, même en partie, comme s'il s'agissait d'une procédure de médiation ou de conciliation ou d'une autre procédure semblable qui pourrait compromettre ou sembler compromettre le pouvoir du tribunal de trancher le différend en toute impartialité. »

Reconnaissance des accords pour la médiation et / ou l'arbitrage

Dans *Marchese c. Marchese*² les parties, qui étaient en procès, se sont entendues sur une ordonnance qui les obligeait à participer à un processus de médiation-arbitrage à l'égard de toutes les questions. Après l'échec de la médiation, l'époux a refusé de participer à l'arbitrage. Il a présenté une requête visant le sursis de l'ordonnance sur consentement. Sa requête a été rejetée et il en a appelé. La Cour d'appel a statué ce qui suit :

« Nous ne sommes pas d'accord avec l'argument selon lequel il y a une ambiguïté avec les mots « médiation/ arbitrage » ou sur le fait que ces mots signifient « médiation ou arbitrage ». Médiation-arbitrage est un terme technique reconnu dans le domaine juridique et qui fait référence à un processus mixte de règlement d'un différend dans lequel un individu agit d'abord à titre de médiateur

et, advenant l'échec de la médiation, agit ensuite à titre d'arbitre. »

« À notre avis, la convention de médiation-arbitrage peut se concilier avec l'article 35 de la *Loi sur l'arbitrage* qui empêche un arbitre d'« effectuer l'arbitrage, même en partie, comme s'il s'agissait d'une procédure de médiation ». Si l'article 35 s'applique (un point que nous n'avons pas à décider), les parties peuvent y renoncer et l'entente à l'effet d'entreprendre le processus de médiation-arbitrage, dans le présent cas, équivaut à une renonciation. »

Les conventions de médiation-arbitrage sont maintenant reconnues de manière spécifique dans la réglementation en vertu de la Loi sur l'arbitrage (*Loi de l'Ontario 134/07*).

Dans un dossier où les parties consentaient à une ordonnance de médiation-arbitrage, l'ordonnance stipulait qu'elles concluraient une convention de médiation-arbitrage. L'époux avait négligé ou refusé de signer la convention, et par la suite, dans une requête où il tentait de faire avorter l'arbitrage, il a fait valoir que l'arbitrage ne pouvait pas procéder bien qu'il y ait une ordonnance sur consentement, parce qu'il n'existe aucune convention spécifique. Le juge a décidé que l'exécution de la convention de médiation-arbitrage était une obligation de résultat, mais qu'elle n'était pas nécessaire afin de procéder avec l'arbitrage.³ Étant donné les amendements ultérieurs apportés à la *Loi sur le droit de la famille* et la *Loi sur l'arbitrage*, tout « arbitrage familial » exige maintenant une « convention d'arbitrage familial » écrite ainsi que des consultations juridiques indépendantes pour chaque partie. De plus, l'arbitrage doit être mené conformément à la loi de l'Ontario ou d'une province canadienne; donc, la loi rabbinique ou musulmane ou même la loi de l'Angleterre ou des États-Unis ne peut s'appliquer.

Processus en deux étapes

Le même dossier fournit des directives sur la conduite d'un processus de médiation-arbitrage quand le médiateur et l'arbitre sont des personnes différentes. Les parties se sont entendues dans l'ordonnance sur

consentement à l'effet que mon collègue, Philip Epstein, agisse à titre de médiateur dans cette affaire et que si les parties n'arrivaient pas à une entente, j'agisse à titre d'arbitre. Avant le début du processus de médiation, l'épouse a fait valoir qu'elle n'avait pas reçu de l'époux les renseignements financiers nécessaires à une préparation adéquate en vue de la médiation. Son avocat a écrit au médiateur et aussi à l'arbitre pour demander à l'arbitre d'émettre une ordonnance enjoignant l'époux de divulguer les renseignements financiers manquants à une certaine date, et que la date de la médiation soit remise à plus tard, en raison du fait qu'il ne pensait pas que le médiateur avait compétence pour émettre une ordonnance exécutoire de divulgation de renseignements financiers. L'arbitre a répondu qu'il avait discuté du contenu de la lettre avec le médiateur et était aussi d'accord pour dire qu'une demande de divulgation de renseignements financiers devait être présentée à un arbitre et que l'affaire pourrait alors retourner à la médiation. Le juge a déclaré que la meilleure procédure aurait été de compléter le processus de médiation avant de communiquer avec l'arbitre et il a dit :

« Dans une procédure en deux étapes comme celle sur laquelle se sont entendues les parties, il aurait été préférable que la requérante demande au médiateur d'exiger la divulgation des renseignements financiers par l'intimé comme condition pour poursuivre la médiation. Il est fort probable, en présence d'un médiateur professionnel qui s'y connaît, qu'en cas de manquement d'une partie à divulguer tous les renseignements financiers après que le médiateur lui en ait fait la demande, le médiateur mette fin au processus de médiation... En pratique, si une partie n'est pas prête à fournir les renseignements financiers pertinents avant le début de la médiation, la médiation est probablement une perte de temps. Les parties devraient aussi bien aller à l'arbitrage... »

« La compétence de l'arbitre consiste à arbitrer et à rendre des décisions et/ou des ordonnances qui relèvent des procédures d'arbitrage. La compétence de l'arbitre ne comprend pas l'autorité ou le pouvoir de

rendre des décisions ou des ordonnances liées au processus de médiation ou de surveiller le processus de médiation. »

« Il est préférable dans un processus en deux étapes qu'il n'y ait pas de communication entre le médiateur et l'arbitre sur aucun sujet, excepté quand le processus de médiation est terminé. »

Dans l'affaire *Hercus c Hercus*, [2001] O.J. No. 534, le processus de médiation-arbitrage a très mal tourné. À la suite d'une entente entre les parties, un psychologue traitait de questions de garde, de droit de visite et de soutien concernant l'enfant. L'affaire a fait la navette entre la médiation et l'arbitrage, contournant parfois l'étape de la médiation sur certaines questions. Elle a aussi donné lieu à de nombreuses communications ex parte, à la dissimulation d'information de l'épouse et à des excès de compétence. L'épouse a demandé l'annulation de deux sentences arbitrales et la révocation de l'arbitre et de sa firme et qu'on statue sur certains frais auxquels l'arbitre avait condamné l'épouse en excès de sa compétence. La demande a été accordée, les sentences arbitrales ont été annulées et la cour a ordonné un procès sur les questions de garde et de droit de visite.

Coercition anodine

À l'étape de la médiation du processus de médiation-arbitrage, les parties réaliseront que les recommandations du médiateur pourraient être confirmées si l'affaire se rend en arbitrage; ils auront donc bien des chances de s'entendre lors de la médiation. Il s'agit d'un avantage considérable par rapport au processus de la seule médiation qui ne dispose d'aucun élément coercitif (anodin); car les parties peuvent tout simplement mettre fin au processus de médiation.

Un exemple de coercition anodine s'est produit il y a quelques années au moment où je menais l'étape médiation d'un processus de médiation-arbitrage. En vertu de la *Loi sur le droit de la famille*, il existe un droit et une obligation d'égalisation des « biens familiaux nets » dans le sens, à peu près, de la valeur nette accumulée durant la cohabitation matrimoniale, sans égard

à celui ou celle qui y a contribué. Le règlement a été bloqué parce que l'avocate de l'époux a insisté pour qu'un compte de placement au nom de ce dernier et provenant de ses contributions soit son bien propre et non assujetti à l'égalisation des éléments d'actif, ce qui était entièrement mal-fondé en droit. J'ai suspendu la médiation afin de rencontrer les avocats des parties. J'ai dit à l'avocate de l'époux que sa position était indéfendable et que si l'affaire se rendait à l'arbitrage, je déciderais sans doute que le compte de placement était assujetti à l'égalisation des biens familiaux nets. Elle a immédiatement accepté ce que je disais—ce n'était probablement qu'un effet de toge lors de la médiation – et moins d'une heure plus tard, toute l'affaire était réglée.

Avis consultatif

Certaines conventions de médiation-arbitrage prévoient une décision préliminaire concernant une question à la suite d'un avis consultatif. L'avis consultatif est entièrement à caractère non-obligatoire, alors que toute autre décision serait exécutoire, mais il aide souvent les parties à comprendre quels éléments de preuve ils auront besoin en arbitrage, ou leur permet plus facilement de régler un point conflictuel. À titre d'exemple, j'assumais le rôle d'arbitre dans une affaire où un problème subsistait quant à la date d'évaluation convenue pour calculer l'égalisation des biens familiaux nets. En vertu de la *Loi sur le droit de la famille*, « date d'évaluation » a différentes définitions, la plus courante étant « la date à laquelle les conjoints se séparent et qu'il n'existe aucune perspective raisonnable qu'ils cohabitent de nouveau ». Cet énoncé peut être sérieusement et légitimement controversé, surtout quand les parties vivent séparément mais tentent activement de se réconcilier, une date plus rapprochée ou plus éloignée pouvant avoir des conséquences financières importantes. Les parties ont demandé un avis consultatif à caractère non obligatoire concernant la date d'évaluation, à partir d'un exposé des faits ayant fait l'objet d'un accord, ce qui leur a permis de régler ce problème.

L'inconvénient d'un avis consultatif, lequel bien sûr, ne peut être rendu que si les parties le demandent et s'en prévalent, est

qu'une partie peut être malheureuse de façon inconsolable au point d'essayer par tous les moyens de retarder, d'entraver ou d'éviter l'arbitrage et le prononcé de la sentence arbitrale.

Parfois une affaire ne peut être réglée en médiation en dépit des efforts acharnés des deux côtés pour y arriver. J'ai eu plusieurs cas où la médiation a été déclarée terminée. Or, quand j'ai entrepris la mise sur pied du processus d'arbitrage, les avocats des deux parties ont dit que j'avais déjà entendu et vu tout ce dont j'avais besoin, et qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience d'arbitrage : il me fallait tout simplement rendre une décision. Dans cette situation, les parties et leurs avocats doivent signer une entente de modification déclarant que la médiation est réputée en cours plutôt que terminée et pour renoncer à tenir une audience d'arbitrage.

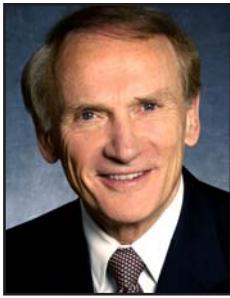
La convention de médiation-arbitrage est une façon pragmatique de résoudre les questions de droit familial dans le cadre du règlement extrajudiciaire d'un différend (PRD). Quand les parties s'engagent à signer une convention de médiation-arbitrage, on peut presque certainement dire que l'affaire est réglée, dans le sens que chacun sait que l'affaire connaîtra un dénouement rapide. À l'étape de la médiation, même si on ne peut préjuger de rien, les parties seront probablement beaucoup plus sensibles et réceptives aux recommandations du médiateur. La perspective d'un règlement s'en trouve énormément accrue. 

Malcolm Kronby c.r., Cert. F. Arb. est avocat-conseil auprès d'Epstein Cole et spécialiste en droit de la famille agréé par le Barreau du Haut-Canada. Il a agi comme avocat-conseil dans plus de 100 arrêts rapportés, en première instance et en appel. En vertu d'un mandat privé ou commis d'office, M. Kronby agit à titre de médiateur et d'arbitre en droit de la famille et en matière de succession. L'Association du Barreau de l'Ontario (ABO) lui a décerné le Prix pour l'excellence en droit de la famille.

¹ Paul Jacobs, "MedArb in Family Law —Then, Now and...?", International Bar Association Mediation Newsletter, April, 2006

² (2007), 35 R.F.L. (6th) 291 (Ont. C.A.)

³ Kay v Korakianitis, (2007), 40 R.F.L. (6th) 402, Murray J.(Ont. S.C.J.)



*Donald L. Marston,
P.Eng., LL.B.
dmarston@osler.com*

Dispute Resolution Boards (DRBs) - Creative ADR for Infrastructure Projects

Don Marston's Canadian and international ADR practice as an arbitrator and mediator also includes more than eight years experience as a member and chair of dispute resolution boards in Canada and Eastern Europe.

Advantages

Most often inspired out of frustration with the protracted timing, high cost and inconvenience of litigating or arbitrating disputes on major construction and infrastructure projects, the dispute resolution board (the "DRB") has emerged to provide an important project-based dispute resolution alternative. Properly established and implemented, the DRB, staffed by informed individuals selected by the parties for their neutrality, expertise and judgment, focuses on solving problems as disputes arise during the performance of the project.

Contractually established at the outset of a project, and appropriately staffed and administered to best respond to the nature and needs of each project, the DRB can greatly assist contracting parties in resolving or settling disputes during the course of a project and in reducing (or even eliminating) the number of disputes otherwise destined for ultimate resolution by litigation or, in too many instances, by arbitration that has fallen short of delivering the expedited dispute resolution it has long been intended to provide.

Development

The DRB concept is not a new one, but its implementation has seen significant increase over the past 25 years, particularly in the U.S. where the construction industry in the 80's was hard hit by very costly claims on construction projects that affected a great many project participants. Historically applicable on subway projects, DRBs were implemented extensively in the 90's on Boston's Central Artery Project (the "Big Dig") and on rapid transit projects in San Francisco. The

DRB concept has also been endorsed internationally, for example, by incorporation into the "FIDIC" contract forms published by the International Federation of Consulting Engineers (headquartered in Geneva, Switzerland). These FIDIC forms are favoured for use on many World Bank projects.

Canada has also experienced increasing use and interest in DRBs, although implementation of the concept has trailed behind the U.S. to date (as have other ADR techniques, including arbitration). Some examples of Canadian projects where DRBs have been established include PEI's Confederation Bridge project; Toronto's Sheppard Subway Line construction; the current Niagara Tunnel energy project; and the most recent Trans-Canada Highway project in New Brunswick (2006 – 2007).

The term DRB is also the acronym for "dispute review board", a term that preceded "dispute resolution board" and is still used on projects, particularly those providing for DRB recommendations rather than final and binding decisions. "DAB" is another acronym for dispute adjudication boards rendering final and binding decisions. Final and binding DRB and DAB decisions are typically subject to protest and appeal to arbitration within specified notice periods.

Appreciation for, and endorsement of, DRBs on a global scale has resulted in growing membership in the International Dispute Resolution Board Foundation ("DRBF") headquartered in Seattle, Washington. The DRBF has published very impressive statistics evidencing very high

rates of success in settling or avoiding disputes on projects where DRBs have been used. The DRBF provides training opportunities for its members and important insights into DRB benefits to project participants. The DRBF has become an important player in its advocacy and support for this important ADR technique.

Issues in Establishing a DRB

Not surprisingly, and as is the case in implementing other ADR techniques, be it the use of a project neutral, a mediator or an arbitrator, the selection of the panel members of the DRB is key. Typically a panel of three members, it is vital to the success of the DRB that each member is neutral and independent. Accordingly, as in implementing any ADR technique, each DRB panel member should carefully clear conflicts prior to accepting a DRB appointment.

Also key to the DRB process is the willingness of each of the parties to embrace the concept. Often the use of a DRB is proposed or mandated at the outset by one of the parties and objections may be initially raised by the other party. This typically leads to a discussion of the merits of establishing the proposed DRB. Concerns about funding the cost of a DRB during the course of the project may well be raised. Dealing with these concerns involves weighing the cost advantages of the estimated fees of the DRB members against the prospect of the cost of litigation or arbitration subsequent to the completion of the project. Often the party advocating the use of the DRB will draw from its other project experience in justifying the reasonable cost of

the DRB in all the circumstances of the project. It is usually easiest to dispel concerns about DRB costs on infrastructure projects of significance, where the stakes are simply too high to ignore the advantages of the DRB.

On smaller projects, the use of a single project neutral (rather than a three-person DRB) to make recommendations to resolve disputes as they arise may make more financial sense. The use of a single project neutral is gaining wider acceptance. For example, the use of a project neutral is an approach now being endorsed in the U.S. under standard construction contract documents published by the American Institute of Architects. Where that approach is taken, very careful selection of the appropriate single neutral is obviously a key consideration. The obvious advantage of the DRB over the single project neutral is that the DRBs three-person panel combines the diverse background and expertise of its three members.

International Considerations

On infrastructure projects involving international participants, the use of a DRB is similarly advisable and advantageous. This advisability may be even more important depending upon the governing law and the justice system applicable in the jurisdiction where the project is located. Just as with contractually based arbitration, it is advisable to structure a DRB contractual arrangement to avoid the prospect of appearing before the courts of a foreign country where there may well be issues relating to the administration of justice. Arbitration outside any such questionable jurisdiction should always be seriously considered.

As already identified, arbitration can sometimes be disappointing in terms of length of proceedings, cost and inconvenience. Where that disappointment arises, it is often the consequence of the “baggage” that participants and/or their counsel may bring to the arbitration proceedings. Whether that disappointment arises or not, the DRB process, properly implemented and administered, can contribute enormously to minimizing or eliminating the prospect of claims surviving after project completion.

Selling the Concept

Whatever the motivation for implementing a project DRB, it is extremely important that both parties are educated on the benefits of the DRB and that both parties buy into the concept. Clearly, the time to do that is at the outset of the project. Where objections are raised by one party, it is important that the advocating party devote time and resources to promoting the merits of the DRB. It is most important that both parties see the advantages of implementing the DRB.

As advisable as DRBs are, the DRB concept is still unknown to many participants in the development and infrastructure industries. Awareness of the benefits is important in order that both parties are committed to administering their governing contract in accordance with its DRB terms. The DRB will either be authorized to make recommendations to the parties with respect to settlement of, or to make final decisions on, disputes. Where final and binding DRB decisions are authorized, for example, in accordance with the “dispute adjudication board decisions pursuant to FIDIC contracts, either party is usually entitled to protest such a decision and to

require subsequent arbitration by notice to be given within a specific time period. Such recommendations or decisions are also typically contractually recognized as admissible as evidence in any subsequent litigation or arbitration proceedings. Accordingly, it is important that each party understands the significance of such recommendations or decisions and the importance of carefully protecting their interests by cooperating and participating in the DRB procedures established for the project.

The DRB Members

Fundamental to a successful DRB culture is the selection of DRB members respected by the parties for their neutrality, integrity, experience and expertise. The DRB must function on an objective, independent and unbiased basis. DRB members should be carefully selected to provide a balance of technical expertise to be able to respond readily when disputes of a technical nature arise. Technical disputes are typical on construction, engineering and infrastructure projects, but contract interpretation issues also arise that generate disputes relating to a variety of matters, such as contractual requirements relating to scope, delays, scheduling, and performance issues.

Given the nature of the disputes likely to arise on infrastructure projects, be they transportation, energy or water treatment infrastructure projects, appropriately qualified engineers are prime candidates for DRB membership. Just as engineers with geotechnical expertise are obvious candidates for DRBs on tunneling and subway construction, so also are engineering specialists in other areas, such as nuclear and other energy projects, water treatment plants and operating facilities, and highway and airport facilities.

In addition, individuals with legal training, particularly lawyers with experience relating to the preparation and interpretation of contract documentation relevant to infrastructure and construction projects (including complex contract documents prepared, for example, for public-private partnership and other hybrid project arrangements) are also candidates for DRB

Submit Your Proposals

Présenter une proposition



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

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

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

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

membership, usually as chair of the DRB. But otherwise than as DRB members, lawyers are typically excluded from DRB proceedings, such as site visits, meetings with the parties and DRB hearings. The emphasis in the DRB process is on informality in the resolution of disputes.

Depending upon the complexity of the infrastructure project, it may even be important to appoint a DRB member with a project finance background, for example, where the infrastructure project is a long-term arrangement, perhaps a concession involving an operating agreement that may give rise to tariff adjustment issues or other financial considerations.

The nature of the project will point to the areas of expertise that DRB members should cover.

Whatever the appropriate composition of the DRB in the circumstances of each project, its members must commit to keeping abreast of the circumstances of the project on an ongoing basis through periodic site visits in order that they are prepared to act on relatively short notice when notification of disputes requiring the services of the DRB is received, whenever that may from time to time occur during the course of the project. Accordingly, DRB members are “on call” as disputes arise. In addition to periodic site visits, DRB members should be kept updated by the parties with respect to project correspondence, monthly and other periodic reports, and any modifications to contract documentation.

The Importance of the DRB Culture

Key to seeing the advantages of the DRB culture is an appreciation of how the DRB can provide services that are not available where matters are left to subsequent litigation or arbitration. Fundamental to the DRB advantage is the fact that the DRB members become part of the project as participants who keep abreast of project developments and can accordingly move quickly to assist the parties with recommendations as disputes arise, something that litigation or arbitration cannot provide. Selected by the parties and respected for

their expertise and neutrality, the DRB panel can, and should, develop a rapport with the parties, a rapport that can enable the DRB to encourage the parties to keep focused on the advisability of early settlement of disputes, a focus that might otherwise not receive the same degree of attention. Sometimes the mere existence of the DRB appears to stimulate the parties to settle their differences. If nothing else, the DRB has an important and unique opportunity to persuade parties to negotiate. It also has an opportunity to raise questions that can persuade a party to see the weakness or strength in its arguments early on, a recognition that can lead to early settlement. As experience confirms, significant construction and infrastructure projects that implement DRBs may proceed to completion without any unresolved disputes. The DRB project neutral culture can work and work well – too well to ignore.

Contractual Considerations

As previously noted, it is important to carefully provide for the DRB at the outset of the project. Accordingly, the project contract should identify, as part of the dispute resolution provisions, the agreement of the parties to implement the DRB process on the project and the significance of the DRBs recommendations or decisions as admissible as evidence in any subsequent arbitration or litigation proceedings.

The parties and the selected DRB members should also enter into a separate agreement relating to the DRB operating procedures to address fundamental and organizational issues such as:

- the intended informality of procedural aspects relating to site visits, ongoing information to be supplied to members, and hearing procedures;
- the preclusion of *ex parte* communications with parties (except upon consent);

- the role of the DRB chair with respect to overseeing matters, record keeping and the preparation of meeting agendas;
- the scheduling of site visits and rules and procedures for DRB hearings;
- the provision of notice of, and scheduling for, DRB hearings;
- the scheduling of preliminary conferences;
- the exchange of documentation and other steps in preparation for DRB hearings; and
- other provisions to address items of importance, such as emphasizing that DRB hearings are not to be subject to judicial rules of evidence.

To assist the parties in the preparation of organizational DRB contract documents, guidelines and contract forms are available from organizations such as:

- the Dispute Resolution Board Foundation headquartered in Seattle, Washington;
- the International Center for Dispute Resolution (the “ICDR”), the international division of the American Arbitration Association;
- the International Chamber of Commerce Court of Arbitration in Paris (the “ICC”);
- the International Federation of Consulting Engineers (“FIDIC”) in Geneva, Switzerland; and
- other ADR organizations and administrative agencies.

Concluding Comment

The DRB process, properly organized and implemented, makes a great deal of sense. As governments and the private sector prepare to embark on various infrastructure project initiatives, through public-private partnerships or otherwise, the implementation of project-based DRB dispute resolution can provide important savings and benefits too valuable to ignore. 



Full Spectrum ADR From the Local Workplace to International Marketplace!

October 22-23, 2009,
Hilton Lac-Leamy, Gatineau, Quebec

Commission de règlement des différends – une conception novatrice d'PRD appliquant aux projets d'infrastructure

Donald L. Marston, ing., LL.B, dmarston@osler.com.

La pratique canadienne et internationale en PRD à titre d'arbitre et de médiateur de Donald Marston comprend également plus de huit années d'expérience comme membre et président de tribunaux de règlement des différends au Canada et en Europe de l'Est.

Avantages

Issue la plupart du temps de délais prolongés, du coût élevé et des inconvenients inhérents au fait de porter en justice et d'arbitrer des différends relatifs à des projets d'infrastructure et de construction, la commission de règlement des différends (« CRD ») a vu le jour afin d'offrir une solution de rechange unique en matière de résolution de litiges fondés sur des projets. Établie et mise en œuvre convenablement, la CRD, dotée d'un personnel informé choisi par les parties pour sa neutralité, son savoir-faire et son jugement, se penche sur la résolution de litiges au fur et à mesure que les différends se présentent durant l'exécution d'un projet.

Établie par contrat dès le début d'un projet et adéquatement dotée en personnel et administrée afin de répondre le mieux possible à la nature et aux besoins de chaque projet, la CRD peut apporter une aide précieuse aux parties contractantes dans la résolution ou le règlement de différends au cours d'un projet. Celle-ci peut même réduire (voire éliminer) le nombre de litiges qui aboutissent en arbitrage ou, dans de trop nombreux cas, à un processus d'arbitrage qui n'a pas répondu aux attentes en matière de résolution rapide du différend.

Développement

Le concept de la CRD n'est pas nouveau, mais sa mise en œuvre a connu un essor considérable au cours des 25 dernières années, particulièrement aux États-Unis, où l'industrie de la construction a été gravement secouée dans les années quatre-vingt par des réclamations très coûteuses qui ont touché un grand nombre de participants à des projets. Historiquement applicable à des projets de métro, on a eu recours abondamment aux CRD dans le cadre du *Central Artery Project* (le « Big Dig ») et de projets de transport en commun rapide à San Francisco. Le concept de la CRD a également obtenu un appui à

l'échelle internationale, notamment par son intégration aux formules de contrat FIDIC publiées par la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (dont le siège social est situé à Genève en Suisse). On priviliege l'utilisation de ces contrats FIDIC dans de nombreux projets de la Banque mondiale.

Le recours aux CRD et l'intérêt manifesté envers ces dernières ont également connu un essor au Canada, bien qu'à ce jour le concept tarde à s'implanter aux États-Unis (à l'instar d'autres techniques d'PRD, comme l'arbitrage). Parmi les exemples de projets canadiens où des CRD ont été établies, mentionnons le projet du Pont de la Confédération de l'Île-du-Prince-Édouard, la construction de la Sheppard Subway Line à Toronto, le projet énergétique Niagara Tunnel et le plus récent projet de construction de la route Transcanadienne au Nouveau-Brunswick (2006-2007).

L'acronyme anglais DRB désignant le *dispute review board*, l'ancêtre du *dispute resolution board* (commission de règlement des différends), est toujours utilisé dans certains projets, particulièrement ceux qui prévoient des recommandations d'une CRD plutôt que des décisions finales et exécutoires. Il existe également le *dispute adjudication board*, ou DAB, qui rend des décisions finales et exécutoires. Les décisions finales et exécutoires de la CRD et du DAB donnent habituellement lieu à des protestations et des recours à l'arbitrage au cours de périodes de préavis particulières.

L'appréciation des CRD à l'échelle mondiale a fait augmenter le nombre de membres de l'*International Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), dont le siège social est situé à Seattle (Washington). Le DRBF a publié des statistiques très impressionnantes soulignant des taux de réussite très élevés au chapitre du règlement ou de

l'élimination des différends dans les projets où l'on a eu recours aux CRD. Le DRBF offre des possibilités de formation à ses membres ainsi que d'importants aperçus liés aux avantages des CRD aux participants à des projets. Le DRBF est devenu un joueur important quant à la défense et au soutien de cette technique majeure d'PRD.

Questions relatives à l'établissement d'une CRD

Comme il fallait s'y attendre, à l'instar de la mise en application d'autres techniques d'PRD, lorsqu'il s'agit notamment de choisir une partie impartiale pour un projet, soit un médiateur ou un arbitre, la sélection des membres du groupe d'experts de la CRD est cruciale. Un groupe est généralement composé de trois personnes neutres et indépendantes, des attributs essentiels à la réussite de la CRD. En conséquence, comme dans la mise en œuvre de toute technique d'PRD, chaque membre d'une CRD doit écarter soigneusement tout conflit avant d'accepter une nomination à un tel poste.

La réussite d'une CRD repose également sur la volonté des parties d'accepter le concept. Il arrive souvent qu'une CRD soit proposée ou mandatée d'entrée de jeu par l'une des parties et que l'autre partie manifeste initialement des objections. Cela mène habituellement à une discussion portant sur le bien-fondé de l'établissement de la CRD proposée. Il est possible que l'on exprime des préoccupations au sujet du financement d'une CRD durant le projet. Le traitement de ces préoccupations consiste notamment à évaluer les avantages des honoraires estimés des membres de la CRD par rapport à la perspective des frais de médiation ou d'arbitrage une fois le projet terminé. Il arrive souvent que la partie qui préconise le recours à une CRD fasse valoir son expérience acquise sur d'autres projets pour justifier le coût rai-

sonnable de la CRD dans toutes les circonstances du projet. Il est habituellement plus facile de dissiper les préoccupations relatives aux coûts d'une CRD sur des projets d'infrastructure importants où les enjeux sont tout simplement trop élevés pour ignorer les avantages de la CRD.

Dans le cadre de projets plus petits, le recours à une seule personne impartiale (au lieu de trois) pour faire des recommandations en vue de résoudre les différends à mesure qu'ils se présentent pourrait s'avérer plus sensé au plan financier. Le recours à une seule personne neutre pour un projet est de plus en plus répandu. Par exemple, cette approche est maintenant acceptée aux États-Unis à l'égard des documents contractuels de construction standard publiés par *l'American Institute of Architects*. Lorsque l'on décide d'adopter cette approche, il est donc essentiel de faire preuve d'une grande prudence dans le choix de ladite personne. L'avantage évident de la CRD par rapport à une seule personne neutre réside dans le fait que les trois membres de la CRD possèdent des antécédents et un savoir-faire différents qu'ils peuvent mettre en commun.

Considérations internationales

Dans le cadre des projets d'infrastructure qui comptent des participants internationaux, l'utilisation d'une CRD est tout aussi conseillée et avantageuse. Il pourrait être encore plus avantageux de procéder ainsi selon la loi et le système juridique applicables dans la juridiction où le projet est situé. Comme dans le cas de l'arbitrage contractuel, il est recommandé d'élaborer une entente contractuelle en matière de CRD pour éviter la perspective de compa-

raître en cour dans un pays étranger où l'administration de la justice peut poser problème. Il faudrait envisager sérieusement l'arbitrage à l'extérieur de telles juridictions.

Comme il l'a été mentionné précédemment, il peut être décevant de constater la durée des procédures, les coûts et l'inconvénient liés à l'arbitrage. Cette déception découle souvent du type d'expérience auquel les participants et/ou leur avocat peuvent recourir durant les procédures d'arbitrage. Que cette déception soit suscitée ou non, le processus de la CRD, mis en œuvre et administré adéquatement, peut contribuer à réduire énormément, voire éliminer, le risque de réclamations une fois le projet terminé.

Vente du concept

Peu importe la motivation à l'origine de la mise en œuvre d'une CRD de projet, il est extrêmement important d'indiquer aux deux parties les avantages de la CRD et que ces dernières y croient. Le meilleur pour ce faire est évidemment au début du projet. Lorsque l'une des parties émet des objections, il est important que la partie défendant l'idée consacre du temps et des ressources à la promotion du bien-fondé de la CRD. Il est très important que les deux parties constatent les avantages inhérents à la mise en œuvre d'une CRD.

Malgré leur grande utilité, les CRD sont toujours très méconnues pour un grand nombre de participants des secteurs du développement et des infrastructures. La connaissance des avantages est importante afin que les deux parties s'engagent à administrer leur contrat de gouvernance con-

formément aux modalités de la CRD. La CRD aura l'autorisation de faire des recommandations aux parties en ce qui a trait au règlement des différends ou de prendre des décisions finales en la matière. Lorsque des décisions finales et exécutoires sont autorisées, par exemple, conformément aux décisions du *dispute adjudication board* en vertu des contrats FIDIC, l'une ou l'autre des parties a habituellement le droit de contester une telle décision et d'exiger un arbitrage subséquent au moyen d'un avis à envoyer à l'intérieur d'une période particulière. En règle générale, de telles recommandations ou décisions sont également reconnues au plan contractuel comme étant admissibles dans le cadre de toute procédure ultérieure en matière de litige ou d'arbitrage. Par conséquent, il est important que chaque partie comprenne l'importance de telles recommandations ou décisions et l'importance de bien protéger leurs intérêts en coopérant et participant aux procédures de la CRD établies pour le projet.

Les membres de la CRD

La réussite de la philosophie de la CRD repose en grande partie sur le choix de ses membres dont les parties reconnaissent la neutralité, l'intégrité, l'expérience et le savoir-faire. La CRD doit fonctionner de façon objective, indépendante et impartiale. Il faut choisir soigneusement les membres afin d'assurer un équilibre d'expertise technique pour être en mesure de réagir rapidement lorsque surviennent des différends de nature technique. Les différends techniques sont monnaie courante dans les projets de construction, d'ingénierie et d'infrastructure, mais des questions d'interprétation des contrats se po-

Conférence annuelle de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation, Inc.



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

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
Mena au : 416-487-4447

sent également, ce qui génère des différends liés à différents sujets, comme des exigences contractuelles relatives à la portée, aux délais, à l'échéance et au rendement.

Compte tenu de la nature des différends susceptibles de survenir dans le cadre de projets d'infrastructure, qu'il s'agisse de projets d'infrastructure de transport, d'énergie ou de traitement de l'eau, des ingénieurs compétents appropriés sont des candidats tout désignés pour devenir membre d'une CRD. Tout comme les ingénieurs ayant des compétences en géotechnique sont des candidats évidents pour une CRD dans le domaine de la construction des tunnels et des métros, les ingénieristes travaillant dans d'autres sphères, comme dans les projets d'énergie nucléaire et autres projet d'énergie, les stations de traitement d'eau et installations en exploitation ainsi que les infrastructures autoroutières et aéroportuaires.

En outre, les personnes ayant des compétences en droit, particulièrement les avocats ayant de l'expérience dans la préparation et l'interprétation des documents contractuels relatifs aux projets d'infrastructure et de construction (y compris des documents contractuels complexes préparés, par exemple, aux fins d'un partenariat public-privé et autres ententes de projet hybrides) pourraient également devenir membres d'une CRD, habituellement à titre de président. Hormis une nomination en tant que membres d'une CRD, les avocats sont généralement exclus des procédures d'une CRD, comme les visites de sites, les réunions avec les parties et les audiences de CRD. La CRD met l'accent sur l'informalité dans le règlement des différends.

Selon la complexité d'un projet d'infrastructure, il pourrait même s'avérer important de nommer un membre d'une CRD ayant des antécédents en financement de projets; par exemple, dans le cas où le projet d'infrastructure est une entente à long terme, peut-être une concession comportant une entente d'exploitation pouvant donner lieu à des questions d'ajustement de tarifs ou autres considérations financières.

La nature du projet délimite les domaines de connaissances spécialisées que les membres des CRD doivent couvrir.

Quelle que soit la composition d'une CRD dans le cadre d'un projet, ses membres doivent se tenir au courant de son contexte propre, effectuer régulièrement des visites sur les lieux afin d'être préparés à agir dans un bref délai lorsqu'elle est informée que ses services sont requis afin de régler un différend, à quelque moment que ce soit au cours d'un projet. Par conséquent, les membres des CRD sont « sur appel » lorsqu'un différend survient. Outre les visites régulières qu'ils effectuent sur les lieux, les membres des CRD devraient être tenus au courant par les parties en ce qui a trait à la correspondance, aux comptes rendus et rapports mensuels ainsi qu'à toute modification aux documents contractuels.

Importance de la philosophie propre aux CRD

Prendre conscience des avantages de la philosophie qui caractérise les CRD, c'est savoir apprécier les services qu'elles offrent, des services qui font défaut lorsque les cas sont soumis à un processus subséquent d'arbitrage ou de médiation. Un élément fondamental des avantages qu'offrent les CRD est le fait que leurs membres participent à part entière au projet, se tiennent au courant des développements du projet et peuvent en conséquence agir avec rapidité, afin d'émettre des recommandations aux parties lorsqu'un différend survient, un aspect qui manque totalement dans un processus d'arbitrage ou de médiation. Sélectionnés par les parties et respectés pour leurs savoir-faire et neutralité, les membres des CRD peuvent et devraient développer des relations avec les parties qui leur permettent de souligner le bien-fondé d'un règlement rapide des différends, un aspect qui sinon n'est pas pris en considération avec le même intérêt. Parfois, la simple présence d'une CRD suffit à encourager les parties à éliminer leurs divergences d'opinion. Avant tout, les CRD ont une occasion unique et cruciale de persuader les parties à entamer des négociations. Elles ont également l'occasion de soulever des questions qui peuvent amener une des parties à constater la force ou la faiblesse

de ses arguments antérieurs, une prise de conscience qui peut déboucher sur un règlement rapide des différends. Comme l'expérience le confirme, les projets d'infrastructure et de construction d'envergure qui ont recours aux CRD peuvent être menés à terme sans connaître de différends non résolus. La neutralité dont font preuve les CRD peut fonctionner et fonctionne à merveille; elle ne peut donc être ignorée.

Contreparties contractuelles

Comme il l'a été mentionné auparavant, il est important de prévoir avec soin la CRD au début d'un projet. Par conséquent, le contrat devrait définir, dans le cadre des dispositions relatives au règlement de différends, l'entente convenue entre les parties eu égard à la mise en œuvre du processus de la CRD relativement au projet et l'importance des décisions ou recommandations de la CRD en tant que preuves admissibles dans toute procédure subséquente d'arbitrage et de médiation.

Les parties et les membres de la CRD sélectionnés devraient convenir d'une entente séparée relativement aux procédures de fonctionnement de la CRD en vue d'aborder les problèmes fondamentaux et organisationnels tels que :

- l'absence de forme intentionnelle des aspects procéduraux relativement aux visites sur les lieux, l'information continue à fournir aux membres et les procédures d'audiences;
- la préclusion de la communication ex parte avec les parties (sauf avec le consentement de ces dernières);
- le rôle du comité de la CRD en ce qui a trait à la supervision des questions, la tenue des dossiers et la préparation des calendriers des rencontres;
- l'agencement des visites sur les lieux; les règles et procédures relativement aux audiences de la CRD;
- les dispositions relatives aux notifications et agencements des audiences de la CRD;
- l'agencement des conférences préliminaires;
- l'échange de documents et autres étapes dans la préparation des audiences de la CRD;
- toute autre disposition visant les questions importantes, comme le fait que les

audiences de la CRD ne sont pas assujetties aux règles juridiques en matière de preuve.

Afin d'apporter un soutien aux parties dans la préparation des documents contractuels sur le plan organisationnel de la CRD, des directives et des formules de contrats sont disponibles auprès d'organismes tels que :

- le Dispute Resolution Board Foundation, dont le siège social est situé à Se-

- attle (Washington);
- l'International Center for Dispute Resolution (« ICDR »), la branche internationale de l'American Arbitration Association;
 - la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce de Paris (« CCI »);
 - la Fédération internationale des ingénieurs conseils (« FIDIC ») à Genève (Suisse);
 - les autres organismes administratifs et organismes PRD.

Conclusion

Le processus de la CRD, adéquatement organisé et mis en œuvre, présente des avantages indéniables. Les gouvernements et le secteur privé se préparent à appliquer diverses initiatives relatives à des projets d'infrastructure, par le biais de partenariats publics-privés ou d'autre entente, la mise en œuvre de règlements de différends par la CRD s'appuyant sur des projets permet des économies importantes et des avantages loin d'être négligeables. ♣

Felicitations aux membres suivants de l'Institute d'Arbitrage et de Médiation du Canada qui ont reçu la désignation de Arbitre agré(e) et / ou Médiateur / Médiatrice agré(e).

- René Beaupré, Arb. A, Méd. A, Québec
- Sheila Begg, Méd. A, Colombie-Britannique
- Thierry Bériault, Méd. A, Québec
- Marc Brouillette, Méd. A, Québec
- Marie-Josée Brunelle, Méd. A, Québec
- J. Garth Cambrey, Arb. A, Colombie-Britannique
- Genevieve Chornenki, Arb. A, Ontario
- Howie Clavier, Arb. A, Méd. A, Québec
- Lise Delisle, Méd. A, Québec
- Oliver Després, Arb. A, Méd. A, Québec
- Guy Dufort, Méd. A, Québec
- Cindy Dymond, Méd. A, Ontario
- Jeffrey Edwards, Arb. A, Québec
- Michael Erdle, Arb. A, Ontario
- Alain Fortin, Méd. A, Québec
- Céline Garneau, Méd. A, Québec
- Marielle Grimard, Méd. A, Québec
- Pamela Large-Moran, Méd. A, IPE
- L. Paul Leclerc, Méd. A, Québec
- Harvey M. Haber, Arb. A, Ontario
- William Horton, C.Arbitrator, Ontario
- Yves Marchand, Méd. A, Québec
- Robert Masson, Arb. A, Québec
- Nancy J. McAlder, Méd. A, Alberta
- Claude Métras, Méd. A, Québec
- Jean Morissette, Arb. A, C.Med, Québec
- Kathryn Munn, Arb. A, Ontario
- Jacques Pettigrew, Méd. A, Québec
- Serge Pisapia, Arb. A, C.Med, Québec
- Jacques Pettigrew, Méd. A, Québec
- Michèle Rouleau, Méd. A, Québec
- Johanne Savard, Méd. A, Québec
- Michel Simard, Méd. A, Québec
- Tom W. Smith, Méd. A, Alberta
- Laurent Thibault, Méd. A, Québec
- Mercedes Watson, Méd. A, Ontario

Full Spectrum ADR Bronze Sponsors / Pleins feux sur les PRD commandites de bronze :



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

- Barreau du Québec
- Blake, Cassels & Graydon LLP
- CCER, Centre for Conflict Education and Research
- CCLA / ABCC, County of Carleton Law Association / Association du Barreau du Comté de Carleton
- CCR International
- Colm Brannigan, Mediate Better Solutions
- ICC, International Chamber of Commerce

- JDG Resolutions
- johngillett.com
- La Chambre de commerce du Canada / The Canadian Chamber of Commerce
- Neville ADR Services Inc.
- Perley-Robertson, Hill & McDougall LLP/s.r.l.
- Stikeman Elliott
- The Canadian International Institute of Applied Negotiation
- William G. Horton, Dispute Resolution

Cleaning Up Class Actions with ADR

Introduction

Plaintiffs and defendants alike should readily embrace the use of mediators and arbitrators to resolve the claims of prospective class members to a putative class action or the claims of class members to an action that has been certified as a class proceeding as a means of resolving such claims in a much more expeditious and efficient manner than would otherwise be the case in the prototypical litigation scenario rife with delays, escalating legal costs and a prolonged commitment of time and energy.

Alison Corless v. KPMG LLP

The national class action commenced by former KPMG employee Alison Corless (“Corless”) in August, 2007, against her former employer, KPMG LLP (“KPMG”) in respect of KPMG’s alleged breach of the employment standards legislation across Canada, which garnered wide publicity across the country, serves as a model example of how the services of experienced roster mediators and arbitrators can be effectively utilized to resolve the claims of prospective class members or class members.

KPMG’s Overtime Redress Plan

In the *Corless* case, KPMG with its external counsel, faced with the prospect of de-

In August 2007, KPMG LLP was sued by former employee Alison Corless in a proposed national class action alleging on her own behalf and on behalf of other former employees that KPMG did not pay overtime in accordance with the applicable employment standards legislation. KPMG, in consultation with its external counsel Fraser Milner Casgrain LLP, developed the KPMG Overtime Redress Plan (“ORP”) and initiated it on February 19, 2008 as a voluntary plan to apply to both current and former employees. The matter settled on March 19, 2008 subject to Court approval. The essential term of the settlement was that the ORP would be rolled into the putative class action as the mechanism by which the claims of the prospective class members would be re-



Norman J. Emblem

solved. One of the key selling points of the ORP was that KPMG would pay for the services of experienced mediators and arbitrators to mediate and arbitrate the claims of any employees who rejected their initial Determination Letter and subsequent Reconsidered Determination Letter. The ADR Institute of Canada was retained to administer the mediations and arbitrations across Canada. Justice Perell of the Ontario Superior Court of Justice pre-approved the settlement on June 26, 2008 and later certified the action for settlement purposes and approved the settlement on August 7, 2008. The use of ADR as part of KPMG’s ORP enabled KPMG to resolve issues in an unprecedented time frame that would otherwise have taken years to resolve in protracted litigation.

former or current employee.²

KPMG’s Initial Assessment of Eligibility and Entitlement

In the first instance, KPMG assessed whether an employee was eligible for overtime and, if so, KPMG went on to determine the extent of the employee’s entitlement to overtime pay. This review was based upon the applicable *Employment Standards Act* in the province where the employee was employed³ or was formerly employed and the time and billing records maintained by KPMG.

KPMG’s initial assess-

fending a national class action on behalf of former employees across Canada, determined to implement a comprehensive overtime redress plan (“ORP”), well prior to the scheduling of any certification motion, to provide compensation to both current and former employees¹ who worked overtime who were not paid what they were entitled to be paid pursuant to the applicable employment standards legislation in the provinces where they worked.

KPMG’s ORP included three levels of review of KPMG’s initial assessment as to whether an employee was eligible for overtime in accordance with the applicable legislation and, if so, the extent of the employee’s entitlement all of which were funded by KPMG without any cost to any

ment was subsequently conveyed to the former or current employee in a “Determination Letter” sent by Crawford Class Action Services Limited (“Crawford”), an experienced independent third party class action claims administrator retained by KPMG.

In the event an employee accepted the proposal set out in his/her Determination Letter, a Full and Final Release and Acceptance Form were completed, the employee was paid⁴, and the matter was then finally resolved.

In the event the employee rejected the proposal in his/her Determination Letter, he/she would send a Rejection Form to Crawford who would then independently

investigate whether the Determination Letter should be affirmed or revised after reviewing all of the relevant “HR data” pertaining to the employee in addition to any employee supplied information and determine, on a balance of probabilities, whether the Determination Letter should be affirmed or revised and send a Reconsidered Determination Letter to the employee.

In the event the employee accepted the proposal set out in his/her Reconsidered Determination Letter, a Full and Final Release and Acceptance Form would be signed.

Mediation

In the event the employee rejected the proposal in his/her Reconsidered Determination Letter, he/she would send a Rejection Form to Crawford and the employee’s claim would proceed to mediation before an independent mediator chosen by the employee selected from a roster of ten experienced mediators affiliated with the ADR Institute of Canada (“ADR Institute”) whose services would be paid for by KPMG. The mediation would take place in the province of the former or current employee’s place of employment⁵.

In the event the employee’s claim was satisfactorily resolved at mediation, a Full and Final Release would be executed⁶.

Arbitration

In the event the employee’s claim was not satisfactorily resolved through mediation, the employee’s claim would proceed to binding arbitration before an experienced independent arbitrator selected by the employee from a roster of ten arbitrators affiliated with the ADR Institute whose services would be paid for by KPMG. The arbitration would take place in the province of the former or current employee’s place of employment.

Scorecard

In the *Corless* case approximately thirty claims proceeded to mediation. Over 90% of those claims were satisfactorily resolved at mediation or shortly thereafter. Three claims proceeded to arbitration which were all conducted in an expeditious and effi-

cient manner and the last arbitration will be held shortly⁷.

Justice Paul Perell touched upon KPMG’s use of ADR in his *Reasons for Decision* when reviewing the elements of KPMG’s ORP.⁸

19. The Overtime Redress Plan provides for an elaborate administrative process to determine claims for overtime pay. The plan has 11 stages or steps, as follows:

- (1) The employee is sent a determination letter setting out eligibility and or entitlement to compensation, if any.
 - (2) The employee accepts or rejects the proposal set out in the determination letter.
 - (3) The employee notifies Crawford via regular mail, fax, or e-mail of his or her decision.
 - (4) Crawford reviews acceptance forms to ensure that they have been properly completed and directs acceptances to KPMG’s payroll department for payment in accordance with the employee’s election.
 - (5) Crawford reviews rejection forms to ensure that they have been properly completed and independently reconsiders the information upon which the determination letter was based along with any additional documentation provided by the employee.
 - (6) If an employee fails to accept or reject the proposal set out in the determination letter, the employee is deemed to have rejected the determination letter. The employee is notified that he or she has 60 calendar days to accept or reject failing which any amount of overtime pay will be placed in an escrow account to be held for 180 days and thereafter sent to the United Way of Greater Toronto.
 - (7) Once Crawford’s investigation is completed, it decides if the determination letter should be affirmed or revised. Crawford sends a reconsidered determination letter.
- Both the employee and KPMG have 25 days to respond to the reconsidered determination letter.
- (8) If both the employee and KPMG accept the proposal set out in the reconsidered determination letter, the employee’s claim is resolved and the claim for payment processed in accordance with the employee’s election. If the proposal set out in the reconsidered determination letter does not include any entitlement to overtime pay, the claim is closed and no further letter is sent to the employee or KPMG.
 - (9) If either the employee or KPMG rejects the proposal set out in the reconsidered determination letter, the claim proceeds to mediation.
 - (10) If the claim is not resolved at mediation, the claim proceeds to binding arbitration.
 - (11) As a result of a reconsidered determination letter being sent to KPMG, it discovers additional information, this information is provided to Crawford, which may issue an amended reconsidered determination letter.
20. Without intending to be exhaustive, in my opinion, the following features of the proposed settlement are particular noteworthy:
- (i) The proposed settlement incorporating the ORP does not compromise the dollar value of the claims of class members. The determination of the employee’s (former or current) claim is based on a legal and factual analysis of his or her genuine entitlement.
 - (ii) The determination is made by a claims administrator hired but independent of KPMG. If an employee is not satisfied with the determination, he or she is entitled to a reconsideration, mediation, and ultimately binding arbitration.
 - (iii) There is no cap on KPMG’s liability.
 - (iv) KPMG is waiving any limitation period defences it might have had.
 - (v) KPMG is paying the entire costs

- of the ORP, including the plaintiff's lawyer's counsel fee.
- (vi) The administration of the ORP is similar to a court ordered class action claims administration program by a third party administrator.
- (vii) KPMG will reimburse any employee up to a maximum of \$500 inclusive of GST for the cost of obtaining independent legal advice concerning his or her claim to overtime pay.
- (viii) The settlement provides for multiple levels of review and provides for mediation and arbitration.

23. On June 26, 2008, the parties appeared before me at a case conference to seek pre-approval of the ORP and for approval of a notice to the class members of the motions for certification and for approval of the settlement of the class action. At that time, I received an affidavit from Mr. Peter B. Sahagian, who is General Counsel for KPMG, sworn on June 25, 2008. I also received a report from Crawford dated June 23, 2008. I was provided with detailed disclosure of the ORP and of the steps that had taken place up to that time. I made the following endorsement:

This is a case conference to consider the form of notice for the certification and settlement approval motion in this action. Subject to hearing from any objectors, I am satisfied based on the material I have reviewed that the form and substance is fair and reasonable and in the best interests of the class. I am further satisfied that without prejudice to the approval of counsel fees as required by the *Class Proceedings Act*, the defendant may make an advance payment of \$300,000 plus GST. I approve the forms of notice.

26. As appears from the above recitation of the background facts, implementation of the Overtime Redress Plan carried on during the time leading up to this certification motion for settlement purposes. I have reviewed the statistical record to date and, in my opinion, without intending to be exhaustive, the

following facts about the current state of administration are pertinent to the motions now before the court.

- (i) Crawford sent out 11,333 determination letters.
- (ii) Of the determination letters, 1,192 letters recognized entitlements for overtime pay totalling \$3,647,210.93. The balance of the letters, 10,135 indicated that the employee was (a) not eligible or (b) eligible but not entitled to overtime pay.
- (iii) In response to the determination letter, 3,019 current employees and former employees accepted the determinations. Subsequently, 156 employees, accepted reconsidered determination letters and 17 employees indicated that they did not wish overtime pay. Thus, while the administration of the plan continues, it appears that 3,192 employees have accepted the determination of the ORP.
- (iv) In response to the determination letter and or a reconsidered determination, there are currently 151 rejected determinations that have not been resolved.
- (v) It appears that 7,988 current employees neither accepted nor rejected the determination letter, of which all but 249 persons were determined not to have any eligibility or entitlement.
- (vi) KPMG with the approval of Crawford determined that current employees who had neither accepted or rejected should be au-

tomatically sent a cheque for their overtime entitlement, which if not cashed would be forfeited and the sum donated to the United Way pursuant to the ORP.

- (vii) As of August 6, 2008, \$3,264,277.87 or 90% of the proposed payment of \$3,647,210.93 inclusive of interest has been paid to former and current employees of KPMG.

39. Again without intending to be exhaustive, the following features of the ORP are worthy of note and they are favourable for class members:

- (a) KPMG does not rely on any limitation period defences;
- (b) There is no limit to the amount an employee may be entitled to for unpaid overtime. The amount owing is based on the application of the provincial employment standards legislation. KPMG's time and payroll records, and any employee supplied information;
- (c) The plan encourages all employees to seek independent legal advice, at the expense of KPMG to a maximum of \$500 per individual;
- (d) The plan facilitates immediate payment to class members upon completion of the required acceptance form, and full and final release, with interest, and provides a variety of payment options to both current and former employees;
- (e) The plan does not discount any amount owing to an employee,

**ADR Institute
of Canada, Inc.**

Annual Conference

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



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

Full Spectrum ADR, 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.

including any deduction for administering the ORP or the legal costs and fees of plaintiff's counsel; and

(f) The plan provides a resolution process for the claim of any employee who disputes their overtime entitlement as calculated by KPMG or Crawford.

On the preliminary approval motion in the *Corless* case held on June 26, 2008, KPMG filed, *inter alia*, the Affidavit of Peter B. Sahagian, General Counsel of KPMG, which touched upon the proposed use of ADR as part of the ORP. Mr. Sahagian stated as follows:

To date, 56 Reconsidered Determination Letters have been rejected by employees.⁹ Crawford is in the process of attempting to resolve the claims of the 56 employees who have rejected their Reconsidered Determination Letters. In the event these claims cannot be satisfactorily resolved, they will proceed to mediation in accordance with the ORP. At the present time, no claims have been scheduled to be mediated as every effort will be made by Crawford to attempt to resolve the claims of employees prior to scheduling any mediations. In the event any claims do proceed to mediation and cannot be satisfactorily resolved at the mediation, the claims

will proceed to arbitration before an independent arbitrator affiliated with the ADR Institute of Canada, Inc. subject to the terms and conditions of the ORP. Attached as **Exhibit "D"** is a copy of the *Proposal By The ADR Institute of Canada, Inc. To Provide Mediation and Arbitration Services to Resolve Overtime Disputes Between KPMG and KPMG Current and Former Employees Pursuant to KPMG's Overtime Redress Plan*. As no claims have been scheduled to proceed to mediation, no arbitrations have been scheduled.

Conclusion

When KPMG launched its ORP, it did so without any prior notice to plaintiff class counsel or the Court, and was mindful that it had but one opportunity to design and implement a first class redress plan which would have to stand up to very close scrutiny from not only the Court but plaintiff class counsel who, some would argue¹⁰, may be expected to be sceptical about any redress plan promulgated by the defendant who their clients were driven to sue. As a consequence, KPMG, in consultation with FMC, strove to build into the ORP three levels of review of KPMG's initial decision with respect to an employee's eligibility and entitlement including both the opportunity for an employee to mediate his/her claim and to proceed to binding arbitra-

tion before seasoned experienced mediators and arbitrators whose services would be paid for entirely by KPMG. Having the mediations and arbitrations administered by the ADR Institute ensured that the process was run in a uniform, consistent and transparent manner across Canada.

I highly commend the ADR Institute as a first rate resource and service provider whose ADR services and experience proved to be invaluable to KPMG in the *Corless* matter whose assistance has helped forge a litigation management template for settlement that could be easily tailored to any class action. ♣

Norm has a very broad-ranging commercial litigation and advocacy practice which involves class action defence, securities, auditor's negligence, CCAA, banking and insolvency litigation, professional negligence, high-end disability income claims, insurance defence litigation, shareholders' disputes, Coroners' inquests and human rights litigation. Norm has extensive trial and appellate experience in the civil courts and experience before numerous regulatory and administrative tribunals throughout the Province of Ontario, such as the Ontario Securities Commission, the Institute of Chartered Accountants of Ontario, the Royal College of Physicians and Surgeons, The Alcohol and Gaming Commission, the Workers Compensation Appeal Tribunal and the Ontario Pension Board.

¹ The action was commenced on behalf of former employees of KPMG. The Statement of Claim was later amended in June, 2008 following the settlement to include current employees of KPMG.

² Not all employees are eligible under applicable employment standards legislation to receive overtime pay. As Justice Perell noted in paragraph 8 of his *Reasons for Decision* "[c]ompensation for overtime is a complicated legal and factual matter. Under the various employment standards statutes across the country not all employees are eligible for compensation for overtime pay, and if an employee is eligible, it is a factual matter whether the employee is entitled to the overtime pay."

³ Fraser Milner Casgrain LLP, KPMG's external legal counsel, provided legal advice to KPMG as to which employees of KPMG were eligible to receive compensation based upon the applicable provincial employment standards legislation. FMC's legal advice was reviewed by the law firm Lang Michener LLP who were retained independently by Crawford Class Action Services Limited, an independent third party claims administrator retained by KPMG. Lang Michener concurred with FMC's legal advice.

⁴ Full and Final Releases were only sent to employees in respect of which the proposal in the Determination Letter included payment of a sum of money. Certain Determination Letters indicated that an employee was not eligible to receive overtime and, as a consequence, was not entitled to overtime pay. Other Determination Letters indicated that an employee was eligible to receive overtime pay but was not entitled to any overtime pay as the employee was either paid the overtime he/she was entitled to or was provided with

time in lieu.

⁵ Some mediations were held via long distance conference call.

⁶ Not all claims satisfactorily resolved at mediation involved the payment of money.

⁷ In the *Corless* case, while the ORP was initiated prior to the date upon which the action was certified for settlement purposes, all of the mediations and arbitrations that have taken place to date post-dated the certification of the class action for settlement purposes on August 7, 2008.

⁸ The *Judgment for Certification and Settlement Approval* dated August 7, 2008 and Justice Perell's *Reasons for Decision* dated August 8, 2008 in the *Corless* case are available from the author who can be contacted via e-mail at norm.emblem@fmc-law.com.

⁹ 32 former employees had rejected their Reconsidered Determination Letter as of the date of Mr. Sahagian's Affidavit. 24 current employees had rejected their Reconsidered Determination Letter as of the date of Mr. Sahagian's Affidavit.

¹⁰ See Garry D. Watson and Derek McKay's paper "*Why the Defendant's Own Alternative Dispute Resolution Process Cannot Be A Preferable Procedure*", (2005) 2:1 Can. Class Action Rev.114 ("Watson & McKay") and the response to Watson & McKay of my partners John Lorn McDougall and Timothy Banks in their paper "*Why A Defendant-Proposed Alternative Dispute Resolution Process Can Be And Sometimes Should Be The Preferable Procedure*" which is available from the authors jorn.lorn.mcdougall@fmc-law.com or timothy.banks@fmc-law.com.

« Se débarrasser des recours collectifs grâce à la PRD »

En août 2007, KPMG s.r.l. fut poursuivie par Alison Corless, une ancienne employée, dans le cadre d'un recours collectif national envisagé alléguant en son nom et au nom d'autres anciens employés que KPMG n'avait pas payé des heures supplémentaires conformément à la loi sur les normes d'emploi. KPMG, de concert avec le cabinet d'avocats externe Fraser Milner Casgrain s.r.l., a élaboré le Programme de règlement des heures supplémentaires impayées KPMG (PRHSI) et l'a mis en œuvre le 19 février 2008 à titre de programme volontaire s'appliquant aux employés anciens et actuels. L'affaire fut réglée le 19 mars 2008 sous réserve de l'agrément du tribunal. La condition essentielle du règlement voulait que le PRHSI soit intégré au recours collectif putatif en tant que mécanisme à l'aide duquel les allégations des personnes inscrites au recours collectif potentielles



Norman J. Emblem

seraient résolues. Un des arguments clés en faveur du PRHSI reposait sur le fait que KPMG paierait les services de médiateurs et d'arbitres expérimentés pour soumettre à la médiation et à l'arbitrage les allégations de tout employé ayant rejeté leur lettre de décision initiale et la lettre de décision révisée subséquente. On a retenu les services de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc. pour administrer les médiations et arbitrages à l'échelle du Canada. Le juge Perell de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a préautorisé le règlement le 26 juin 2008, certifié ultérieurement le recours à des fins de règlement et approuvé le règlement le 7 août 2008. L'utilisation du mode alternatif de règlement des conflits dans le cadre du PRHSI de KPMG a permis à cette dernière de résoudre des litiges dans un délai sans précédent qui, autrement, auraient pu s'étirer pendant des années avec la procédure interminable classique.

Introduction

Les demandeurs tout comme les défendeurs devraient accepter d'emblée le recours aux médiateurs et aux arbitres pour résoudre les allégations de personnes inscrites potentielles à un recours collectif putatif ou celles de personnes inscrites à un recours ayant été certifié en tant que catégorie d'instance. Il s'agit d'une façon de procéder beaucoup plus rapide et efficace qu'un scénario de procédure prototypique générant des délais, des frais juridiques croissants et un engagement prolongé en matière de temps et d'énergie.

Alison Corless c. KPMG s.r.l.

Le recours collectif national amorcé par Alison Corless (« Corless »), une ancienne employée de KPMG, en août 2007 contre KPMG s.r.l. (« KPMG »), son ancien employeur, en ce qui concerne la violation présumée par cette dernière de la loi sur les normes d'emploi au Canada, qui a fait grand bruit au pays, sert d'exemple modèle de la manière dont les services de médiateurs et d'arbitres expérimentés peuvent être utilisés efficacement pour résoudre les allégations de personnes inscrites, potentielles ou réelles, à un recours collectif.

Programme de règlement des heures supplémentaires impayées de KPMG

Dans l'affaire *Corless*, KPMG, avec son cabinet d'avocats externe, confrontée à la perspective de présenter une défense contre un recours collectif national au nom d'anciens employés à l'échelle du Canada, a décidé de mettre en œuvre un Programme de règlement des heures supplémentaires impayées (PRHSI) détaillé, et ce, bien avant la planification d'une demande de certification, visant à rémunérer les employés anciens et actuels¹ qui ont effectué des heures supplémentaires sans avoir obtenu le salaire auquel ils avaient droit selon la loi sur les normes d'emploi dans les provinces où ils travaillaient.

Le PRHSI de KPMG comprenait trois niveaux d'examen de l'évaluation initiale de KPMG quant à l'admissibilité d'un employé aux heures supplémentaires conformément à la législation applicable et, le cas échéant, dans quelle mesure il y a droit. KPMG a payé tous les frais inhérents à ces procédures sans que les employés anciens ou actuels n'aient à débourser quoi que ce soit.²

Évaluation initiale de l'admissibilité de KPMG

Dans le premier cas, KPMG a évalué si un employé était admissible aux heures supplémentaires et, le cas échéant, a déterminé dans quelle mesure il devrait être rémunéré à cet égard. Cet examen reposait sur la *Loi sur les normes d'emploi* dans la province où la personne était employée³ ou avait été employée ainsi que sur les feuilles de temps et documents de facturation tenus par KPMG. L'évaluation initiale de KPMG a été communiquée subéquemment à l'employé ancien ou actuel dans une lettre de décision envoyée par Crawford Class Action Services Limited (« Crawford »), une société de gestion d'allégations indépendante d'expérience mandatée par KPMG.

Si un employé acceptait la proposition figurant dans sa lettre de décision, on remplissait un formulaire d'autorisation et d'acceptation complète et finale, l'employé était payé⁴ et le litige était enfin résolu.

Si l'employé rejettait la proposition figurant dans sa lettre de décision, il envoyait une formule de rejet à Crawford qui procédait alors à une enquête indépendante pour déterminer si la lettre de décision

devait être confirmée ou corrigée après examen de toutes les données des RH pertinentes concernant l'employé, outre les renseignements fournis par ce dernier. On déterminait ensuite, selon la prépondérance des probabilités, si la lettre de décision devait être confirmée ou corrigée, puis on envoyait une lettre de décision révisée à l'employé.

Si l'employé acceptait la proposition figurant dans sa lettre de décision révisée, un formulaire d'autorisation et d'acceptation complète et finale était signé.

Médiation

Si l'employé rejetait la proposition figurant dans sa lettre de décision révisée, il envoyait une formule de rejet à Crawford et la réclamation de l'employé était envoyée à la médiation et soumise à un médiateur indépendant choisi par l'employé à partir d'une liste de dix médiateurs expérimentés associés à l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc. (« Institut ») dont les services seraient payés par KPMG. La médiation aurait lieu dans la province du lieu de travail de l'employé ancien ou actuel⁵.

Si la réclamation de l'employé était résolue de façon satisfaisante lors de la médiation, une autorisation complète et finale était exécutée⁶.

Arbitrage

Si la réclamation de l'employé n'était pas résolue avec satisfaction par la médiation, la réclamation était envoyée en arbitrage exécutoire et soumise à un arbitre indépendant d'expérience choisi par l'employé à partir d'une liste de dix arbitres associés à l'Institut dont les services seraient payés par KPMG. L'arbitrage aurait lieu dans la province du lieu de travail de l'employé ancien ou actuel.

Feuille de pointage

Dans l'affaire *Corless*, environ trente réclamations ont été acheminées à la médiation. Plus de 90 % d'entre elles ont été résolues avec satisfaction lors de la médiation ou peu de temps après. Les trois réclamations acheminées à l'arbitrage ont fait l'objet d'un traitement rapide et efficace, et le dernier arbi-

trage doit avoir lieu sous peu⁷.

Le juge Paul Perell a souligné l'utilisation du mode alternatif de règlement des conflits par KPMG dans ses *Motifs de décision* en analysant les éléments du PRHSI de KPMG.⁸

19. Le PRHSI prévoit un processus administratif élaboré pour déterminer les réclamations relatives au paiement des heures supplémentaires. Le programme comporte 11 étapes :

- (1) L'employé reçoit une lettre de décision établissant l'admissibilité et/ou le droit à la rémunération, le cas échéant.
- (2) L'employé accepte ou rejette la proposition indiquée dans la lettre de décision.
- (3) L'employé avise Crawford de sa décision par la poste, par télécopieur ou par courriel.
- (4) Crawford examine les formulaires d'acceptation pour s'assurer qu'ils soient remplis correctement et les achemine au service de la paie de KPMG à des fins de paiement conformément au choix de l'employé.
- (5) Crawford examine les formulaires de rejet pour s'assurer qu'ils soient remplis correctement et analyse à nouveau de manière indépendante les renseignements sur lesquels la lettre de décision était fondée ainsi que tout document supplémentaire fourni par l'employé.
- (6) Si un employé omet d'accepter ou de rejeter la proposition indiquée dans la lettre de décision, on considérera qu'il la rejette. L'employé est avisé qu'il dispose de 60 jours civils pour accepter ou rejeter la proposition. En l'absence de réponse, tout montant relatif à des heures supplémentaires à payer sera versé dans un compte de garantie bloqué pendant une période de 180 jours avant son envoi à l'organisme *United Way of Greater Toronto*.
- (7) Une fois l'enquête de Crawford terminée, cette dernière décide si

la lettre de décision doit être confirmée ou révisée. Crawford envoie une lettre de décision révisée. L'employé et KPMG disposent de 25 jours pour répondre à la lettre de décision révisée.

- (8) Si l'employé et KPMG acceptent la proposition indiquée dans la lettre de décision révisée, la réclamation de l'employé est résolue et le paiement est traité conformément à son choix. Si la proposition indiquée dans la lettre de décision révisée ne comporte pas un droit au paiement des heures supplémentaires, la réclamation est fermée et aucune autre lettre n'est envoyée à l'employé ou à KPMG.
 - (9) Si l'employé ou KPMG rejette la proposition indiquée dans la lettre de décision révisée, la réclamation est envoyée à la médiation.
 - (10) Si la réclamation n'est pas résolue à la médiation, elle passe à l'arbitrage exécutoire.
 - (11) Une lettre de décision révisée ayant été envoyée à KPMG, des renseignements supplémentaires sont découverts puis envoyés à Crawford, qui pourra émettre une lettre de décision révisée modifiée.
20. Sans être exhaustifs, selon moi, les éléments suivants du règlement proposé sont particulièrement notables :
- i) Le règlement proposé comprenant le PRHSI ne compromet pas la valeur monétaire des réclamations des personnes inscrites au recours collectif. La décision concernant la réclamation de l'employé (ancien ou actuel) est fondée sur une analyse juridique et factuelle de son véritable droit.
 - ii) Un administrateur de réclamations embauché, mais indépendant de KPMG, procède à la décision. Si un employé n'est pas satisfait de ladite décision, il a droit à une révision, une médiation ou, en dernier recours, un

- arbitrage exécutoire.
- iii) La responsabilité de KPMG n'est pas limitée.
 - iv) KPMG renonce à toute défense de la prescription qu'elle aurait pu faire valoir.
 - v) KPMG paie tous les frais du PRHSI, y compris les frais d'avocat du demandeur.
 - vi) L'administration du PRHSI est similaire à un programme d'administration des réclamations d'un recours collectif institué sur ordonnance de la cour.
 - vii) KPMG remboursera tout employé jusqu'à un maximum de 500 \$, TPS incluse, de frais de consultation juridique concernant sa réclamation de rémunération d'heures supplémentaires.
 - viii) Le règlement prévoit de multiples niveaux de révision ainsi qu'une médiation et un arbitrage.

23. Le 26 juin 2008, les parties se sont présentées devant moi lors d'une conférence préparatoire afin d'obtenir l'agrément préalable du PRHSI et l'approbation d'un avis envoyé aux personnes inscrites au recours collectif relativement aux demandes de certification et pour l'approbation du règlement du recours collectif. À ce moment, j'ai reçu un affidavit de M. Peter B. Sahagian, avocat général de KPMG, assermenté le 25 juin 2008. J'ai également reçu un rapport de Crawford daté du 23 juin 2008. J'ai obtenu tous les détails concernant le PRHSI et les étapes franchies jusqu'à ce moment. J'ai exprimé l'appui suivant :

Il s'agit d'une conférence préparatoire visant à considérer la forme de l'avis inhérent à la demande d'agrément de la certification et du règlement dans le cadre du présent recours. Sous réserve des propos de tout opposant, je conclus d'après les documents que j'ai examinés que la forme et le fond sont justes et raisonnables et dans le meilleur intérêt des personnes inscrites au recours collectif. C'est avec satisfaction que je constate, sans compromettre l'approbation des frais d'avocat comme l'exige la *Loi sur les recours collectifs*,

que le défendeur peut faire un paiement anticipé de 300 000 \$ plus TPS. J'aprouve les formes d'avis.

26. Tel qu'indiqué dans l'exposé du contexte factuel ci-dessus, la mise en œuvre du PRHSI s'est poursuivie durant la période menant à cette demande de certification à des fins de règlement. J'ai examiné le document statistique à ce jour et, à mon avis, sans prétendre être exhaustifs, les faits suivants au sujet de l'état actuel de l'administration sont pertinents en ce qui concerne les demandes devant la Cour.

- i) Crawford a envoyé 11 333 lettres de décision.
- ii) De ce nombre, 1 192 lettres ont reconnu le droit au paiement d'heures supplémentaires pour un total de 3 647 210,93 \$. Les 10 135 autres lettres indiquaient que l'employé a) n'était pas admissible ou b) était admissible mais n'avait pas droit au paiement d'heures supplémentaires.
- iii) En réponse à la lettre de décision, 3 019 employés anciens et actuels avaient accepté les décisions. Par la suite, 156 employés ont accepté les lettres de décision révisées et 17 employés ont indiqué ne pas vouloir de paiement d'heures supplémentaires. Ainsi, bien que l'administration du programme se poursuive, il semble que 3 192 employés aient accepté la décision du PRHSI.
- iv) En réponse à la lettre de décision et/ou une décision révisée, il y a actuellement 151 décisions rejetées qui ne sont pas résolues.
- v) Il semble que 7 988 employés actuels n'aient pas accepté ni rejeté la lettre de décision et tous, sauf 249 personnes, n'étaient pas admissibles et n'avaient aucun droit selon les décisions.
- vi) KPMG avec l'approbation de Crawford a déterminé que les employés actuels qui n'avaient ni accepté ni rejeté la décision devaient recevoir automatiquement un chèque pour le paiement des

heures supplémentaires qui, en cas de non encaissement, serait perdu et dont la somme serait remise à United Way conformément au PRHSI.

vii) Au 6 août 2008, une somme de 3 264 277,87 \$ ou 90 % du paiement proposé de 3 647 210,93 \$ incluant les intérêts avait été versée aux employés anciens et actuels de KPMG.

39. Encore une fois, sans prétendre à l'exhaustivité, les éléments suivants du PRHSI sont notables et favorables aux personnes inscrites au recours collectif :

- a) KPMG ne compte pas sur la défense de la prescription.
- b) Il n'y a pas de limite quant au montant auquel un employé peut avoir droit pour des heures supplémentaires non payées. Le montant dû est fondé sur l'application de la loi sur les normes d'emploi provinciales. Les feuilles de temps et de paie de KPMG et tout renseignement fourni par l'employé.
- c) Le programme encourage tous les employés à obtenir une consultation juridique indépendante aux frais de KPMG jusqu'à concurrence de 500 \$ par personne.
- d) Le programme facilite le paiement immédiat aux personnes inscrites au recours collectif une fois le formulaire d'acceptation rempli et l'autorisation complète et finale, avec intérêt, et offre un éventail d'options de paiement aux employés anciens et actuels.
- e) Le programme ne tient pas compte de tout montant dû à un employé, y compris toute déduction pour l'administration du PRHSI ou les dépenses et les frais d'avocat du demandeur.
- f) Le programme prévoit un processus de résolution de la réclamation de tout employé qui conteste le calcul de ses heures supplémentaires par KPMG ou Crawford.

En ce qui a trait à la demande d'agrément préliminaire dans l'affaire *Corless* tenue le 26 juin 2008, KPMG a déposé, notamment, l'affidavit de Peter B. Sahagian, avocat général de KPMG, qui mentionnait l'utilisation proposée du mode alternatif de règlement des conflits dans le cadre du PRHSI. M. Sahagian a indiqué :

À ce jour, 56 lettres de décision révisée ont été rejetées par les employés.⁹ Crawford tente actuellement de résoudre les réclamations des 56 employés qui ont rejeté la leur lettres de décision révisée. Au cas où ces réclamations ne seraient pas résolues de façon satisfaisante, elles seront acheminées à la médiation conformément au PRHSI. À l'heure actuelle, aucune réclamation n'est parvenue à la médiation, car Crawford fera tout en son pouvoir pour résoudre les réclamations des employés avant qu'elles n'arrivent à ce stade. Si des réclamations parviennent à la médiation, mais que cette dernière ne porte pas fruit, elles seront soumises à un arbitre indépendant associé à l'Institut, sous réserve des conditions du PRHSI. L'Annexe D ci-jointe est une copie de la proposition de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada inc. de fournir des services de médiation et d'arbitrage pour résoudre des litiges au sujet du paiement des heures supplémentaires entre KPMG et des employés anciens et actuels de KPMG conformément au Programme de règlement des heures supplémentaires impayées

KPMG. Comme aucune réclamation n'est prévue pour la médiation, aucun arbitrage n'est prévu.

Conclusion

Lorsque KPMG a lancé son PRHSI, elle a procédé ainsi sans avis préalable à l'avocat du recours collectif des demandeurs ni au tribunal et elle était consciente du fait qu'elle avait une seule occasion de concevoir et de mettre en œuvre un programme de règlement de premier ordre qui serait soumis à un examen très minutieux, non seulement de la part du tribunal, mais également de l'avocat du recours collectif des demandeurs qui, selon certaines personnes¹⁰, pourrait faire preuve de scepticisme à l'égard d'un programme mis en œuvre par le défendeur que ses clients ont été contraints de poursuivre. Par conséquent, KPMG, en consultation avec le cabinet d'avocats Fraser Milner Casgrain, a cherché à intégrer dans le PRHSI trois niveaux d'examen de la décision initiale de KPMG liée à l'admissibilité et au droit d'un employé, y compris la possibilité pour un employé de soumettre sa réclamation à la médiation et à l'arbitrage exécutoire devant des médiateurs et arbitres chevronnés dont les services seraient payés entièrement par KPMG. Comme les médiations et arbitrages étaient administrés par l'Institut, cela permettait de s'assurer que le processus se déroulait de manière homogène et transparente à l'échelle du Canada.

Je recommande fortement l'Institut en tant que ressource et fournisseur de services de premier ordre dont les services et l'expérience en matière de règlement alternatif des conflits se sont avérés très précieux pour KPMG dans l'affaire *Corless*, dont l'aide a permis de concevoir un modèle de gestion des litiges à des fins de règlement pouvant être facilement adapté à tout recours collectif. ♣

Norman J. Emblem exerce le droit commercial, y compris le litige et la plaidoirie, et sa pratique très vaste comprend les recours collectifs en faveur de la partie défenderesse, les litiges en matière de valeurs mobilières, de négligence du vérificateur, de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, du domaine bancaire et de l'insolvabilité, les réclamations découlant de la négligence professionnelle, de demandes d'importantes rentes d'invalidité, les litiges en matière d'assurance en faveur de la partie défenderesse, de différends entre actionnaires, d'enquêtes du coroner et les litiges en matière de droits de la personne. M. Emblem possède une vaste expérience devant les tribunaux civils en première instance et en appel ainsi qu'une expérience devant les nombreux tribunaux administratifs et de réglementation de toute la province de l'Ontario, tels que la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, l'Institut des comptables agréés de l'Ontario, le Collège royal des médecins et chirurgiens du Canada, la Commission des alcools et des jeux de l'Ontario, le Tribunal d'appel de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail et la Commission du Régime de retraite des fonctionnaires de l'Ontario.

¹ Le recours a été entrepris au nom d'anciens employés de KPMG. La déclaration a été modifiée ultérieurement en juin 2008 à la suite du règlement visant à inclure les employés actuels de KPMG.

² En vertu de la Loi sur les normes d'emploi, ce ne sont pas tous les employés qui ont droit à des heures supplémentaires rémunérées. Comme le juge Perell l'a indiqué au paragraphe 8 de ses motifs de décision « la rémunération des heures supplémentaires est un point de fait et de droit complexe. En vertu des diverses lois sur les normes d'emploi au pays, ce ne sont pas tous les employés qui ont droit à la rémunération des heures supplémentaires, et si un employé est admissible, son droit à la rémunération des heures supplémentaires constitue un point de fait.

³ Fraser Milner Casgrain s.r.l., le cabinet d'avocats externe de KPMG, a fourni des conseils juridiques à KPMG visant à établir quels employés de cette dernière étaient admissibles à une rémunération en fonction de la loi sur les normes d'emploi provinciales applicables. Le cabinet d'avocats Lang Michener s.r.l., dont les services ont été retenus de manière indépendante par Crawford Class Action Services Limited, un administrateur de réclamations indépendant mandaté par KPMG, a examiné la consultation juridique du cabinet Fraser Milner Casgrain. Le cabinet Lang Michener est d'accord avec la consultation juridique de Fraser Milner Casgrain.

⁴ Des formulaires d'autorisation complets et finals n'ont été envoyés qu'aux employés qui, selon la proposition de la lettre de décision, avaient droit au paiement d'une somme d'argent. Certaines lettres de décision indiquaient qu'un employé n'était pas admissible aux heures supplémentaires et, par conséquent, n'avait pas droit à la rémunération desdites heures. D'autres lettres de décision indiquaient qu'un employé était admissible aux heures supplémentaires, mais n'avait pas droit à la rémunération desdites heures car on avait

payé celles à laquelle il avait droit ou on lui a accordé des heures de congé.

⁵ Certaines médiations ont été tenues par l'entremise d'une conférence téléphonique interurbaine.

⁶ Ce ne sont pas toutes les demandes résolues avec satisfaction qui ont donné lieu à un versement d'argent.

⁷ Dans l'affaire *Corless*, bien que le PRHSI fut entrepris avant la date à laquelle le recours a été certifié à des fins de règlement, tous les arbitrages et toutes les médiations ayant eu lieu à ce jour étaient postérieurs à la certification du recours collectif à des fins de règlement le 7 août 2008.

⁸ *Le Jugement de certification et l'agrément du règlement (Judgment for Certification and Settlement Approval)* datant du 7 août 2008 et les *Motifs de décision (Reasons for Decision)* du juge Perell datant du 8 août 2008 dans l'affaire *Corless* sont disponibles auprès de l'auteur avec qui on peut communiquer par courriel à norm.emblem@fmc-law.com.

⁹ Trente-deux anciens employés avaient rejeté leur lettre de décision révisée à la date de l'affidavit de M. Sahagian. Vingt-quatre employés actuels avaient rejeté leur lettre de décision révisée à la date de l'affidavit de M. Sahagian.

¹⁰ Consulter l'article de Garry D. Watson et Derek McKay intitulé "Why the Defendant's Own Alternative Dispute Resolution Process Cannot Be A Preferable Procedure", (2005) 2:1 Can. Le recours collectif rév. 114 (Watson & McKay) et la réponse à Watson & McKay de mes associés John Lorn McDougall et Timothy Banks dans leur article intitulé Why A Defendant-Proposed Alternative Dispute Resolution Process Can Be And Sometimes Should Be The Preferable Procedure, qui est disponible auprès des auteurs jorn.lorn.mcdougall@fmc-law.com ou timothy.banks@fmc-law.com.

**Full Spectrum ADR
Bronze Sponsors /**

**Pleins feux sur les
PRD commandites
de bronze :**



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

- Barreau du Québec
- Blake, Cassels & Graydon LLP
- CCER, Centre for Conflict Education and Research
- CCLA / ABCC, County of Carleton Law Association / Association du Barreau du Comté de Carleton
- CCR International
- Colm Brannigan, Mediate Better Solutions
- ICC, International Chamber of Commerce
- JDG Resolutions
- johngillett.com
- La Chambre de commerce du Canada / The Canadian Chamber of Commerce
- Neville ADR Services Inc.
- Perley-Robertson, Hill & McDougall LLP/s.r.l.
- Stikeman Elliott
- The Canadian International Institute of Applied Negotiation
- William G. Horton, Dispute Resolution

**Congratulations to the following members of ADR Canada
who received the designation of Qualified Mediator:
Félicitations aux membres suivants de l’Institut d’Arbitrage
et de Médiation du Canada qui ont reçu la désignation de
Médiateur / Médiatrice qualifié(e)**

- Mary A. Hicks, Alberta
- Gail Hope, Alberta
- Lynn Hutchinson, Alberta
- Mark Johnson, Alberta
- Janice Kretzer-Prysunka, Alberta
- Lily Lum, Alberta
- Joe Mis, Alberta
- Evelyn Pierce, Alberta
- Laura Renouf, Alberta
- Charles E. Smith, Alberta
- James Michael Syer, Alberta
- Ingo Viehweger, Alberta
- Robert Walton, Alberta
- Robert Wanner, Alberta
- Krista Waters, Alberta

For more information regarding the Qualified Mediator designation, please visit the adrcanada.ca website, or contact your local affiliate.



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

**ADR
Outsourcing**



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

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

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



Doug Melville, Acting
Ombudsman and CEO

The Ombudsman for Banking Services and Investments

A Unique and Ongoing Experiment in Alternative Dispute Resolution (ADR)

The Ombudsman for Banking Services and Investments (OBSI), the free dispute resolution service for consumers of Canada's banking and investment sectors, is an interesting case study in the flexible application of ADR techniques. OBSI provides an independent and impartial review of complaints and, where appropriate under the circumstances, recommends restitution for loss or harm caused by a banking or investment firm. Given the cost of litigation, the service offers a practical alternative to the courts. For more information, please see www.obsi.ca.

OBSI's Origins

OBSI was originally conceived in 1996 and implemented as the Canadian Banking Ombudsman (CBO) in response to growing pressure from small business advocates and parliamentarians for a means to provide redress to small businesses. The deep recession of the early 1990s had resulted in growing numbers of claims by small businesses that banks were engaging in conduct that did not live up to expectations embodied in voluntary codes of conduct or banks' own internal policies and procedures. Federal Government officials were considering a statutory scheme such as the Financial Ombudsman Service found in the United Kingdom. The industry's response to this threat was to develop an industry-created dispute resolution service that would meet the perceived need for independent and impartial review of small business complaints. Ottawa held off on implementation of a statutory solution in order to give the CBO a chance to prove its effectiveness.

Within a year of its establishment, the anticipated volumes of small business com-

plaints had failed to materialize and the mandate of the CBO was extended to cover individual retail customer complaints against federally-regulated banks and trust companies. In 2001, when faced with an avalanche of retail investor complaints arising from the burst tech bubble of the late 1990s, the Investment Dealers Association (IDA) and Mutual Fund Dealers Association (MFDA) came looking for a solution to handle an unprecedented number of investor complaints. The mandate to handle these investment complaints was folded into the office which was subsequently renamed the Ombudsman for Banking Services and Investments (OBSI).

The Two-Tiered Structure

OBSI operates as part of a two-tier system of dispute resolution. Each participating firm in OBSI has a designated office or individual (in some cases even called an Ombudsman) which serves as the final stage in the firm's handling of an internal complaint. Customers with complaints must first complete the firm's internal complaint resolution process before they can bring their complaint to OBSI for review.

Participating firms have their own approach to resolving complaints with some serving as more traditional customer complaint offices while others have adopted more mediative or Ombudsman-like approaches.

OBSI's Evolving Approach to ADR

OBSI traditionally investigated complaints and made recommendations for compensation using an inquisitorial model with the Ombudsman in the position analogous to an arbitrator. Prior to the acquisition of

responsibility for investment complaints, a small team of experienced investigators, albeit with limited industry experience, reviewed the material provided by both the customer and the firm and conducted interviews of key individuals. Based on the information obtained, investigators took note of relevant law, regulations, codes of conduct, and general principles of good business practice. Investigators were also encouraged to look beyond these points of reference to consider what would be a fair outcome and, where warranted, conclude that the Ombudsman should recommend compensation up to \$350,000.

With the increased mandate for investment complaints and the addition of investment and banking industry expertise to the OBSI team of complaint handling staff, the process for resolving complaints was able to evolve to initially accommodate an ever-increasing number of complaints without adding significant resources. Complaints were triaged based upon information provided by complainants to identify those which, based upon the case handling and industry expertise of the complaint review team, showed no prospect of resulting in a recommendation for compensation. A large proportion of complaints were able to be handled in this manner freeing up investigative resources to focus on those complaints which required access to firm files to determine whether compensation was warranted.

In late 2006, a further innovation was initiated that took the form of a mediation pilot. A core staff group was provided with advanced training in ADR techniques. Complaints which appeared suitable for resolution through a mediation-style inter-

vention were identified. An initial complaint involving a large bank was mediated successfully creating a satisfactory outcome for both the complainant and the firm. Building on this success, there followed attempts to propose early facilitated settlements of complaints where it appeared that the firm had made an offer to settle and the preliminary review suggested some merit to the complaint. After initial resistance from some participating firms, the number of complaints resolved earlier in the process through facilitated settlement has grown to the point where it has become a core element of OBSI's approach to each case file and a growing proportion of complaints brought to OBSI are resolved in this manner. ADR training has been provided to all staff handling case files and it is expected that case handlers will first attempt to resolve a complaint through a facilitated settlement based on their preliminary assessment of the merits of the complaint and the associated financial loss, if any. Both the firm and the complainant are free to decline any proposed settlement. If that happens, the pro-

cess moves from the mediative approach to a more formal investigation of the complaint ultimately resulting in a decision whether or not to recommend compensation, a process more analogous to non-binding arbitration.

Current and Future Challenges

The challenges facing OBSI are many. The current economic crisis and recent decline in financial markets have combined to generate record numbers of complaints coming to OBSI for review. Balancing the need to handle an increasing volume of complaints with resources that cannot be expected to grow commensurately will force tough choices to be made about the processes which can reasonably be brought to bear to resolve consumers' banking and investment disputes. Like the courts, which have experimented with new case management approaches and diversion to processes geared to promote early settlement, OBSI will continue to innovate to ensure effective dispute resolution is available to consumers who would otherwise have

no practical recourse.

There is no shortage of work to be done. The Financial Consumer Agency of Canada (FCAC) conducted research suggesting that over 300,000 Canadians have a complaint with their financial institution. OBSI's current volumes (we anticipate about 10,000 inquiries this year resulting in over 1,000 case files handled) suggest that a great many consumers with complaints never find their way into the dispute resolution process. Consumers require access to dispute resolution at the specific point in time when they recognize they have a complaint. The greatest challenges will be: firstly, to ensure that consumers are made aware by having firms disclose the existence of their own internal dispute resolution processes and inform customers of their right to appeal the firm's decision to OBSI; and secondly, to have a robust process that is appropriate to address the large and ever-increasing volume of complainants who deserve to have their complaints heard and reviewed on their merits to determine a fair outcome. ☘

L'Ombudsman des services bancaires et d'investissement Une expérience unique et continue en matière de la prévention et règlement des différends (PRD)

Doug Melville *Ombudsman intérimaire et Chef de la direction*

L'Ombudsman des services bancaires et d'investissement (OSBI), le service de règlement de différends sans frais pour les clients des secteurs bancaire et des placements au Canada, est un cas digne d'intérêt dans l'application flexible des techniques PRD. L'OSBI effectue un examen indépendant et impartial des plaintes, et le cas échéant selon les circonstances, recommande un dédommagement pour une perte ou un préjudice causés par une institution bancaire ou une société de placement. Étant donné les coûts d'un litige, le service offre une solution de rechange pratique au recours aux tribunaux. Pour plus d'information, consulter www.osbi.ca.

Origines de l'OSBI

L'OSBI a été créé en 1996, sous le nom d'Ombudsman bancaire canadien (OBC), en réponse à la pression croissante exercée par les avocats représentant les petites entreprises et

des parlementaires pour la mise en place d'un moyen offrant un recours aux petites entreprises. La forte récession au début des années 90 a engendré un nombre croissant de plaintes de la part des petites entreprises arguant que les banques adoptaient des conduites en désaccord avec les attentes formulées dans les codes de déontologie volontaires ou leurs politiques et procédures internes. Les représentants officiels du gouvernement fédéral envisageaient un ensemble de lois comparable au Financial Ombudsman Service du Royaume-Uni. La réponse du secteur financier à cette menace consistait à créer un service de règlement des différends qui lui est propre et qui répondrait au besoin d'avoir des examens indépendants et impartiaux des plaintes provenant des petites entreprises. Ottawa a attendu avant de mettre en place une solution prévue par la loi afin de donner à l'OSBI la possibilité de prouver son efficacité.

En l'espace d'un an à partir de sa mise en œuvre, le volume prévu de plaintes provenant des petites entreprises était insuffisant et le mandat de l'OSBI a alors été élargi aux plaintes émises par les particuliers à l'encontre des banques réglementées par les lois fédérales et des sociétés de fiducie. En 2001, confrontées à une avalanche de plaintes de la part des épargnants résultant de l'éclatement de la bulle technologique de la fin des années 90, l'Association canadienne des courtiers en valeurs mobilières (ACCOVAM) et l'Association canadiennes des courtiers de fonds mutuels (MFDA) étaient à la recherche d'une solution permettant de traiter un nombre sans précédent de plaintes provenant d'investisseurs. Le mandat pour traiter ces plaintes en matière de placements a été confié au bureau qui, ultérieurement, a été renommé l'Ombudsman des services bancaires et d'investissement (OSBI).

Structure en deux volets

L'OSBI fonctionne comme un système en deux volets dans le règlement des différends. Chaque établissement participant à l'OSBI dispose d'un bureau ou d'un responsable désigné (dans certains cas appelé Ombudsman) qui intervient comme dernière étape dans le traitement d'une plainte interne. Les clients ayant des plaintes à formuler doivent d'abord suivre la procédure interne de règlement avant de pouvoir les acheminer à l'OSBI aux fins d'examen.

Les établissements participants ont leur propre approche pour résoudre les plaintes, certains jouant le rôle traditionnel des bureaux des réclamations alors que d'autres ont adopté des approches axées sur la médiation ou similaires aux fonctions d'un Ombudsman.

Évolution de l'OSBI vers la forme PRD

Traditionnellement, l'OSBI examinait les plaintes et recommandait des dédommages en utilisant un modèle d'enquête où l'Ombudsman occupait une position analogue à celle d'un arbitre. Avant d'être chargée de l'examen des plaintes en matière de placement, une petite équipe d'enquêteurs expérimentés, bien qu'ayant une expérience limitée dans ce domaine-là, examinait les éléments matériels fournis par le client et l'établissement et soumettait les personnes clés à des entrevues. S'appuyant sur les renseignements obtenus, les enquêteurs prenaient acte de la loi s'appliquant, des règlements, des codes, de déontologie et des principes généraux des bonnes pratiques d'affaires. Les enquêteurs étaient encouragés à aller au-delà de ces points de référence afin d'envisager une conclusion équitable et, lorsque cela est justifié, de conclure que l'Ombudsman devrait recommander des dédommages allant jusqu'à 350 000 \$.

Disposant du mandat élargi aux plaintes en matière de placements, ajouté aux connaissances des secteurs bancaire et des placements acquises par l'équipe de l'OSBI traitant les plaintes, le processus de résolution a pu évoluer afin de répondre au nombre sans cesse croissant de plaintes sans avoir à ajouter un grand nombre de ressources. Les plaintes étaient classées

selon les renseignements fournis par les plaignants afin de sélectionner celles qui, en fonction du processus de traitement et des connaissances spécialisées de l'équipe d'enquête, ne pouvaient pas déboucher sur des recommandations de dédommages. Un grand nombre de plaintes pouvaient donc être traitées de cette manière, dégageant des ressources qui se concentraient alors sur les plaintes qui nécessitaient l'accès aux dossiers des établissements en vue de déterminer si les dédommages étaient justifiés.

À la fin de 2006, on assistait à une autre innovation qui consistait en un projet pilote de médiation. Un groupe d'employés de base a reçu une formation avancée sur les techniques PRD. Des plaintes qu'il semblait possible de résoudre par la médiation ont été déterminées. Une plainte initiale concernant une banque importante a fait l'objet d'une médiation réussie et offert une issue satisfaisante pour le plaignant et la banque. Misant sur ce succès, il y a eu des tentatives subséquentes visant à proposer des règlements facilités des plaintes lorsqu'il semblait que l'établissement avait fait un effort pour en arriver à un règlement et que l'examen préliminaire indiquait que la plainte était fondée. Après une résistance initiale de certains établissements participants, le nombre de plaintes résolues plus tôt durant le processus par le biais d'un règlement facilité s'est accru au point où cela est devenu un élément central de l'approche de l'OSBI dans chaque dossier, et une proportion croissante de plaintes acheminées à l'OSBI sont résolues de cette manière. Une formation en PRD a été offerte à tous les employés traitant des dossiers et on s'attend à ce que ces derniers tentent d'abord de résoudre une plainte au moyen d'un règlement facilité en fonction de leur évaluation préliminaire du bien-fondé de la plainte et de la perte financière connexe, le cas échéant. L'établissement et le plaignant sont libres de décliner tout règlement proposé. Dans un tel cas, l'étape suivante consiste à passer de la médiation à une enquête plus formelle sur la plainte, ce qui résultera ultimement en une décision d'accorder ou non une indemnité, soit un processus plus analogue à un arbitrage non exécutoire.

Défis actuels et futurs

Les défis auxquels l'OSBI est confronté sont nombreux. La combinaison de la crise économique actuelle et du déclin récent des marchés financiers a fait en sorte que l'OSBI reçoit un nombre record de plaintes à des fins d'examen. L'équilibre entre la nécessité de traiter un volume croissant de plaintes et des ressources dont on ne prévoit pas une augmentation proportionnelle contraindra à effectuer des choix difficiles au sujet des processus, qu'il est raisonnablement possible d'adapter pour résoudre les différends des consommateurs liés aux secteurs bancaire et des placements. À l'instar des tribunaux, qui ont mis à l'essai de nouvelles méthodes de gestion des causes et la réorientation vers des processus censés favoriser un règlement rapide, l'OSBI continuera d'innover afin d'assurer une résolution des différends efficace au profit des consommateurs qui, autrement, n'auraient aucun recours pratique.

Ce n'est pas le travail qui manque. L'Agence de la consommation en matière financière du Canada (ACFC) a mené une recherche qui indique que plus de 300 000 Canadiens se plaignent de leur institution financière. Les volumes actuels de l'OSBI (nous prévoyons environ 10 000 demandes de renseignements cette année, ce qui donnera lieu au traitement de plus de 1 000 dossiers) indiquent qu'un grand nombre de consommateurs ayant des plaintes à formuler ne parviennent jamais au processus de résolution des différends. Les consommateurs exigent un accès à la résolution des différends dès qu'ils constatent qu'ils ont une plainte à formuler. Les plus grands défis consisteront, premièrement, à s'assurer que les consommateurs sont renseignés en exigeant des établissements qu'ils dévoilent l'existence de leurs propres processus de résolution internes et informer les clients de leur droit d'en appeler de la décision d'un établissement auprès de l'OSBI et, deuxièmement, à créer un processus solide pouvant répondre aux nombreux plaignants, dont le nombre augmentera sans cesse, qui méritent que leurs plaintes soient entendues et examinées en fonction de leur bien-fondé afin de déterminer une issue juste. ♣

The Right to Arbitrate – Only as Solid as the Language Used

When is a Dispute “Commercial” under the International Commercial Arbitration Act (Ontario)?



Geoffrey Janoscik practices litigation and dispute resolution in the Toronto office of FMC. Geoffrey holds degrees from the University of Toronto, Oxford University, and Osgoode Hall Law School, and was called to the Ontario Bar in 2008. Geoffrey has a particular interest in ADR, and intends to develop his expertise in this area in the coming years. For more information, please see: <http://www.fmc-law.com/People/JanoscikGeoffrey.aspx>.

Introduction

In *Patel v. Kanbay International Inc.* (2008), 93 O.R. (3d) 588 the Ontario Court of Appeal ruled that a dispute involving a shareholders’ agreement, alleged misrepresentation as to the economic value of shares and a resulting wrongful dismissal lawsuit did not engage “commercial” matters within the meaning of article 8(1) of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, also known as the “Model Law.”¹ On its face, this constitutes a narrow view as to the applicability of the Model Law in Ontario.

Facts

Mr. Patel, once the president of Kanbay Managed Solutions and Kanbay Managed Solutions Canada (“Kanbay”), sued Kanbay for wrongful dismissal and negligent misrepresentation. Patel alleged that, as an inducement to joining Kanbay, the defendants had represented that shares he would receive upon accepting an offer of employment would be of significant value,



Michael Schafler is a partner in the Toronto office of Fraser Milner Casgrain LLP where he practices complex commercial dispute resolution. Michael joined FMC in 1994 and, following his graduation from Dalhousie Law School in 1995 and his call to the Ontario Bar in 1997, he became a partner in 2003. An active member of FMC’s National ADR Group, Michael has been counsel in many domestic and international (ad hoc and institutional) arbitrations, as well as mediations. For more information, please visit <http://www.fmc-law.com/People/schaflermichael>.

when in fact those shares, to the defendants’ knowledge, would be worthless. Patel’s relationship with Kanbay was, at least in part, circumscribed by a shareholders’ agreement that was governed exclusively by the laws of the state of Illinois and by the *Illinois Business Corporation Act*. Moreover, the shareholders’ agreement provided in article 8.10 that:

If the parties are unable to resolve any disagreement, dispute, controversy or claim that may arise out of the transactions contemplated by this Agreement, they shall resolve the disagreement or dispute as follows ... [emphasis added]

The term “Transaction” was defined in article 3.1(b) as follows:

The term “Transaction” shall mean a single transaction or a series of related transactions constituting (i) a sale or a lease of all or substantially all of the

assets of the Corporation; (ii) a merger or consolidation with the Corporation or to which the Corporation is a party; (iii) a share exchange in which stock of the Corporation will be acquired by another corporation or the Stock of the Corporation will be issued to stockholders of another corporation; (iv) the purchase of all or substantially all of the assets or shares of capital stock of any Person except in the ordinary course of the Corporation’s Business; or (v) the creation or acquisition of a subsidiary other than Kanbay Managed Solutions Canada Inc. (the “Canada Subsidiary Entity”).

Article 8.10(a) stated that any “disagreement, dispute, controversy or claim arising out of or relating to the Agreement, or the making, performance or interpretation” of the agreement shall be settled by arbitration in Chicago, Illinois, or such other location agreed to by the parties in accordance with the Commercial Rules of Arbitration of the American Arbitration Association. The transferability, disposition and valuation of shares were dealt with in article 4.

The Decision of the Motions Court Judge

In response to Patel’s suit, Kanbay brought a motion in the Ontario Superior Court of Justice for an order staying or dismissing the claims related to the shares in favour of arbitration, relying on the shareholders’ agreement, the ICAA, and the Arbitration Act, 1991, S.O. 1991, c. 17 (the “Domestic Act”).

Justice Chapnik, referring to article 8.10(a) of the shareholders’ agreement, found that all of Patel’s claims related to the value of the shares were within the ambit of the ar-

bitration clause.² However, she refused to refer these issues to arbitration given that the claim for wrongful dismissal was properly before the Court, in her view. In doing so, she referred to s. 7(5) of the Domestic Act:

(5) The court may stay the proceeding with respect to the matters dealt with in the arbitration agreement and allow it to continue with respect to other matters if it finds that,

- (a) the agreement deals with only some of the matters in respect of which the proceeding was commenced; and
- (b) it is reasonable to separate the matters dealt with in the agreement from the other matters.

Justice Chapnik found that it would be unreasonable to separate the matters in issue between arbitration and the courts. Among the reasons she cited for this finding were:

- (a) A single proceeding would avoid a multiplicity of proceedings, unnecessary costs, inconvenience, the possibility of inconsistent results, and the delay entailed in holding proceedings in both Illinois and Canada.
- (b) The essence of Patel's action related to wrongful dismissal and negligent misrepresentation, rather than to a breach of the shareholders' agreement or to claims that may arise under it, and therefore the issue of share valuation was incidental to the claim.
- (c) Article 6.2 of the shareholders' agreement provided that in the event of a default either party "[had] the right" to bring the matter to arbitration. In Justice Chapnik's view, this suggested that arbitration was optional (it is unclear how the "optional" nature of article 6.2 could, in Justice Chapnik's view, be reconciled with the mandatory arbitration language in article 8.10(a)).

Kanbay appealed Justice Chapnik's decision to the Court of Appeal for Ontario.

Kanbay's Position at the Court of Appeal

Section 7(6) of the *Domestic Act* precludes appeals of decisions for stays of proceedings on the basis of arbitration agreements. Apparently, Kanbay therefore felt compelled to ground its appeal on the ICAA and the shareholders' agreement, alone. Kanbay's argument was founded on article 8(1) of the Model Law and section 8 of the ICAA, which provide as follows:

Article 8(1) of the Model Law

A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if the party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

Section 8 of the ICAA

Where, pursuant to article 8 of the Model Law, a court refers the parties to arbitration, the proceedings of the court are stayed with respect to the matters to which the arbitration relates.

Decision of the Court of Appeal

Kanbay's appeal was dismissed by the Court. The Court held, first, that the ICAA did not apply because the matters did not relate to a "commercial" arbitration. Secondly, even if the ICAA applied, the Court found, unlike Chapnik J., that the issues did not fall within the ambit of the arbitration clause.

(i) "Commercial" Arbitration"

Section 2(2) of the ICAA and article 1(1) of the Model Law provide that the Model Law "applies to international commercial arbitration" [emphasis added]. In interpreting the term "commercial", the Court cited the following discussion of the meaning of "commercial" from the Analytical Commentary contained in the Report of the Secretary General to the eighteenth session of the United Nations Commission on International Trade Law (the "UNCITRAL Commentary"):

The content of the footnote reflects the legislative intent to construe the terms

commercial in a wide manner. This call for a wide interpretation is supported by an illustrative list of commercial relationships. Although the examples listed include almost all types of contexts known to have given rise to disputes dealt with in international commercial arbitrations, the list is expressly not exhaustive. Therefore, also covered as commercial would be transactions such as supply of electric energy, transport of liquefied gas via pipeline and even "non-transactions" such as claims for damages arising in a commercial context. Not covered are, for example, labour or employment disputes and ordinary consumer claims, despite their relation to business.³

The Court held, somewhat narrowly, it is submitted, that the matters in issue were not "commercial". Rather, they arose from Patel's claim for negligent misrepresentation and, therefore, the ICAA and the Model Law were inapplicable:

The issues at stake here do not arise from a transaction like the supply of electric energy, or the transportation of liquefied gas via pipeline. They arise from a wrongful dismissal dispute and a tort action for negligent misrepresentation. The question of the value of the respondent's share entitlement arises only in the course of determining whether he received a negligent misrepresentation about that value. [para. 13]

(ii) Shareholders' Agreement

While Justice Chapnik's analysis of the applicability of the arbitration clause focused on article 8.10(a) of the shareholders' agreement (disputes "arising out of or relating to the Agreement, or the making, performance or interpretation" of the agreement), the Court of Appeal focused exclusively on the preamble to article 8.10 (disputes "that may arise out of the transactions contemplated by this Agreement"). The Court of Appeal ruled that the matters at issue arose out of Patel's claims for wrongful dismissal and negligent misrepresentation, rather than from a "Transaction", as defined in article 3.1(b), and that therefore the arbitration clause did not apply.⁴

Comment

The Court of Appeal's decision may, at first blush, raise two potential areas of concern: First, the preamble to article 8.10 of the shareholders' agreement, on which the Court focused, could have been interpreted more liberally in the surrounding circumstances of this case, especially in the light of article 8.10(a). Precedent for such a view was established by the Court in 2004 in *Woolcock v. Bushert* (2004), 246 D.L.R. (4th) 139. In *Woolcock*, the Court also dealt with an arbitration clause arising in an employment law-related matter.

The arbitration clause in *Woolcock*, like article 8.10(a) in this case, was applicable to disputes "relating to" the interpretation or implementation of an agreement. The Court held that:

The words 'relating to' enjoy a wide compass. So long as the matter in dispute is referable to the interpretation or implementation of some provision of the Agreement, it is arbitrable under s. 9.1.⁵

Why would this reasoning not apply here? A possible answer is that the words "relating to", while present in article 8.10(a) of the shareholders' agreement, were missing from the preamble to article 8.10; moreover, the Court was clearly motivated by the defined term "Transaction". Unfortunately, *Woolcock* was not referred to in the decision and the intended result is therefore far from clear. What is clear, though, is that one important lesson needs to be learned here. The right to arbitrate is only as solid as the language used in the constating contract. If there is any ambiguity, it seems, Ontario courts will ensure that court proceedings otherwise properly brought in Ontario will not be referred to arbitration in a foreign jurisdiction.

Second, while the Court's determination that the arbitration clause was not engaged by this specific dispute renders the Court's determination as to the meaning of "commercial" under the ICAA, strictly speak-

ing, unnecessary, one does wonder whether that determination is correct. The UNCITRAL Commentary, when referring to "labour or employment disputes and ordinary consumer claims", arguably was not carving out shareholder disputes of the sort engaged here and may also have been referring to labour disputes, such as disagreements between unions and management, rather than disputes between companies and their senior employees/shareholders. Moreover, the approach of this Court would appear to be less liberal than that in *Woolcock* (or even that of Chapnik J.). One might have expected the Court of Appeal to have concluded that while there was an employment law-related component to Patel's complaint, the pith and substance of the dispute was "commercial" as that term is commonly understood – in that sophisticated business people were arguing over the financial consequences of an economic relationship turned sour. ♦

¹ The Model Law is incorporated into the laws of Ontario by virtue of the *International Commercial Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. I.9 ("ICAA").

² The fact that valuation of shares was specifically dealt with in article 4 of the shareholders' agreement likely influenced Justice Chapnik as well, although she did not expressly indicate this in her reasons.

³ Please see the Appendix for the relevant portions of the Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session (June 3-

21, 1985) and the *UNCITRAL* Commentary.

⁴ It should be noted that the preamble to article 8.10 mandated arbitration relating to disputes arising from "the transactions contemplated by" the agreement. Although the preamble to article 8.10 did not use the defined term "Transaction", the Court nonetheless appears to have relied on the definition of "Transaction" in its reasoning.

⁵ From *Woolcock*, *supra*, at para. 23.

Le droit à l'arbitrage est forte seulement quant à la langue utilisée Quand un différend est-il de caractère « commercial » en vertu de la Loi sur l'arbitrage commercial international (Ontario)?

Introduction

Dans l'affaire *Patel c. Kanbay International Inc.* (2008), 93 O.R. (3^e) 588, la Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'un différend, dans lequel entrent en jeu une convention d'actionnaires, une déclaration trompeuse présumée eu égard à la valeur économique des actions, et une action en justice pour congédiement injustifié en résultant, n'est pas de nature commerciale au sens de l'article 8(1) de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage international, également appelée la « Loi type ».¹ Au vu de cette dernière, cela constitue une vision réductrice de l'applicabilité de la Loi type en Ontario.

Faits

M. Patel, à l'époque président de Kanbay

Managed Solutions et Kanbay Managed Solutions Canada (« Kanbay »), a intenté une action en justice à l'encontre de Kanbay pour congédiement injustifié et assertion négligente et inexacte. M. Patel a déclaré que, en vue de l'inciter à se joindre à Kanbay, les défendeurs avaient fait valoir que les actions qui lui seraient remises après avoir accepté l'offre d'emploi, auraient une valeur substantielle, alors qu'elles n'avaient en fait, à la pleine connaissance des défendeurs, aucune valeur. La relation liant M. Patel à Kanbay était, en partie tout au moins, limitée par une convention d'actionnaires qui était régie exclusivement par les lois de l'État de l'Illinois et par l'*Illinois Business Corporation Act*. En outre, la convention d'action-

naires stipule à l'article 8.10 que :

Dans le cas où elles sont incapables de résoudre tout désaccord, différend, litige ou réclamation qui peut résulter des transactions prévues par la présente Convention, les parties régleront le désaccord ou différend conformément aux dispositions suivantes... [soulignement ajouté]

Le terme « Transaction » a été défini à l'article 3.1(b) comme suit :

Le terme « Transaction » décrit une transaction unique ou une série de transactions connexes constituant i) une vente ou une location de tous les actifs ou d'une partie substantielle de tous les actifs de la Société; ii) une fusion ou

une consolidation avec la Société; iii) un échange de parts au cours duquel des actions de la Société sont acquises par une autre société ou des actions de la Société sont émises aux actionnaires d'une autre société; iv) l'achat de tous les actifs ou d'une part substantielle des actifs ou parts du capital social de toute personne à l'exception du cours normal des activités de la Société; ou v) la création ou l'acquisition d'une filiale autre que Kanbay Managed Solutions Canada Inc. (la « Société filiale canadienne »).

L'article 8.10(a) énonce que tout « désaccord, différend, litige ou réclamation résultant de la Convention ou se rapportant à cette dernière, ou l'exécution, l'application ou l'interprétation » de la Convention sera réglée par arbitrage à Chicago, en Illinois, ou en tout autre lieu convenu entre les parties conformément aux règles de l'arbitrage commercial de l'*American Arbitration Association*. La transférabilité, la cession et l'évaluation des actions ont été traitées à l'article 4.

La décision de la juge de la cour des requêtes

En réponse à l'action intentée par M. Patel, Kanbay a déposé une requête auprès de la Cour supérieure de justice de l'Ontario en vue de suspendre ou rejeter les réclamations relatives à la valeur des actions, en faveur de l'arbitrage, en se fondant sur la convention d'actionnaires, la *Loi sur l'arbitrage commercial international et la Loi sur l'arbitrage, 1991*, S.O. 1991, c. 17 (le « Domestic Act »).

La juge Chapnik, se référant à l'article 8.10(a) de la convention d'actionnaires, a conclu que toutes les réclamations de M. Patel relatives à la valeur des actions relevaient de la clause d'arbitrage.² Toutefois, elle a refusé de recourir à l'arbitrage étant donné que, à son avis, la réclamation pour congédierment injustifié avait été portée, comme il se doit, devant la Cour. Ce faisant, elle a fait référence au paragraphe 7(5) du *Domestic Act* :

5) La cour peut ordonner la suspension d'une instance eu égard aux questions traitées par la convention d'arbitrage et permettre la poursuite de l'instance eu

égard aux autres questions si elle conclut ce qui suit :

- a) que la convention traite seulement de certaines questions pour lesquelles une instance a été engagée;
- b) qu'il est raisonnable de séparer les questions traitées par la convention des autres questions.

La juge Chapnik a conclu qu'il serait déraisonnable de séparer les questions en litige entre l'arbitrage et les cours. Elle a justifié sa conclusion en invoquant les motifs suivants :

- (a) Une seule instance permet d'éviter une multiplicité d'instances, des coûts inutiles, des inconvénients, la possibilité d'obtenir des résultats inconsistants et le délai entraîné par le fait d'engager des instances à la fois en Illinois et au Canada.
- (b) Le fondement de l'action en justice intentée par M. Patel pour congédierment injustifié et assermentation négligente et inexacte, plutôt qu'en raison d'une atteinte à la convention d'actionnaires ou des réclamations qui peuvent en découler; par conséquent la question de l'évaluation des actions était connexe à la réclamation.
- (c) L'article 6.2 de la convention d'actionnaires énonce qu'en cas de manquement, l'une ou l'autre des parties « [avait] le droit » de porter l'affaire en arbitrage. Selon le point de vue de la juge Chapnik, cela donne à penser que l'arbitrage était facultatif (il n'est pas clair toutefois dans quelle mesure, selon le point de vue de la juge Chapnik, la nature facultative de l'article 6.2 peut être conciliée avec les termes de l'arbitrage obligatoire à l'article 8.10(a)).

Kanbay a interjeté appel de la décision de la juge Chapnik devant la Cour d'appel de l'Ontario.

Position de Kanbay devant la Cour d'appel

Le paragraphe 7(6) du *Domestic Act* interdit d'interjeter appel des décisions de sus-

pendre les instances selon les conventions d'arbitrage. Manifestement, Kanbay s'est sentie contrainte de fonder son appel sur la *Loi sur l'arbitrage commercial international* et la convention d'actionnaires, uniquement. L'argument avancé par Kanbay était fondé sur l'article 8(1) de la Loi type et le paragraphe 8 de la *Loi sur l'arbitrage commercial international* qui énonce ce qui suit :

Article 8(1) de la Loi type

Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

Section 8 de la *Loi sur l'arbitrage commercial international*

Dans le cas où, en application de l'article 8 de la Loi type, le tribunal renvoie les parties à l'arbitrage, les instances sont suspendues eu égard à l'affaire à laquelle se rapporte l'arbitrage.

Décision de la Cour d'appel

L'appel déposé par Kanbay a été rejeté par la Cour. En premier lieu, la Cour a considéré que la *Loi sur l'arbitrage commercial international* ne s'appliquait pas parce que l'affaire ne se rapportait pas à un arbitrage de nature commerciale. Deuxièmement, même si la *Loi sur l'arbitrage commercial international* s'appliquait, la Cour a conclu, contrairement à la décision de la juge Chapnik, que l'affaire ne relevait pas de la clause d'arbitrage.

i) Arbitrage de nature commerciale

La section 2(2) de la *Loi sur l'arbitrage commercial international* et l'article 1(1) de la Loi type énoncent que cette dernière « s'applique à l'arbitrage commercial international » [soulignement ajouté]. Dans l'interprétation du terme « commercial », la Cour a cité l'analyse suivante du sens que revêt le terme « commercial » dans le commentaire analytique contenu dans le rapport du Secrétaire général à la dix-huitième session de la Commission des Na-

tions Unies pour le droit commercial international (le « Commentaire de la CNUDCI ») :

Le contenu de la note de bas de page reflète une interprétation au sens large du terme « commercial » selon l'intention législative. Une telle interprétation au sens large est illustrée par une liste d'exemples de relations commerciales. Bien que les exemples cités englobent pratiquement tous les types de contexte ayant donné lieu à des différends traités dans des procédures d'arbitrage commercial international, la liste n'est pas exhaustive. Par conséquent, on considère comme des transactions commerciales l'approvisionnement en énergie électrique, le transport de gaz liquéfié par pipelines ainsi que des actes ne se définissant pas comme des transactions tels que des demandes en dommages-intérêts découlant d'un contexte commercial. On ne considère pas comme des transactions les conflits de travail ou les réclamations de consommateurs communes, malgré leur lien avec les affaires commerciales.³

La Cour a conclu, de manière quelque peu restrictive, que l'affaire en contestation dont elle a été saisie n'était pas de nature « commerciale ». Elle relevait plutôt de la réclamation déposée par M. Patel pour assertion négligente et inexakte et, par conséquent, la *Loi sur l'arbitrage commercial international* et la Loi type ne s'appliquaient pas.

Les questions en jeu dans ce cas ne relèvent pas d'une transaction comme l'approvisionnement en énergie électrique ou du transport de gaz liquéfié par pipelines. Elles relèvent d'un différend pour congédiement injustifié et d'une action en responsabilité délictuelle pour assertion négligente et inexakte. La question de la valeur des titres du défendeur est soulevée uniquement au moment d'établir s'il a été victime d'une assertion inexakte. [paragraphe 13]

ii) Convention d'actionnaires

Alors que l'analyse de la juge Chapnik relativement à l'applicabilité de la clause

d'arbitrage s'appuyait sur l'article 8.10(a) de la convention d'actionnaires (différends « résultant de la Convention ou se rapportant à cette dernière, ou l'exécution, l'application ou l'interprétation de la Convention »), la Cour d'appel s'appuie exclusivement sur le préambule de l'article 8.10 (les différends « qui peuvent résulter des transactions prévues par la présente Convention »). La Cour d'appel a statué que l'affaire contestée relevait de la réclamation de M. Patel pour congédiement injustifié et assertion négligente et inexakte, plutôt que d'une « transaction », telle que définie à l'article 3.1(b), et que, par conséquent, la clause d'arbitrage ne s'appliquait pas.⁴

Commentaire

À première vue, la décision de la Cour d'appel peut donner lieu à deux sujets de réflexion. Premièrement, le préambule de l'article 8.10 de la Convention d'actionnaires, sur lequel la Cour se fonde, aurait pu être interprété de manière plus large dans le contexte, particulièrement à la lumière de l'article 8.10(a). En 2004, la Cour a établi un précédent, quant à une telle interprétation, dans l'affaire *Woolcock c. Bushert* (2004), 246 D.L.R. (4^e) 139. Dans cette dernière, la Cour a donné suite à une clause d'arbitrage s'appliquant à une affaire relative au droit du travail.

La clause d'arbitrage dans l'affaire *Woolcock*, comme l'article 8.10(a) dans le cas présent, s'appliquait aux différends se rapportant à l'interprétation ou l'exécution d'une convention. La Cour a conclu que :

L'expression « se rapportant à » avait une portée large. Dans la mesure où l'affaire contestée peut être soumise à l'interprétation ou l'exécution d'une disposition de la Convention, elle est arbitrable en vertu du paragraphe 9.1.⁵

Pourquoi ce raisonnement n'a-t-il pas été suivi dans le cas présent? Une réponse possible est que l'expression « se rapportant à », alors qu'elle est présente dans l'article 8.10(a) de la convention d'actionnaires, est absente dans le préambule de l'article 8.10; en outre, la décision de la Cour a clairement été motivée par la définition du terme « Transaction ». Malheureuse-

ment, l'affaire *Woolcock* n'a pas été évoquée dans la décision et le résultat envisagé est loin d'être clair. Cependant, il faut en tirer une leçon importante. Le droit d'arbitrer s'impose uniquement en fonction du langage utilisé dans le contrat constitutif. Il semble que, s'il y a une ambiguïté quelconque, les tribunaux de l'Ontario s'assurent que les instances judiciaires dûment portées devant les tribunaux en Ontario ne sont pas renvoyées à l'arbitrage dans des juridictions étrangères.

Ensuite, la décision de la Cour énonçant que la clause d'arbitrage ne s'applique pas eu égard au présent différend rend, à vrai dire, inutile la décision quant au sens du terme « commercial » en vertu de la *Loi sur l'arbitrage commercial international*, et l'on peut s'interroger sur la validité de la décision. Il est permis de penser que le commentaire de la CNUDCI, lorsqu'il fait référence aux « conflits de travail ou réclamations de consommateurs communes », n'exclut pas les différends entre actionnaires similaires au cas présent et peut faire référence à des conflits de travail, tels que des désaccords entre les syndicats et la direction, plutôt que des différends entre les sociétés et leurs cadres ou actionnaires. En outre, l'approche choisie par la Cour d'appel peut sembler moins libérale que la décision dans l'affaire *Woolcock* (voire celle de la juge Chapnik). On aurait pu s'attendre à ce que la Cour d'appel conclue que, étant donné qu'un élément de la réclamation de M. Patel se rapportait au droit du travail, la substance du différend était de nature commerciale dans l'acception commune de ce terme, en raison du fait que des hommes d'affaires raffinés discutaient des conséquences financières d'une relation d'affaire qui a mal tourné.

Michael Schafler est associé au bureau de Fraser Milner Casgrain SENCRL, srl à Toronto où il pratique le règlement de différends commerciaux complexes. Michael s'est joint à FMC en 1994 et, suite à l'obtention de son diplôme de la Faculté de droit de Dalhousie en 1995 et à son admission au Barreau de l'Ontario en 1997, il est devenu associé en 2003. Membre actif du groupe national de pratique des mécanismes de PRD au sein de FMC, Michael a procédé à plusieurs arbitrages et médiations au niveau national et international (ad hoc et institutionnels). Pour de plus amples renseignements, veuillez visiter le site : <http://www.fmc.ca>

www.fmc-law.com/People/schaflermichael.
Geoffrey Janoscik pratique en litige et en résolution des différends au bureau de FMC à Toronto. Geoffrey est diplômé de l'Université

de Toronto, de l'Université d'Oxford et de la Faculté de droit d'Osgoode Hall, et a été admis au Barreau de l'Ontario en 2008. Geoffrey s'intéresse particulièrement aux mécanismes de

RED, et entend développer une expertise dans ce domaine dans les années à venir. Pour de plus amples renseignements, veuillez voir le site : www.fmc-law.com/People/JanoscikGeoffrey.aspx.

¹ La Loi type est intégrée dans les lois de l'Ontario en vertu de la *Loi sur l'arbitrage commercial international*, R.S.O. 1990, c. I.9.

² Le fait que la valeur des actions ait été traitée spécifiquement à l'article 4 de la convention d'actionnaires a vraisemblablement influencé la juge Chapnik, même si elle ne l'a pas expressément indiqué.

³ Se reporter à l'annexe sur les parties pertinentes du rapport des travaux de la dix-huitième session (3 au 21 juin 1985) de la Commission des Nations Unies pour le droit commer-

cial international et au Commentaire de la CNUDCI.

⁴ Il convient de noter que le préambule de l'article 8.10 rend obligatoire l'arbitrage pour les différends résultant de « transactions prévues » par la Convention. Bien que le préambule de l'article 8.10 n'utilise pas le terme défini de « Transaction », la Cour semble néanmoins s'être appuyée sur la définition de ce terme dans son raisonnement.

⁵ Tiré de *Woolcock, supra*, paragraphe 23.



Mandy E. Moore

Confidentiality is often viewed as one of the most valued characteristics of the arbitration process. Parties, and their counsel, often assume that the arbitration proceeding in its entirety will be cloaked in confidentiality. They fail to consider whether the terms of the arbitration agreement and the relevant legal and procedural regimes impose confidentiality obligations and if so, the scope of any such obligations. As parties to commercial disputes, and particularly international commercial disputes, may approach the issue of confidentiality from different legal perspectives, they often discover that they are not *ad idem* when it comes to their expectations of confidentiality.

Confidentiality is generally distinct from privacy. Privacy generally refers to the process of excluding third parties from the actual arbitration hearing. Confidentiality obligations concern the use that can be made of information and documents produced or generated in an arbitration. This paper addresses primarily confidentiality obligations in commercial arbitrations.

Generally speaking, there are four main sources of possible confidentiality and privacy obligations:

- (1) The arbitration agreement between the parties;
- (2) The law of the place of arbitration;

- (3) The adopted institutional or procedural rules, if any; and
- (4) A potential implied obligation of confidentiality.

Identifying the law that applies to determine the scope of confidentiality and privacy obligations can be a difficult task. While the sources listed above provide some guidance, there may also be other additional sources of applicable law. For example, the parties may be subject to government regulations, such as the *International Traffic in Arms Regulations* ("ITAR") of the United States, which impose additional and very restrictive confidentiality obligations on the parties and anyone needing access to ITAR-controlled information. Another complication arises when one attempts to determine whether there is an implied obligation of confidentiality. As will be illustrated below, national laws take different approaches to this issue. A question may arise as to what is the applicable law to decide whether such a term can be implied – is it the law of the place of arbitration, the substantive law of the underlying commercial agreement, the law applicable to the agreement to arbitrate or some other law?

This paper examines the four listed sources and provides practical tips to address the issue of confidentiality, includ-

ing safeguarding confidentiality in the event that court intervention is required.

(1) The Arbitration Agreement

In drafting arbitration clauses, many parties make no reference to confidentiality obligations. Where the parties do address confidentiality, it is often done in a bare bones manner, with few particulars provided concerning the scope of the obligation. References to confidentiality in the arbitration agreement are then mainly used by the parties to support a request to the arbitral tribunal to make an order confirming or imposing confidentiality obligations on the parties, experts, and/or witnesses. The tribunal then will exercise a discretion as to whether a confidentiality order is appropriate, and if so, on what terms. If one party is more sensitive to confidentiality concerns than the other, the opportunity to oppose a limit or confidentiality order can be a tactical advantage.

(2) The Law of the Place of Arbitration

Where the agreement between the parties is silent or sparse in addressing confidentiality, the next potential source of confidentiality obligations is the law of the place of arbitration that governs the arbitration proceeding. This procedural law in Canada varies from province to province, but gen-

erally speaking, it provides either no specific reference to confidentiality or, where confidentiality is specifically addressed, provides no guidance as to the scope or particulars of any such obligation.

In Ontario, for example, the procedural law does not expressly address confidentiality and leaves open the issue as to whether the legislation vests arbitrators with sufficiently broad powers to impose an obligation of confidentiality on the parties and other third parties involved in the arbitration proceeding. The relevant Ontario statutes are the *Arbitration Act, 1991*¹, which governs domestic arbitrations, and the *International Commercial Arbitration Act*², which adopts the UNCITRAL Model Law and obviously governs international commercial arbitrations.

Section 20(1) of the *Arbitration Act, 1991*³ provides that “the arbitral tribunal may determine the procedure to be followed in the arbitration in accordance with this Act”. Section 29(4) provides that “on the application of a party or of the arbitral tribunal, the court may make orders and give directions with respect to the taking of evidence for an arbitration as if it were a court proceeding”.

Article 19(1) of the UNCITRAL Model Law⁴ similarly provides that “subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.” Article 19(2) provides that “failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate...”

In British Columbia, the Domestic Commercial Arbitration Rules of the British Columbia International Commercial Arbitration Centre (the BCICAC), which are incorporated by reference in s.22 of the *Commercial Arbitration Act*⁵, provide that unless otherwise agreed by the parties or required by law, all communications shall be private and confidential as between the parties, the tribunal and the BCICAC⁶. The *International Commercial Arbitration Act*⁷ incorporates the UNCITRAL Model Law

and is therefore identical to the situation in Ontario.

(3) Institutional and Procedural Rules

The rules published by the leading arbitral institutions, as well as the UNCITRAL Arbitration Rules, address both the issues of privacy and confidentiality of arbitral proceedings. However, it is important to keep in mind that even where the parties have agreed to the adoption of any such rules, the proceedings are ultimately subject to the law of the place of arbitration, which may conflict with the institutional rules.

With respect to the issue of privacy of the arbitral proceedings, the rules typically provide that the hearing will be private, unless agreed by the parties and/or ordered by the arbitral tribunal to be otherwise. For example, Article 21.3 of the ICC Rules of Arbitration⁸ provides:

The Arbitral Tribunal shall be in full charge of the hearings, at which all the parties shall be entitled to be present. Save with the approval of the Arbitral Tribunal and the parties, persons not involved in the proceedings shall not be admitted.

Article 20.4 of the AAA/ICDR International Arbitration Rules⁹ provides:

Hearings are private unless the parties agree otherwise or the law provides to the contrary. The tribunal may require any witness or witnesses to retire during the testimony of other witnesses. The tribunal may determine the manner in which witnesses are examined.

Article 19.4 of the London Court of International Arbitration (LCIA) Rules¹⁰ provides:

All meetings and hearings shall be in private unless the parties agree otherwise in writing or the Arbitral Tribunal directs otherwise.

Article 27(3) of the Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Rules¹¹ provides:

Unless otherwise agreed by the parties, hearings will be in private.

Rule 32(2) of the ICSID Arbitration Rules¹² provides:

Unless either party objects, the Tribunal, after consultation with the Secretary-General, may allow other persons, besides the parties, their agents, counsel and advocates, witnesses and experts during their testimony, and officers of the Tribunal, to attend or observe all or part of the hearings, subject to appropriate logistical arrangements. The Tribunal shall for such cases establish procedures for the protection of proprietary or privileged information.

Article 25.4 of the *UNCITRAL Arbitration Rules*¹³ provides:

Hearing shall be held *in camera* unless the parties agree otherwise. The arbitral tribunal may require the retirement of any witness or witnesses during the testimony of other witnesses.

With respect to the issue of confidentiality, the provisions adopted by the various arbitral institutions and the UN vary to a much greater extent. The key differences can be summarized as follows:

- Certain confidentiality obligations bind only the tribunal and the institutional administrator, whereas others are sufficiently broadly worded to enable the arbitral tribunal to bind the parties, witnesses and other third parties.
- Certain confidentiality obligations apply to disclosure only, whereas others apply to meetings, communications, disclosure, the hearing and the ultimate award.
- Certain rules only vest the arbitral tribunal with power to impose confidentiality obligations in relation to specific classes of information (such as trade secrets), as opposed to all disclosure made during the course of the arbitration proceeding.

For example, Rule 18 of the 2007 Rules for Non-Administered Arbitration of International Disputes of the International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR)¹⁴ provides:

Unless the parties agree otherwise, the parties, the arbitrators and the Neutral

Organization shall treat the proceedings, any related disclosure and the decisions of the Tribunal, as confidential, except in connection with judicial proceedings ancillary to the arbitration, such as a judicial challenge to, or enforcement of, an award, and unless otherwise required by law or to protect a legal right of a party. To the extent possible, any specific issues of confidentiality should be raised with and resolved by the Tribunal.

Rule 11 then¹⁵ provides:

The Tribunal may require and facilitate such disclosure as it shall determine is appropriate in the circumstances, taking into account the needs of the parties and the desirability of making disclosure expeditious and cost-effective. The Tribunal may issue orders to protect the confidentiality of proprietary information, trade secrets and other sensitive information disclosed.

Article 20.7 of the ICC Rules of Arbitration¹⁶ provides:

The Arbitral Tribunal may take measures for protecting trade secrets and confidential information.

Article 34 of the AAA/ICDR International Arbitration Rules¹⁷ provides:

Confidential information disclosed during the proceedings by the parties or by witnesses shall not be divulged by an arbitrator or by the administrator. Except as provided in Article 27, unless otherwise agreed by the parties, or required by applicable law, the members of the tribunal and the administration shall keep confidential all matters relating to the arbitration or the award.

Article 30 of the LCIA Rules¹⁸ provides:

30.1 - Unless the parties expressly agree in writing to the contrary, the parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in their arbitration, together with all materials in the proceedings created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain – save and to the extent that disclosure may be required of a

party by legal duty, to protect or pursue a legal right or to enforce or challenge an award in bona fide legal proceedings before a state court or other judicial authority.

30.2 – The deliberations of the Arbitral Tribunal are likewise confidential to its members, save and to the extent that disclosure of an arbitrator's refusal to participate in the arbitration is required of the other members of the Arbitral Tribunal...

30.3 – the LCIA Court does not publish any award or any part of an award without the prior written consent of all parties and the Arbitral Tribunal.

Article 34 of the ICDR International Arbitration Rules¹⁹ provides:

Confidential information disclosed during the proceedings by the parties or by witnesses shall not be divulged by an arbitrator or by the administrator. Unless otherwise agreed by the parties, or required by applicable law, the members of the tribunal and the administrator shall keep confidential all matters relating to the arbitration or the award.

Article 46 of the Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Rules²⁰ provides:

Unless otherwise agreed by the parties, the SCC Institute and the Arbitral Tribunal shall maintain the confidentiality of the arbitration and the award.

Rule 6(2) of the ICSID Arbitration Rules²¹ provides:

Before or at the first session of the Tribunal, each arbitrator shall sign a declaration in the following form:

...I shall keep confidential all information coming to my knowledge as a result of my participation in this proceeding, as well as the contents of any award made by the Tribunal.

One of the broadest confidentiality provisions is set out at Rule 33 of the ADR Institute of Canada, Inc. National Arbitration Rules, which provides, in part, as follows²²:

The parties, the witnesses and the Arbitrators shall treat all meetings and communications, the proceedings,

documents disclosed in the proceeding, discovery and the awards of the Tribunal as confidential, except in connection with a judicial challenge to, or enforcement of, an award, and unless otherwise required by law. Nothing in this Rule shall preclude disclosure of such information to a party's insurer, auditor, lawyer or other person with a direct financial interest in the arbitration. The parties shall use such information solely for the purposes of the arbitration, and shall not use or allow it to be used for any other purpose unless the parties agree otherwise or unless otherwise required by law.

The rules of certain arbitral institutions and the UN also specifically address the confidentiality of the award. For example, Article 28.2 of the ICC Rules of Arbitration²³ provide:

Additional copies certified true by the Secretary General shall be made available on request and at any time to the parties, but to no one else.

Article 32.5 of the UNCITRAL Arbitration Rules²⁴ provides:

The award may be made public only with the consent of both parties.

Article 27.4 of the AAA/ICDR International Arbitration Rules²⁵ provides:

An award may be made public only with the consent of all parties or as required by law.

Rule 48(4) of the ICSID Arbitration Rules²⁶ provides:

The Centre shall not publish the award without the consent of the parties. The Centre shall, however, promptly include in its publications excerpts of the legal reasoning of the Tribunal.

Rule 33 of the ADR Institute of Canada, Inc. National Arbitration Rules provides, in part, as follows²⁷:

After the delivery of an award the Institute may make a written request to the parties for their consent to the publication by the Institute of the award or extracts from it. Should a party fail to respond to such a request within 45 days of the date of request then it shall be

deemed to have consented to the request.

As detailed above, Rule 30.1 of the LCIA Rules²⁸ provides that unless the parties agree in writing to the contrary, the parties must keep the award confidential, subject to various enumerated circumstances in which disclosure of the award could be required. In the absence of the agreement of the parties and the arbitrators, the LCIA will not publish the award.

The aforementioned different approaches to the issue of confidentiality demonstrate that arbitral institutions take a differing view of the need for confidentiality and the extent to which they are prepared to bind the parties, witnesses and the arbitrators. It is therefore critical when drafting an arbitration agreement to carefully consider the treatment given by a proposed arbitral institution to the issue of confidentiality where confidentiality is of a particular concern for a party.

(4) A Potential Implied Obligation of Confidentiality

In the event that the arbitration agreement, the governing law of the place of arbitration and the institutional and/or adopted rules are silent on the issue of confidentiality as a whole or a particular aspect thereof, the next possible source of a confidentiality obligation is an obligation found to be implied in the arbitration agreement. Countries have taken very different positions on whether there is such an implied duty of confidentiality and therefore parties must be cautious not to assume that such an obligation exists in the jurisdiction being considered.

England has adopted what is often called the “classical approach”, concluding that there is an implied duty of confidentiality. As the arbitration proceeding is private, documents that are created for the purpose of the hearing must be considered confidential. This extends to notes or transcripts of the evidence, documents produced during the hearing, witness statements, and submissions tendered to the arbitrator as well as the pleadings. The leading case on this issue is *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir*²⁹, where the Court of Appeal held that the duty of confidentiality is

implied in an international arbitration agreement as a matter of law, but that it is not absolute. The duty can be ousted by express or implied waiver, consent of the parties, by a Court in the interests of justice or on public policy grounds, or where it is necessary to protect the interests of one of the parties (i.e. to enforce the award or to seek interlocutory relief from the Court).

In the United States, the *Federal Arbitration Act*³⁰ does not contain a provision requiring the parties or the arbitral tribunal to keep confidential arbitration proceedings in which they are involved. Unless the parties’ agreement or applicable rules provide otherwise, the parties are not required by U.S. law to treat as confidential the arbitration proceedings and what transpires in them. One of the leading cases on this issue is *US v. Panhandle Eastern Corp et al*³¹. Panhandle brought a motion before a US Federal District Court for a protective order, preventing the disclosure of documents relating to arbitration proceedings between it and the Algerian National Oil and Gas Company. The Court rejected the argument that there was an express confidentiality agreement between the parties and gave no credence to the existence of an implied obligation. Accordingly, in the United States, unless the parties agree to be bound by an obligation of confidentiality, the courts will not impose one on the parties after the fact.

Confirmation of the Australian approach came as a huge surprise to many when in *Esso Australia Resources Ltd. and others v. The Honourable Sidney James Plowman and others*³², the High Court of Australia concluded that while the privacy of an arbitration hearing should be respected, confidentiality was not an essential attribute of a private arbitration. The requirement to conduct proceedings *in camera* did not translate into an obligation prohibiting disclosure of documents and information provided in, and for the purpose of, the arbitration. Although a certain degree of confidentiality may arise in certain circumstances, the Court held that it was not absolute. In another Australian case, *Commonwealth of Australia v. Cockatoo Dockyard Pty Ltd* (1995)³³, the Court of

Appeal decided that an arbitrator had no power to make a procedural direction imposing an obligation of confidentiality which would have the effect of preventing the government from disclosing to a state agency, or to the public, information and documents generated in the course of the arbitration which ought to be made known to that authority or to the public.

It is interesting to note when examining the Australian approach that both of the aforementioned cases involved matters of significant public interest, which undoubtedly influenced the decisions made by the courts in favour of transparency.

Unfortunately, the Canadian courts have not yet directly addressed the issue as to whether confidentiality is an implied term of all agreements to arbitrate. While the courts have addressed various aspects of confidentiality of the arbitration process, there has been no consistent line of case law on this issue.

In *Corporacion Transnational de Inversiones SA de CV v. STET International SPA*³⁴, the parties were involved in an international commercial arbitration conducted pursuant to Ontario law under the ICC Rules of Arbitration. The Applicants sought to set aside the award on the basis that, *inter alia*, the arbitral tribunal improperly refused to force the other party to produce redacted portions of an agreement relevant to the dispute. The arbitral tribunal’s order had been to disclose the terms of the agreement and if confidential, they were to be disclosed subject to a confidentiality agreement. The Court upheld the order of the arbitral tribunal on this issue. This case suggests, albeit in an indirect way, that there is no automatic implied duty of confidentiality as the arbitral tribunal found that there was a requirement for a confidentiality order in order to protect the agreement.

In *Adesa Corp. v. Bob Dickenson Auction Services Limited*³⁵, one of the Defendants was a former employee of the Plaintiffs. Following a confidential wrongful dismissal arbitration proceeding, the Plaintiffs commenced an action against the Defendant and others. The parties were in agree-

ment that issues in the action were identical to some of the issues in the arbitration and that the same witnesses would be called in both proceedings. The Defendants brought a motion for an order compelling the Plaintiffs to disclose the transcripts from the arbitration proceeding, the decision and the award for use in the action. The Plaintiffs resisted on the basis that the material from the arbitration was subject to a confidentiality order. Justice Cameron stated:

I am satisfied that there was an expectation of confidentiality in the arbitration. The arbitration relationship generally benefits greatly from the element of confidentiality. The confidentiality of arbitration proceedings should be fostered to maintain the integrity of the arbitration process. I do not regard confidentiality as essential to the arbitration process. In my view «seditiously» is perhaps a somewhat strong adverb for these circumstances. In balancing the interests served by confidentiality against the interests served in determining the truth and disposing correctly of the litigation, I do not think the confidentiality of arbitration proceedings should be elevated to the status of a privilege such as solicitor-client or spousal privilege or, on occasion, doctor-patient or spiritual adviser-penitent...
...The Plaintiffs, who were party to the arbitration, placed the confidentiality at risk by commencing this action against the Defendants. The Plaintiffs raised the issues before this court and made the transcripts relevant. If the confidentiality was so necessary to the arbitration they could have chosen not to commence this action and are free to withdraw those claims if the confidentiality issue is paramount.

Two recent cases from the Ontario Superior Court of Justice released in January and February of 2009 actually address the issue of whether there is an implied duty of confidentiality and appear to come to different conclusions. In *GEA Group AG v. Ventra Group Co.*³⁶, Justice Cumming muses as to what Ontario's position is on this issue, without making a definitive finding:

There is merit to the position of a confidentiality obligation as inherent to a

private arbitration. The Ontario position may well be close to that of Germany and England. See *Adesa Corporation v. Bob Dickeson Auction Services Ltd.*....

Master Birnbaum addressed the issue in *Trans-Send Freight Systems Ltd. v. Markel Insurance Co of Canada*³⁷, where she considered whether documents produced in an arbitration in Georgia between the plaintiff and its client are protected by arbitration privilege in an Ontario action. She held:

There is no evidence before me that an order was made in the arbitration that the documents produced were to be kept confidential by the parties nor was there any evidence before me that Georgia law requires the documents to be kept confidential. I also note that the courts of appeal of the various jurisdictions cited – England, Hong Kong and Australia – do not agree that documents produced in arbitrations are confidential. Nor do I find that the deemed undertaking rule applies to prevent the disclosure of relevant documents produced for dispute resolution proceedings in a foreign jurisdiction... The materials requested are relevant to a major issue in this action and I find that they are not protected by arbitration privilege.

Master Birnbaum appears to reject the concept of an implied duty of confidentiality. Both of the aforementioned cases have not yet been cited by any other courts on this issue.

In the absence of any definitive pronouncement from the Canadian courts, it remains unclear whether Canada will adopt or reject an implied duty of confidentiality. The reasoning of the English Court of Appeal in *Ali Shipping*, which was decided after the Australian *Esso* case, may be very persuasive. *Esso* may be seen as an exception, given that the Australian case dealt with statutory rights involving a matter of public concern. Given that two Ontario cases have recently addressed this issue, it may not be long before we finally have a definitive line of Canadian authority.

Practical Tips When Addressing the Issue of Confidentiality

Even where the parties have addressed confidentiality in their arbitration agreement, counsel to a party in an arbitration proceeding will want to turn his or her mind to the various aspects of a confidentiality obligation very early on in the proceeding and then address these issues with opposing counsel and the tribunal at the earliest opportunity. Counsel should consider the following issues:

- Who will be covered by the confidentiality obligation/order?
 - Will it only reference the parties?
 - What about the arbitrators?
 - Should it also make reference to witnesses, experts, and/or third parties given access to materials?
- What will the confidentiality order cover?
 - The fact that the arbitration is taking place? Often this becomes a non-issue as the parties are required to disclose the existence of the arbitration to investors, insurers, or to the courts and hence the public should interim relief be sought, if there is a need to apply to the court for the appointment of an arbitrator or to recognize or enforce the award.
 - The identity of the arbitrators?
 - Pleadings?
 - Oral and written submissions of counsel?
 - Witness statements?
 - Transcripts of oral discovery, if any?
 - Any information provided by the parties during the course of the arbitration (i.e., documentary disclosure)?
 - The content of the award or any order?
 - Where is the seat of the arbitration and what is the law of that jurisdiction in relation to confidentiality of arbitration proceedings?

The choice of law may be influenced by the extent to which confidentiality is protected by the law of a particular jurisdiction. That said, one cannot simply assume that an arbitration held in London will universally be subject to English confidentiality standards, as a

confidentiality dispute will not necessarily be heard in the national courts of the arbitration situs. It might be raised in a pending enforcement action elsewhere or in the country where the confidential information is disclosed.

- What measures, if any, will be put into place to ensure confidentiality?
- Will documents be labelled or stamped as confidential?
- Will there be restrictions as to how materials are transmitted (i.e. no transmission by e-mail) and who gets access to them?
- Will there be limited copying and return of all documents at the end for destruction?
- Will experts and witnesses sign confidentiality undertakings?

Putting Confidentiality at Risk – Seeking Relief from the Court

While parties may choose to arbitrate a dispute in order to attempt to ensure that the particulars of the dispute remain safeguarded from public scrutiny, parties must be mindful of the fact that any recourse to the courts for interim relief, for the appointment of an arbitrator, for the resolution of procedural disputes, for jurisdictional challenges or for the recognition and

enforcement of the ultimate award places the confidentiality of the arbitration proceeding at serious risk. For example, in enforcement and recognition proceedings in Ontario, the parties are required to file a copy of the entirety of the award with the Court. The award will usually contain a detailed description of the evidence filed by the parties and the positions taken, many of the things which parties often seek to have shielded from public view.

A party can attempt to obtain a sealing order from the Court in order to maintain the confidentiality of the arbitration proceeding, but such relief can be difficult to obtain as it runs counter to the principle of openness of the courts. In order to obtain a sealing order in Canada, the moving party will have to meet the test enunciated by the Supreme Court of Canada in *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*³⁸ and demonstrate that:

- Such an order is necessary in order to prevent a serious risk to an important interest, including a commercial interest, in the context of litigation because reasonable alternative measures will not prevent the risk; and
- The salutary effects of the confidentiality order, including the effects on the

right of civil litigants to a fair trial, outweigh its deleterious effects, including the effects on the right to free expression, which in this context includes the public interest in open and accessible court proceedings.

There is a limited number of Canadian cases³⁹ in which the Courts have considered the granting of a sealing order in the context of a confidential arbitration proceeding. However, given the Supreme Court's decision in *Sierra Club* recognizing the importance of confidentiality agreements in commercial transactions and the general trend of the Courts recognizing the importance of commercial arbitration, there are persuasive arguments to be made in favour of granting such relief, particularly where the parties have a clear agreement respecting confidentiality of the arbitral proceeding. In drafting an arbitration agreement, a party may want to consider including a provision that the parties agree to consent to a sealing order if one is sought by either party. While arguably not determinative, such an agreement would certainly assist any such application. ♣

Mandy E. Moore is a partner and commercial litigator with the Ottawa office of Borden Ladner Gervais LLP.

¹ S.O. 1991, c.17.

² R.S.O. 1990, c.I-9.

³ *Supra*, footnote 2.

⁴ As incorporated in the *International Commercial Arbitration Act*, *supra*, footnote 3.

⁵ R.S.B.C. 1996, c.55.

⁶ Rule 25. Available online: http://www.bcicac.com/bcicac_dap_dca_rules.php.

⁷ R.S.B.C. 1996, c.233.

⁸ Available online: http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_english.pdf.

⁹ Available online: <http://www.adr.org/sp.asp?id=33994>.

¹⁰ Available online: http://www.lcia.org/ARB_folder/arb_english_main.htm.

¹¹ Available online: http://www.sccinstitute.com/filearchive/2/21686/2007_arbitration_rules_eng.pdf.

¹² Available online: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/>

¹³ StaticFiles/basicdoc/partF.htm.

¹⁴ Available online: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Supra*, footnote 9.

¹⁷ *Supra*, footnote 10.

¹⁸ *Supra*, footnote 11.

¹⁹ *Supra*, footnote 10.

²⁰ *Supra*, footnote 12.

²¹ *Supra*, footnote 13.

²² Available online: <http://www.adrcanada.ca/rules/documents/ArbRules08.pdf>.

²³ *Supra*, footnote 9.

²⁴ *Supra*, footnote 14

²⁵ *Supra*, footnote 10.

²⁶ *Supra*, footnote 13.

²⁷ *Supra*, footnote 23.

²⁸ *Supra*, footnote 11.

²⁹ [1998] 2 All ER 136 (C.A.).

³⁰ 9 U.S.C. Section 1 et seq.

³¹ 118 F.R.D. 346 (D. Del., 1988).

³² (1995) 183 C.L.R. 10.

³³ [2006] N.S.W.C.A. 322.

³⁴ (1999), 45 O.R. (3d) 183 (S.C.J.).

³⁵ (2004), 73 O.R. (3d) 787 (S.C.J.).

³⁶ (2009), 66 C.P.C. (6th) 37 (S.C.J.).

³⁷ [2009] O.J. 697 (S.C.J.).

³⁸ [2002] 2 S.C.R. 522.

³⁹ See for example, 887574 Ontario Inc. v. Pizza Pizza, [1994] O.J. No. 3112 (Gen. Div.) and L.P.I. v. 000 Alberta Ltd., [2005] A.J. No. 54 (C.A.).

Confidentialité en arbitrage commercial

Mandy E. Moore

La confidentialité est souvent considérée comme l'une des caractéristiques les plus précieuses du processus d'arbitrage. Les parties, et leurs avocats, pensent souvent que les procédures d'arbitrage sont totalement soumises à la confidentialité. Ils oublient d'examiner si les dispositions de la convention d'arbitrage et les régimes

juridiques et procéduraux s'appliquant imposent des obligations de confidentialité et si tel est le cas, leur portée. Les parties à un différend commercial, particulièrement un différend commercial international, considérant la question de la confidentialité selon différentes perspectives juridiques, découvrent souvent que

leurs attentes divergent à ce sujet.

De manière générale, la confidentialité se distingue de la protection de la vie privée. Cette dernière se caractérise par l'exclusion de tiers des audiences d'arbitrage. L'obligation de confidentialité se définit comme l'utilisation qui peut être faite de

l'information et des documents produits ou au cours d'un arbitrage ou en résultant. Le présent document traite essentiellement des obligations en matière de confidentialité dans les arbitrages commerciaux.

De manière générale, les obligations en matière de confidentialité et de vie privée découlent de quatre sources principales : (1) la convention d'arbitrage entre les parties; (2) la loi en vigueur au lieu de l'arbitrage; (3) les règles institutionnelles ou procédurales adoptées, le cas échéant; (4) une obligation de confidentialité implicite potentielle.

Déterminer la loi qui s'applique afin de délimiter l'étendue des obligations en matière de confidentialité et protection de la vie privée peut s'avérer une tâche difficile. Les sources susmentionnées peuvent fournir certaines lignes directrices, toutefois d'autres sources de loi applicable peuvent s'y ajouter. Par exemple, les parties peuvent être soumises aux réglementations gouvernementales, telles que *l'International Traffic in Arms Regulations* (« ITAR ») en vigueur aux États-Unis, qui impose des obligations très restrictives en matière de confidentialité aux parties et à quiconque ayant accès à des renseignements soumis à la réglementation ITAR. On se trouve confronté à une autre difficulté lorsque l'on essaie de déterminer si une obligation de confidentialité implicite s'applique. Comme l'illustre l'exemple ci-après, les lois nationales traitent ce point de différentes manières. Quand il s'agit de déterminer quelle loi s'applique pour décider si une telle disposition peut être considérée comme implicite, se pose alors la question de savoir si c'est la loi en vigueur sur le lieu de l'arbitrage, le droit substantiel sur lequel est fondée l'entente commerciale, la loi qui s'applique à l'entente à arbitrer ou toute autre loi?

Le présent document examine les quatre sources citées et fournit des conseils pratiques permettant de traiter la question de la confidentialité, y compris la protection de la confidentialité lorsque la cause requiert l'intervention des tribunaux.

(1) La convention d'arbitrage

En rédigeant les clauses d'arbitrage, de nombreuses parties n'incluent aucune référence aux obligations de confidentialité. Lorsque les parties traitent de la confidentialité, elles le font souvent de manière rudimentaire, en indiquant peu de renseignements relativement à l'étendue des obligations. Les références à la confidentialité dans une convention d'arbitrage sont ensuite essentiellement utilisées par les parties en vue d'appuyer une requête auprès du tribunal arbitral afin de rendre une ordonnance confirmant ou imposant des obligations de confidentialité aux parties, experts et/ou témoins. Le tribunal exerce alors son pouvoir discrétionnaire quant à la pertinence d'une ordonnance imposant une obligation de confidentialité, et si tel est le cas, en définit les dispositions. Si une des parties est plus sensible aux questions de confidentialité, la possibilité d'imposer des clauses restrictives à ladite ordonnance peut s'avérer un avantage tactique.

(2) La loi en vigueur au lieu de l'arbitrage

Lorsque la convention d'arbitrage entre les parties est muette au sujet de la question de la confidentialité ou l'aborde de manière succincte, la prochaine source d'obligations en la matière est la loi en vigueur au lieu de l'arbitrage régissant la procédure d'arbitrage. Le droit procédural au Canada varie selon la province, mais de manière générale, il ne fournit aucune référence à la question de la confidentialité, ou lorsqu'elle est abordée de manière spécifique, il ne fournit aucune ligne directrice quant à l'étendue ou aux caractéristiques de telles obligations.

En Ontario par exemple, le droit procédural ne traite pas expressément de la question de la confidentialité et laisse la question ouverte quant à savoir si la législation confère aux arbitres des pouvoirs suffisamment étendus pour imposer une obligation de confidentialité aux parties et autres tiers engagés dans la procédure d'arbitrage. La législation de l'Ontario s'appliquant est la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*¹, qui régit les processus d'arbitrage domestique, et la *Loi sur l'arbitrage commercial international*², qui adopte la Loi type de la CNUDCI et

régit visiblement les processus d'arbitrage commercial international.

L'article 20(1) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*³ dispose que « le tribunal arbitral peut déterminer la procédure à suivre au cours de l'arbitrage, conformément à la présente loi ». L'article 29(4) dispose que « À la requête d'une partie ou du tribunal arbitral, le tribunal judiciaire peut rendre des ordonnances et donner des directives concernant l'obtention de preuves dans le cadre d'un arbitrage, comme si l'arbitrage constituait une instance judiciaire ».

L'article 19(1) de la Loi type de la CNUDCI⁴ dispose que de manière similaire que « Sous réserve des dispositions de la présente Loi, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral. » L'article 19(2) dispose que « Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut, sous réserve des dispositions de la présente Loi, procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié... ».

En Colombie-Britannique, les règles d'arbitrage commercial domestique (Domestic Commercial Arbitration Rules) du British Columbia International Commercial Arbitration Centre (BCICAC), qui sont intégrées en référence à l'article 22 de la *Loi sur l'arbitrage commercial international*⁵, stipulent que, à moins qu'il n'en soit autrement convenu entre les parties ou requis par la loi, toutes les communications doivent être privées et confidentielles entre les parties, le tribunal et le BCICAC⁶. La *Loi sur l'arbitrage commercial international*⁷ intègre la Loi type de la CNUDCI et par conséquent la situation est identique à celle de l'Ontario.

(3) Règles institutionnelles et procédurales

Les règles édictées par les institutions arbitrales de premier plan, ainsi que les règles d'arbitrage de la CNUDCI, traitent des questions de confidentialité et protection de la vie privée dans les procédures arbitrales. Cependant, il faut retenir que même si les parties ont convenu d'adopter de telles règles, les procédures sont en fin de compte assujetties à la loi en vigueur au lieu de l'arbitrage, ce qui peut entrer en conflit avec les règles institutionnelles.

Pour ce qui est des questions de la protection de la vie privée dans les procédures arbitrales, les règles stipulent généralement que l'audience aura lieu de manière privée, à moins qu'il n'en ait été autrement convenu entre les parties et/ou ordonné par le tribunal arbitral. Par exemple, l'article 21.3 du règlement d'arbitrage de la CCI⁸ dispose que :

Le tribunal arbitral règle le déroulement des audiences auxquelles toutes les parties sont en droit d'être présentes. Sauf accord du tribunal arbitral et des parties, elles ne sont pas ouvertes aux personnes étrangères à la procédure.

L'article 20.4 du Règlement d'arbitrage de l'AAA/ICDR⁹ dispose que :

Sauf accord contraire des parties ou disposition contraire de la loi, les audiences sont privées. Le tribunal peut exiger qu'un ou plusieurs témoins se retirent pendant le témoignage d'autres témoins. Le tribunal peut déterminer la manière dont les témoins seront interrogés.

L'article 19.4 du règlement de la Cour d'arbitrage international de Londres (CAIL)¹⁰ dispose que :

Toute réunion et audience est tenue en privé, sauf accord écrit différent des parties ou si le tribunal arbitral en décide autrement.

L'article 27(3) du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm¹¹ dispose que :

À moins qu'il n'en ait été convenu autrement par les parties, les audiences ont lieu de manière privée.

L'article 32(2) du règlement d'arbitrage du CIRDI¹² dispose que :

À moins qu'une des parties ne s'y oppose et après consultation du Secrétaire général, le Tribunal peut autoriser d'autres personnes, autres que les parties, leurs agents, conseillers et avocats, les témoins et experts au cours de leur déposition, et les fonctionnaires du Tribunal, à assister de plein droit ou à titre d'observateur à tout ou à une partie des auditions en élaborant les mesures logistiques nécessaires. Dans de tels cas, le Tribunal établit des procédures destinées à assurer la protection des

informations confidentielles.

L'article 25.4 du *règlement d'arbitrage de la CNUDCI*¹³ dispose que :

L'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties. Le tribunal arbitral peut demander que des témoins se retirent pendant la déposition d'autres témoins.

Pour ce qui est des questions de la confidentialité, les dispositions adoptées par les différentes institutions arbitrales et l'ONU varient en grande partie. Les principales différences peuvent se résumer de la manière suivante :

- Certaines obligations en matière de confidentialité lient uniquement le tribunal et l'administrateur institutionnel, alors que d'autres sont formulées de manière assez large pour permettre au tribunal arbitral de lier les parties, les témoins et autres tiers.
- Certaines obligations s'appliquent uniquement à la divulgation, alors que d'autres s'appliquent aux réunions, communications, divulgations, audiences et sentences finales.
- Certains articles confèrent uniquement au tribunal arbitral le pouvoir d'imposer des obligations de confidentialité à certaines catégories de renseignements (comme les secrets commerciaux), par opposition à la divulgation complète au cours de la procédure d'arbitrage.

Par exemple, l'article 18 du règlement 2007 pour l'arbitrage extra-judiciaire des différends internationaux de l'*International Institute for Conflict Prevention and Resolution* (CPR)¹⁴ dispose que :

À moins que les parties n'en conviennent autrement, les parties, les arbitres et l'organisation neutre traiteront les procédures, les décisions et toute divulgation du tribunal s'y rapportant, de manière confidentielle, sauf en cas de procédures judiciaires liées à l'arbitrage, telles qu'un procès ou l'exécution forcée d'une condamnation, à moins qu'il n'en soit requis autrement par la loi ou afin de protéger un droit juridique d'une partie. Dans la mesure du possible, toute question particulière de confidentialité devrait être évoquée

et résolue par le tribunal.

L'article 11¹⁵ dispose que :

Le tribunal peut exiger et faciliter une telle divulgation et il détermine si elle est appropriée aux circonstances, en prenant en considération les besoins des parties et l'intérêt qu'elle soit rapide et rentable. Le tribunal peut émettre des ordonnances pour protéger la confidentialité des renseignements exclusifs, les secrets commerciaux et autres renseignements sensibles divulgués.

L'article 20.7 du règlement d'arbitrage de la CCI¹⁶ dispose que :

Le tribunal arbitral peut prendre toute mesure pour protéger les secrets d'affaires et les informations confidentielles.

L'article 34 du Règlement d'arbitrage de l'AAA/ICDR¹⁷ dispose que :

Les arbitres et l'Administrateur s'abstiendront de toute divulgation des informations confidentielles dont ils pourront avoir eu connaissance au cours de l'arbitrage, que ce soit par les parties ou par des témoins. Sous réserve des dispositions de l'article 27, d'un accord contraire des parties ou d'une disposition contraire de la loi applicable, les arbitres et l'Administrateur préserveront la confidentialité de toutes les questions relatives à l'arbitrage ou à la sentence arbitrale.

L'article 30 du règlement d'arbitrage de la CAIL¹⁸ dispose que :

30.1 - Sauf convention contraire des parties conclue par écrit, les parties s'obligent à titre de principe général, à garder confidentielle toute sentence rendue dans leur arbitrage, ainsi que toute pièce de procédure matériellement produite en vue de celui-ci et tous autres documents produits par une autre partie et non tombés dans le domaine public, à moins que, et dans la mesure où, cette révélation peut être requise d'une partie en vertu d'une obligation légale, pour la protection ou l'exercice d'un droit ou pour faire exécuter ou contester une sentence par une action engagée de bonne foi devant un tribunal étatique ou une autre autorité judiciaire.

30.2 – Les délibérations du tribunal

arbitral sont également confidentielles pour ses membres, sauf et dans la mesure où la révélation du refus d'un arbitre de participer à l'arbitrage est requise des autres arbitres...

30.3 – La Cour d'arbitrage ne publie pas les sentences, intégralement ou par extraits, sans l'accord écrit préalable de toutes les parties et du tribunal arbitral.

L'article 34 du Règlement d'arbitrage de l'AAA/ICDR¹⁹ dispose que :

Les arbitres et l'Administrateur s'abstiendront de toute divulgation des informations confidentielles dont ils pourront avoir eu connaissance au cours de l'arbitrage, que ce soit par les parties ou par des témoins. À moins d'un accord contraire des parties ou d'une disposition contraire de la loi applicable, les arbitres et l'Administrateur préserveront la confidentialité de toutes les questions relatives à l'arbitrage ou à la sentence arbitrale.

L'article 46 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm²⁰ dispose que :

À moins qu'il n'en ait été convenu autrement par les parties, l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm préserve la confidentialité de l'arbitrage et de la sentence.

L'article 6(2) du règlement d'arbitrage du CIRDI²¹ dispose que :

Avant la première session du Tribunal ou lors de cette session, chaque arbitre signe la déclaration suivante :

...Je m'engage à tenir confidentielle toute information portée à ma connaissance du fait de ma participation à la présente Instance, ainsi que le contenu de toute sentence prononcée par le Tribunal.

Une des dispositions les plus larges en ce qui a trait à la confidentialité est définie par la règle 33 des Règles nationales d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada., Inc., qui dispose, en partie, ce qui suit²² :

Sauf en cas de procès ou d'exécution forcée d'une condamnation ou si la loi le requiert, les parties, les témoins et les arbitres conviennent de garder

confidentiels les réunions, les communications, les instances, les documents divulgués lors des instances, l'enquête préalable et les sentences prononcées par le tribunal arbitral. Les Règles n'interdisent pas la divulgation de ces renseignements à l'assureur, au vérificateur ou à l'avocat d'une partie ni à toute autre personne ayant un intérêt financier direct dans l'arbitrage. Les parties doivent utiliser ces renseignements uniquement aux fins de l'arbitrage et ne doivent pas les utiliser ou permettre leur utilisation à d'autres fins, à moins qu'elles n'en conviennent autrement ou que la loi ne l'impose.

Les règles de certaines institutions arbitrales et de L'ONU traitent également particulièrement la confidentialité de la sentence. Par exemple, l'article 28.2 du règlement d'arbitrage de la CCI²³ dispose que :

Des copies supplémentaires dûment certifiées conformes par le Secrétaire général sont à tout moment délivrées exclusivement aux parties qui en font la demande.

L'article 32.5 du *règlement d'arbitrage de la CNUDCI*²⁴ dispose que :

La sentence ne peut être publiée qu'avec le consentement des deux parties.

L'article 27.4 du Règlement d'arbitrage de l'AAA/ICDR²⁵ dispose que :

Une sentence arbitrale ne peut être rendue publique qu'avec le consentement de toutes les parties ou conformément à la loi.

L'article 48(4) du règlement d'arbitrage du CIRDI²⁶ dispose que :

Le Centre ne publie pas la sentence sans le consentement des parties. Toutefois, le Centre peut inclure dans ses publications des extraits des règles juridiques appliquées par le Tribunal.

La règle 33 des Règles nationales d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada., Inc. dispose, en partie, de ce qui suit²⁷ :

Après le prononcé d'une sentence, l'Institut peut demander par écrit aux parties de consentir à la publication de

la sentence ou d'un extrait de celle-ci. La partie qui omet de répondre à cette demande dans les 45 jours suivant la date de la demande est réputée y avoir consentie.

Tel que détaillé ci-dessus, l'article 30.1 du règlement d'arbitrage de la CAIL²⁸ dispose que, sauf convention contraire des parties conclue par écrit, les parties s'obligent à garder confidentielle la sentence à moins que cette révélation ne soit requise en raison des différentes circonstances évoquées. Sans l'accord des parties et des arbitres, la CAIL ne publie pas les sentences.

Les différentes approches susmentionnées en ce qui concerne la confidentialité démontrent que les institutions arbitrales ont une vision différente du besoin de confidentialité et de l'obligation de lier les parties, les témoins et les arbitres. Par conséquent, au moment de rédiger une convention d'arbitrage, il est crucial de prendre scrupuleusement en compte le traitement de la confidentialité par une institution arbitrale lorsque cette question a un intérêt particulier pour une partie.

(4) Obligation de confidentialité implicite potentielle

Dans le cas où la convention d'arbitrage, la loi applicable du lieu d'arbitrage et les règles institutionnelles et/ou adoptées sont muettes relativement à la confidentialité dans son intégralité ou un de ses aspects particuliers, la source possible en matière d'obligation de confidentialité est une obligation implicite dans une convention d'arbitrage. Selon le pays, la position adoptée est différente et, par conséquent, les parties doivent faire preuve de circonspection et ne pas présumer d'emblée qu'une obligation de confidentialité implicite existe dans la juridiction considérée.

L'Angleterre a adopté une approche, souvent désignée comme « l'approche classique », qui postule qu'il existe une obligation implicite de confidentialité. Comme la procédure d'arbitrage est privée, les documents produits aux fins des audiences doivent être considérés comme confidentiels. Cela s'applique aux notes ou transcriptions de la preuve, aux documents

produits pendant l'audience, déclarations des témoins et soumissions présentées à l'arbitre ainsi qu'aux plaidoiries. La décision de principe en la matière est la cause *Ali Shipping Corporation c. Shipyard Trogir*²⁹, dans laquelle la cour d'appel a considéré que l'obligation de confidentialité est implicite dans une convention d'arbitrage international en tant que question de droit, mais n'est pas absolue. L'obligation peut être exclue par une renonciation expresse ou implicite, le consentement des parties, par un tribunal dans l'intérêt de la justice ou pour des raisons de politique publique, ou lorsqu'il est nécessaire de protéger les intérêts de l'une des parties (c'est-à-dire appliquer une sentence ou solliciter un redressement interlocutoire auprès du tribunal).

Aux États-Unis, le *Federal Arbitration Act*³⁰ ne contient pas de disposition exigeant que les parties ou le tribunal arbitral considèrent comme confidentielles les procédures d'arbitrage dans lesquelles ils sont engagés. À moins que l'entente conclue entre les parties ou les règles applicables n'en disposent autrement, les parties ne sont pas tenues par la loi américaine de considérer comme confidentielles les procédures d'arbitrage et ce qu'elles impliquent. La décision de principe en la matière est la cause *US v. Panhandle Eastern Corp et al*³¹. Panhandle a déposé une requête auprès d'un tribunal fédéral de première instance américain afin que soit prononcée une ordonnance conservatoire, empêchant la divulgation de documents relatifs aux procédures d'arbitrage entre elle et la société nationale algérienne de gaz et pétrole. Le tribunal a rejeté l'argument selon lequel il y avait une entente de confidentialité expresse entre les parties et n'a pas ajouté foi à l'existence d'une obligation implicite. En conséquence, aux États-Unis, à moins que les parties conviennent d'être liées par une obligation de confidentialité, les tribunaux n'en imposent pas aux parties après le fait.

La confirmation de l'approche australienne s'est révélée pour beaucoup une immense surprise lorsque, dans la cause *Esso Australia Resources Ltd. and others v. The Honourable Sidney James Plowman and others*³², la cour suprême d'Australie a

conclu que la confidentialité d'une audience d'arbitrage devait être respectée mais que ce n'était pas une caractéristique essentielle d'un arbitrage privé. L'obligation de conduire les instances à huis clos ne s'est pas traduite par une obligation interdisant la divulgation de documents et des renseignements fournis dans le cadre de l'arbitrage et aux fins de ce dernier. Bien qu'un certain niveau de confidentialité puisse être requis dans certaines circonstances, la cour n'a pas conclu à son caractère absolu. Dans une autre cause australienne, *Commonwealth of Australia v. Cockatoo Dockyard Pty Ltd* (1995)³³, la cour d'appel a décidé qu'un arbitre n'avait pas le pouvoir d'imposer une obligation de confidentialité qui aurait pour effet d'empêcher le gouvernement de divulguer à une agence d'État, ou au public, de l'information et des documents produits au cours de l'arbitrage qui devraient être portés à la connaissance du public ou de cette autorité.

Il est intéressant de noter que, dans l'approche australienne, les deux affaires mentionnées ci-dessus sont d'intérêt public, ce qui a sans aucun doute influencé les décisions prises par les tribunaux en faveur de la transparence.

Malheureusement, les tribunaux canadiens n'ont pas encore traité directement de la question de savoir si la confidentialité est un élément implicite de toutes les conventions d'arbitrage. Alors qu'elles ont traité plusieurs aspects de la confidentialité du processus d'arbitrage, il n'y a pas de jurisprudence unanime en la matière.

Dans la cause *Corporacion Transnational de Inversiones SA de CV v. STET International SPA*³⁴, les parties étaient engagées dans un arbitrage commercial international mené en vertu de la loi de l'Ontario et du règlement d'arbitrage de la CCI. Les demandeurs cherchaient à annuler la sentence, entre autres parce que le tribunal arbitral avait refusé indûment de forcer l'autre partie à produire des parties rédigées d'une entente pertinente relativement au différend. L'ordonnance prononcée par le tribunal arbitral énonçait que soient divulguées les conditions de l'entente, et si elles étaient confidentielles, que leur divulgation était soumise à une convention

de confidentialité. Le tribunal a confirmé l'ordonnance prononcée par le tribunal arbitral à cet égard. Cette cause laisse entendre, bien que de manière indirecte, qu'il n'y a pas d'obligation de confidentialité implicite étant donné que le tribunal arbitral a déclaré qu'une ordonnance de confidentialité n'était pas requise afin de protéger l'entente.

Dans la cause *Adesa Corp. v. Bob Dickenson Auction Services Limited*³⁵, un des défendeurs était un ancien employé des demandeurs. En conséquence à une procédure d'arbitrage de congédiement injustifié confidentielle, les demandeurs ont intenté une action en justice à l'encontre des défendeurs et autres tiers. Les parties ont convenu que les questions faisant l'objet de l'action en justice étaient identiques à certaines questions traitées dans l'arbitrage et que les mêmes témoins seraient amenés à comparaître dans les deux procédures. Les défendeurs ont déposé une requête visant à ordonner aux demandeurs de divulguer les transcriptions de la procédure d'arbitrage, la décision et la sentence aux fins de l'action en justice. Les demandeurs ont fait objection en alléguant que les éléments matériels de l'arbitrage étaient soumis à une ordonnance de confidentialité. Le juge Edwin Cameron a énoncé :

Je suis satisfait qu'il y ait eu des attentes en matière de confidentialité dans l'arbitrage. En règle générale, la relation dans le cadre d'un arbitrage bénéficie grandement de l'élément de confidentialité. Il faut favoriser la confidentialité des procédures d'arbitrage afin de maintenir l'intégrité du processus. Je ne perçois pas la confidentialité comme un élément essentiel au processus d'arbitrage. D'après moi, l'adverbe « assidûment » est plutôt fort pour ces circonstances. Dans le cadre de la recherche de l'équilibre entre les intérêts servis par la confidentialité et ceux servis par la détermination de la vérité et le règlement approprié du litige, je ne crois pas que la confidentialité des procédures d'arbitrage doive être élevée au rang de privilège, comme dans le cas d'un privilège entre un procureur et un client, du privilège du conjoint ou, à l'occasion, du médecin

avec un patient ou du conseiller spirituel avec une personne repentante.

...Les demandeurs, qui étaient parties à l'arbitrage, ont exposé la confidentialité à un risque en intentant ladite action contre les défendeurs. Les demandeurs ont soulevé les questions devant cette cour et conféré un caractère pertinent aux transcriptions. Si la confidentialité était si nécessaire à l'arbitrage, ils auraient pu choisir de ne pas entreprendre cette action et sont libres de retirer ces prétentions si la question de la confidentialité est primordiale.

Deux causes récentes de la Cour supérieure de justice de l'Ontario rendues en janvier et février 2009, qui traitaient de la question à savoir s'il existe une obligation de confidentialité implicite, semblent indiquer des conclusions différentes. Dans *GEA Group AG c. Ventra Group Co.*³⁶, le juge Cumming réfléchit à la position de l'Ontario sur ce problème sans parvenir à une conclusion définitive :

L'obligation de confidentialité présente un fondement juridique en ce qui a trait à un arbitrage privé. La position de l'Ontario pourrait très bien s'approcher de celle de l'Allemagne et de l'Angleterre. Se reporter à la cause *Adesa Corporation c. Bob Dickeson Auction Services Ltd.*....

Madame la protonotaire Birnbaum a traité de la question dans la cause *Trans-Send Freight Systems Ltd. c. Markel Insurance Co of Canada*³⁷, où elle examinait si les documents produits lors d'un arbitrage en Géorgie entre le demandeur et son client étaient protégés par le privilège de l'arbitrage dans le cadre d'une action ontarienne. Elle a soutenu que :

Il n'existe aucune preuve devant moi du prononcé d'une ordonnance exigeant que les parties tiennent les documents confidentiels, pas plus qu'il n'existe de preuve devant moi que la loi géorgienne exige que les documents soient tenus confidentiels. Je note également que les cours d'appel des diverses juridictions citées – Angleterre, Hong Kong et Australie – ne s'entendent pas sur le fait que les documents produits durant les

arbitrages sont confidentiels. Je n'ai également pas noté que la règle d'engagement réputée s'applique pour empêcher la divulgation de documents pertinents produits à des fins de procédures de résolution de différend dans une juridiction étrangère... Les documents exigés ont trait à une question importante dans cette action et je constate qu'ils ne sont pas protégés par le privilège d'arbitrage.

Madame la protonotaire Birnbaum semble rejeter le concept d'une obligation de confidentialité implicite. Mais les causes susmentionnées n'ont pas encore été citées par tout autre tribunal relativement à cette question.

En l'absence de tout prononcé définitif des tribunaux canadiens, il n'est pas certain que le Canada adoptera ou rejettéra une obligation de confidentialité implicite. Le raisonnement de la cour d'appel anglaise à l'égard de la cause *Ali Shipping*, dont le prononcé a eu lieu après la cause australienne *Esso*, pourrait s'avérer très persuasif. La cause *Esso* pourrait être perçue comme une exception étant donné que la cause australienne traitait de droits accordés par la loi au sujet d'une question de préoccupation publique. Comme deux causes ontariennes ont récemment porté sur cette question, il se peut que nous ayons bientôt un courant jurisprudentiel canadien définitif.

Conseils pratiques à l'égard de la question de la confidentialité

Même lorsque les parties traitent de la confidentialité dans leur convention d'arbitrage, l'avocat d'une partie dans une procédure d'arbitrage voudra considérer les divers aspects d'une obligation de confidentialité dès le début de la procédure, puis traiter de ces questions avec l'avocat adverse et le tribunal à la première occasion. L'avocat doit considérer les questions suivantes :

- Qui sera couvert par l'obligation ou l'ordonnance de confidentialité?
 - Fera-t-elle uniquement référence aux parties?
 - Qu'en est-il des arbitres?

- Doit-elle également mentionner les témoins, experts et/ou tierces parties ayant accès aux documents?

- De quoi l'ordonnance de confidentialité doit-elle traiter?
- Du fait que l'arbitrage ait lieu? Il arrive souvent que cet élément soit écarté étant donné que les parties sont tenues de divulguer l'existence de l'arbitrage aux investisseurs, assureurs ou tribunaux et, par conséquent, au public au cas où des mesures provisoires sont recherchées, s'il existe un besoin de recourir à un tribunal pour la nomination d'un arbitre ou de faire reconnaître ou d'exécuter la décision arbitrale.
- L'identité des arbitres?
- Les actes de procédure?
- Les observations orales et écrites de l'avocat?
- Les déclarations des témoins?
- Les transcriptions des interrogatoires préalables, le cas échéant?
- Toute information fournie par les parties au cours de l'arbitrage (c.-à-d. la communication des documents)?
- Le contenu de la décision arbitrale ou de toute ordonnance?

Le choix de la loi peut être influencé dans la mesure où la confidentialité est protégée par la loi d'une juridiction particulière. Cela dit, on ne peut simplement présumer qu'un arbitrage tenu à Londres sera unanimement soumis aux normes de confidentialité anglaises, étant donné qu'un différend en matière de confidentialité ne sera pas nécessairement entendu dans les tribunaux nationaux du lieu de l'arbitrage. Il pourrait être soulevé dans le cadre d'une action coercitive pendante ailleurs ou dans le pays où l'information confidentielle est divulguée.

- Quelles mesures, le cas échéant, seront mises en place pour assurer la confidentialité?
 - Les documents porteront-ils la mention « confidentiel »?
 - Y aura-t-il des restrictions quant à la façon dont les documents sont transmis (c.-à-d. aucune transmission

par courriel) et aux personnes qui y ont accès?

- Y aura-t-il une limite en matière de photocopies et les documents seront-ils retournés aux termes des procédures afin d'être détruits?
- Les experts et témoins signeront-ils un engagement de non-divulgation?

Exposition de la confidentialité à un risque – Recherche d'un allègement auprès de la cour

Bien que les parties puissent choisir d'arbitrer un différend dans le but de s'assurer que les détails de ce dernier ne sont pas soumis à l'examen du public, les parties doivent être pleinement conscientes du fait que tout recours aux tribunaux à des fins de mesures provisoires, de nomination d'un arbitre, de résolution de litiges procéduraux, de contestation juridictionnelle ou de reconnaissance et d'application de la sentence finale, expose la confidentialité de l'arbitrage à un risque sérieux. Par exemple, dans le cadre des procédures d'exécution et de reconnaissance en Ontario, les parties sont tenues de déposer une copie de la décision arbitrale complète auprès de la cour. La décision arbitrale contient habituellement une description détaillée de la preuve déposée par les parties et des positions adoptées, soit deux des

nombreux éléments que les parties tentent souvent de soustraire à la vue du public.

Une partie peut tenter d'obtenir une ordonnance de mise sous scellés de la cour dans le but de maintenir la confidentialité de la procédure d'arbitrage, mais un tel allègement peut s'avérer difficile à obtenir, car il s'oppose au principe d'ouverture des tribunaux. Dans le but d'obtenir une ordonnance de mise sous scellés au Canada, la partie requérante devra satisfaire au test énoncé par la Cour suprême du Canada dans la cause *Sierra Club du Canada c. Canada (ministre des finances)*³⁸ et démontrer :

- qu'une telle ordonnance est nécessaire afin de prévenir un risque sérieux pour un intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans un contexte litigieux, car des mesures de rechange raisonnables ne peuvent écarter le risque;
- Les effets bénéfiques de l'ordonnance de confidentialité, y compris les effets sur le droit des plaideurs civils à un procès juste, l'emportent sur ses effets préjudiciables, y compris les effets sur le droit à la liberté d'expression, qui dans ce contexte inclut l'intérêt du public dans des procédures judiciaires ouvertes et accessibles.

Il existe un nombre limité de causes canadiennes³⁹ dans le cadre desquelles les tribunaux ont songé à accorder une ordonnance de mise sous scellés dans le contexte d'une procédure d'arbitrage confidentielle. Toutefois, étant donné la décision de la cour suprême dans la cause *Sierra Club reconnaissant l'importance des accords de confidentialité dans les transactions commerciales et la tendance générale des tribunaux quant à la reconnaissance de l'importance de l'arbitrage commercial, il existe des arguments persuasifs à faire valoir en faveur de l'accord d'un tel allègement, particulièrement lorsque les parties possèdent une entente claire respectant la confidentialité de la procédure arbitrale. Au moment de la préparation d'une convention d'arbitrage, une partie peut songer à inclure une disposition voulant que les parties conviennent d'une ordonnance de mise sous scellés si l'une des parties cherche à en obtenir une. Bien qu'il soit permis de penser qu'elle est non déterminative, une telle convention pourrait certainement faciliter une telle application.*

Mandy E. Moore est associée et avocate plaidante en matière commerciale au bureau d'Ottawa de Borden Ladner Gervais LLP.

¹ S.O. 1991, c. 17.

² R.S.O. 1990, c. I-9.

³ *Supra*, note de bas de page 2.

⁴ Tel qu'intégré dans la *Loi sur l'arbitrage commercial international*, *supra*, note de bas de page 3.

⁵ R.S.B.C. 1996, c. 55.

⁶ Article 25. Disponible en ligne. http://www.bcicac.com/bcicac_dap_dca_rules.php.

⁷ R.S.B.C. 1996, c. 233.

⁸ Disponible en ligne : http://www.iccwbo.org/uploads/Court/Arbitration/other/rules_arb_english.pdf.

⁹ Disponible en ligne : <http://www.adr.org/sp.asp?id=33994>.

¹⁰ Disponible en ligne : http://www.lcia.org/ARB_folder_arb_english_main.htm.

¹¹ Disponible en ligne : <http://www.sccinstitute.com/>

¹² filearchive/2/21686/2007_arbitration_rules_eng.pdf.

¹³ Disponible en ligne : <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>.

¹⁴ Disponible en ligne : <http://www.cpradr.org/ClausesRules/2007InternationalArbitrationRules/tabid/291/Default.aspx>.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ *Supra*, note de bas de page 9.

¹⁷ *Supra*, note de bas de page 10.

¹⁸ *Supra*, note de bas de page 11.

¹⁹ *Supra*, note de bas de page 10.

²⁰ *Supra*, note de bas de page 12.

²¹ *Supra*, note de bas de page 13.

²² Disponible en ligne : <http://www.adrcanada.ca/rules/documents/ArbRules08.pdf>.

²³ *Supra*, note de bas de page 9.

²⁴ *Supra*, note de bas de page 14.

²⁵ *Supra*, note de bas de page 10.

²⁶ *Supra*, note de bas de page 13.

²⁷ *Supra*, note de bas de page 23.

²⁸ *Supra*, note de bas de page 11.

²⁹ [1998] 2 All ER 136 (CA).

³⁰ 9 U.S.C. Section 1 et seq.

³¹ 118 F.R.D. 346 (D. Del., 1988).

³² (1995) 183 C.L.R. 10.

³³ [2006] N.S.W.C.A. 322.

³⁴ (1999), 45 O.R. (3^e) 183 (C.S.J.).

³⁵ (2004), 73 O.R. (3^e) 787 (C.S.J.).

³⁶ (2009), 66 C.R.C. (6^e) 37 (C.S.J.).

³⁷ [2009] O.J. 697 (C.S.J.).

³⁸ [2002] 2 R.C.S. 522.

³⁹ Se reporter par exemple à, 887574 Ontario Inc. c. Pizza Pizza, [1994] O.J. n° 3112 (Div. gén.) et L.P.I. c. 000 Alberta Ltd., [2005] A.J. n° 54 (CA).

Externalisation des services de l'IAMC



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

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

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



My Misconceptions of the Law

This is a revised version of a paper delivered to law students at the University of Notre Dame de la Paix in Namur, Belgium in March 2008.

William G. Horton, FCIArb, Barrister, Arbitrator, Mediator, wgh@wghlaw.com

I was delighted to receive an invitation to address law students in Namur, Belgium on the subject of the common law. It has given me a reason to remember that many features of the common law surprised me as a law student and an opportunity to share some of those surprises with you. It may also be of interest to students in a civil law country to have the common law system described by a practitioner within that system.

One of the wonderful things about careers in the law is that there is no one path that everyone must take. The combination of practice formats, specialties, institutions, public and private roles, domestic and international perspectives is almost infinite. Few lawyers can claim to have experienced all that the law has to offer. In my case, what began as nothing more than a search for a paying job that would give me time to do the things I really enjoyed in life has become a defining identity. The law has also provided me with an endless source of fascination and contemplation, beyond the cases in which I have been employed by clients. I would like to share with you some insights I have, or think I have, achieved in a little over 30 years of practicing law – not from the perspective of an academic or jurist, as I am neither of these, but simply from the point of view of someone who has made a life out of the practice of law.

Preconceptions and Misconceptions

Having had no prior exposure to the law before going to law school, I had three basic conceptions (or misconceptions) of the law which I would like to talk about today:

First, I assumed that laws were written down and could at any point in time be established with some degree of certainty based upon a written text. Examples I probably had in mind were the Ten Commandments and the laws of the Old Testament, criminal law as depicted in movies and on television, the rules of the road when driving and the perhaps rules of board games like chess or Monopoly.

Second, I imagined that laws were made by sovereign or legislative bodies (which in the case of democracies were elected to serve that function) and that they were applied by judges who had no ultimate responsibility for the fairness of the law itself but who were obliged to apply it objectively and even handedly.

Third, I thought that law consisted almost exclusively of rules that told people how to behave and how not to behave in the conduct of their lives and businesses. If I was even aware of procedural law, I would have assumed it was of secondary importance in that it just dealt with how the court process is administered.

All of these have turned out to be misconceptions about the law, at least as it exists in a common law setting and specifically as it applies to the role of common law judges and to the rules of procedure which they administer.

Revised Expectations

In my very first days of law school, I began to realize that my expectations of the law would have to be seriously revised. I recall an introductory lecture by Gerald LeDain, who was dean of the law school and an eminent lawyer and academic specializing in constitutional and administra-

tive law. He spoke at length and in a very inspiring manner about the law, but one comment struck home and stayed with me throughout my career. He said that in order to succeed in the practice of law one must learn to live with ambiguity. Ambiguity? I had come to law school expecting to find clarity.

Later in the same week I was shocked to discover that if an owner had a written contract to have a certain brand of plumbing installed in a new building and a different brand was used, the owner might not be able to have the plumbing removed and replaced with the right brand if it was not “reasonable” to do so. Reasonable? There was no concept of “reasonableness” in the Ten Commandments.

Then I found myself enrolled in mandatory courses in civil and criminal procedure and evidence which only dealt with what happened in the court process. I was introduced to the famous book, *The Forms of Action*, by Maitland in which the learned author asserted that: “Substantive law is secreted in the interstices of procedure”,¹ meaning that what we know as substantive law is what comes out between the spaces created by procedural rules. It seemed that in some ways procedural law may actually be more important than substantive law.

But that was just the beginning. Soon I was plunged into learning the law mostly by studying the decisions of judges who often seemed to disagree with each other quite passionately about the content of the law, or who openly advocated changing it. Many laws seem to have been made by judges and those laws could be changed by judges.

These changes in judge made law were not made in an organized way but based on the facts of individual cases and the arguments of particular lawyers whose sole objective was to win the case for their clients of the day. When the judges decided to change the law, they applied the new law not only to future cases but to the very case in which they decided to change the law. Therefore, the law in its modified form did not really exist except in some platonic sense, and did not exist at all in writing, at the time of the conduct being judged.²

While a good deal of the law was in the form of statutes and written regulations, even these were subject to quite wide ranging judicial opinions as to how they were to be interpreted.

You may think, with that type of process, that the opinions of individual judges in particular cases may not be viewed as having any particular importance when a new case was argued before another judge, but the opposite was the case. The law of precedent required that prior decisions must be carefully reviewed and considered (within certain limits as to what might constitute a binding authority) so that, in effect, all current judicial authority on a given point needed to be considered simultaneously. I quickly began to understand Dean LeDain's point about "ambiguity". And, as to "reasonableness", if judges could not agree on what was reasonable in a particular case, how were ordinary people, not trained in the law, supposed to know the limits of their rights and obligations?

The Need for Judge Made Law

The basic premise of judge made law in the common law tradition is that written laws can not function without being vigorously interpreted and supplemented by judicial decision making. There are several reasons for this.

First, there are enormous ambiguities in the English language itself and this gives rise to the need for interpretation.

Second, the strict application of any law can have harsh consequences in particular

cases. Judicially created rules of leniency, in making a given remedy either more or less easily available depending on the situation, allow for flexibility in achieving a just result.

Third, where substantial reform of a legal rule may be necessary, the legislative process may be too slow to achieve the necessary reform in a reasonable time frame.

Fourth, there has been a growing recognition in common law countries, starting perhaps in the United States but expanding to other jurisdictions, that certain fundamental values of society are better protected by the courts than they are by legislatures.

I would like to say a few words about each of these four reasons for judge made law.

Interpretation and Precedent

Just to cite one example relating to the inescapable ambiguity of language, the words "or" and "and" have clear primary meanings with the former being disjunctive (items in the list are alternatives to each other) and the latter being conjunctive (items in the list are cumulative). However, it is easy to cite many examples where the meanings of these words are interchangeable. Imagine that the Department of Immigration in the United States published a regulation that said that admission to the United States would be granted to the world's "tired, poor and huddled masses". Would this mean that only people who are tired and poor and in huddled masses will be admitted? Or does it mean that huddled masses will be admitted if they contain tired and/or poor people but not otherwise? Or will people who are tired or poor (but not necessarily both) be admitted even though they are not in huddled masses? As you can see, the need for judicial interpretation of written statutes and contracts is unavoidable.

Once a court has arrived at an interpretation of a statute, the law of precedent operates in this as in all areas of judge made law. Decisions by judges of the same level of court are not binding but judges do not generally depart from them without good

reason. Each judge is bound by prior decisions of a higher court in the same jurisdiction. Decisions of any court (whether or not in the same province, state or country) may be considered persuasive if they are dealing with the same or a very similar point. Once a judicial interpretation of a statute becomes established, it can only be changed by a subsequent decision of a higher court or by legislation. However, the House of Lords in England³ and the Supreme Court of Canada⁴ have both given themselves the right to reverse a prior decision made by them.

When interpreting a contract, the law of precedent is active even though a subsequent case will probably be dealing with a completely different contract. This is because the principles of contract interpretation themselves are a form of judge made law. For example, the rules relating to when a party can refer to documents other than the written contract ("extrinsic evidence") in order to interpret the meaning of the contract or when the court may imply a term into the contract with respect to a matter which is not expressly dealt with in the contract are rules that have been created by judges. As with many judge made rules, the actual application of these rules in any given case can be very subjective and uncertain. In order to admit extrinsic evidence, the judge must find the written contract "ambiguous". In order to imply a term into a contract, the judge may have to find that the addition of the term would have been "obvious" if the parties had turned their mind to it.⁵ Clearly, these are concepts about which even reasonable people could disagree – and lawyers involved in litigation are hardly ever reasonable!

Flexibility and Fairness

The need for judicial decisions that reduce the harshness of laws when they are applied to specific cases has a long history. Until 1873 two court systems existed in England. One was the Common Pleas court system which was based on very specific laws and procedural rules and the other was a Chancery Court system that was not bound to the technicalities of the Common Pleas system. The Court of Common Pleas administered the "common law" whereas the Court of Chancery administered "eq-

uity". Harsh results that occurred in the Common Pleas court system could actually be over-ruled in the Chancery system, but proceedings in two different courts were needed to access the full range of remedies.

For example, contract terms such as penalties or rights of forfeiture were strictly enforced by the Court of Common Pleas whereas the Court of Chancery could set aside a contract that was unconscionable or grant relief against a penalty or right of forfeiture. The Court of Chancery also had broader powers to enforce contractual rights when justice so required. For example, the Court of Common Pleas could only award damages for breach of a contract. In Chancery Court a party could get an order forcing the other side to do what they promised to do (or not to do) by granting an order of specific performance or an injunction.

The Court of Chancery developed its own rules for the availability of its equitable remedies. For example, equitable relief would only be granted if damages were not an adequate remedy. The party applying for an equitable remedy also had to have "clean hands". In other words, the person applying for the remedy had to have behaved fairly towards the other party. The most important point was that equitable remedies were never available in Chancery Court as a matter of right. It was always in the discretion of the judge whether or not to grant the remedy based on a consideration of all the circumstances. Over time, broad principles evolved which were regarded as the "correct principles" upon which to exercise such discretion, and these made it possible for appellate courts to exercise some control over the exercise of equitable discretion by judges of lower courts.

In 1873, the two court systems were merged and all remedies could be pursued in a single court. Technically, the principles applicable to common law and equitable remedies remained separate, but all remedies were administered simultaneously by the same judges in the same court. As a practical matter, there can be no doubt that the concurrent administration of both law and equity over the last 135 years has contributed a great deal to the development of

a form of judging known as "judicial activism" in which common law judges feel empowered to adapt existing laws (especially, but not only, judge made laws) and to develop new laws in such a manner as to be able to do justice in individual cases.

It is often a characteristic of new judge made laws that they do not provide a rule in the form of a categorical statement but rather as a list of factors for the court to take into account in determining whether or not to provide a remedy. This feature of the common law was perfectly expressed by Justice Beverley McLachlin, before she became Chief Justice of Canada, in the case of *Peel (Regional Municipality) v. Canada*⁶ when she said:

The courts' concern to strike an appropriate balance between predictability in the law and justice in the individual case has led them in this area, as in others, to choose a middle course between the extremes of inflexible rules and case by case "palm tree" justice. The middle course consists in adhering to legal principles, but recognizing that those principles must be sufficiently flexible to permit recovery where justice so requires having regard to the reasonable expectations of the parties in all the circumstances of the case as well as public policy. Such flexibility is found in the three-part test for recovery enunciated by this court in cases such as [Petkus v. Becker, [1980] 2 SCR 834].

Gradually the discretionary as opposed to the categorical approach to the application of the common law has gained the upper hand. Clearly this emphasizes the role of the judges in the legal process. It also adds an element of uncertainty. Parties to a dispute view legal tests subjectively and generally feel that subjective factors favour their position; but they cannot be sure until the final judicial pronouncement on the case is made. Another important byproduct is that advocacy in the courts focuses to a much larger degree than would otherwise be the case on influencing the discretionary powers of the courts.

These are legacies of the tradition of the Court of Chancery and the laws of equity.

Expedited Reform

With the increasing rapidity of commercial, social and technological change, the need for reform of laws affecting everyday legal issues is often neglected by legislatures in favour of more high profile political issues. Often, judges are confronted with an evident need for greater access to justice and legal redress than the legislative process is likely to provide in a timely fashion.

The most famous example is perhaps the case of *Donoghue v. Stevenson*.⁷ Prior to the decision of the English House of Lords in the *Donoghue v. Stevenson* case in 1932 no legal right existed for a consumer to sue the manufacturer of a product. Liability could only be based in contract and since, in mass market economies, no contract normally exists directly between the consumer and the manufacturer, a consumer had no right of action for the defective manufacture of a product.

In the *Donoghue v. Stevenson* case, a young woman claimed she was made ill by a snail that was found in a bottle of ginger beer which she was drinking. The manufacturer tried to have the case thrown out of court on the basis of the existing law. However, the court found that the law of negligence was broad enough in its purposes and principles to allow for such a claim. The court founded its revolutionary holding on the basic principle that a duty of care was owed to those who could be expected to be harmed by a negligent act.

This principle of "proximity" as a basis for the new form of extended liability was explained by the court in its reasons as analogous to the parable of the Good Samaritan in the New Testament. This is a fascinating explanation of the basis of the decision for a reason which may or may not have been intended by the Court. The parable of the Good Samaritan is told in the New Testament in the context of a comment that all of the laws of the Old Testament are summarized in two overarching principles "Love your God and love your neighbour". The parable was then told in answer to the question "Who is my neighbour."

Thus the parable of the Good Samaritan illustrates both the legal principle put forward by the court in *Donoghue v. Stevenson* and the method of law reform by which the principle was derived in that case. Judge made law in the common law tradition is constantly searching for those few fundamental principles of justice which underlie the array of specific rules of law which have been handed down over the years. (The continuing search for a generalized principle of “good faith” in contractual dealings in Canadian common law is a current example of this phenomenon.⁸) The objective is to free judges to achieve what they perceive to be just outcomes in specific cases while still operating within broadly stated principles of law.

This flexibility allows judges to apply the common law in a way that meets modern conditions, for example the need to protect consumers in a mass market environment. A byproduct of this juridical flexibility is that advocates in the common law system are less inclined to feel constrained by the law in advancing their cause if they feel that they have a case which will appeal to the sympathies of the court. This approach is not always rewarded, but it meets with success often enough to make it a viable and widespread strategy.

Donogue v. Stevenson established that the law of negligence does not only exist in discreet categories of wrongs but is in fact an open ended principle of legal redress. On the other hand, much of the common law jurisprudence relating to negligence following *Donoghue v. Stevenson* had been pre-occupied with defining the extent and limits of what one might call the “unified field theory” of negligence law proposed by that case. Those limits have been far from certain as, for example, litigation relating to the liability of accountants for negligently prepared financial statements for public companies has demonstrated. Common law courts have found it necessary to say in effect that the extent of damages in those cases will be limited by “public policy” considerations so as to avoid “liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class”⁹.

Fundamental Rights and Freedoms

The fourth basis for judge made law is the protection of fundamental rights and freedoms. This is the area in which common law courts receive the greatest criticism from those who oppose judicial activism. Usually, this criticism is voiced on the basis that the courts are acting in an anti-democratic manner when, for example, they strike down popular laws passed by the government on the basis that they discriminate against minorities. What is usually forgotten is that these powers are now exercised by the courts as a result of constitutional instruments and enabling legislation by which the democratic institutions of the state have conferred those very powers on the court. Among those instruments are the Constitution of the United States of America, the Canadian Charter of Rights and Freedoms of 1982 and the United Kingdom Human Rights Act of 1998.

It must be said that the record of the Canadian courts was not consistent on social issues and the issues of individual rights and freedoms prior to the adoption of the Charter of Rights and Freedoms as part of the Constitution of Canada.¹⁰ Bora Laskin was one Canadian jurist who made an outstanding effort to advance the law beyond its previous boundaries. However, his judicial opinions were frequently written as dissenting judgments, even after he became Chief Justice of Canada. It is rumoured that one of the reasons he was appointed to that position was because Pierre Trudeau, the Prime Minister of Canada at the time, admired his judicial principles, especially as expressed in a dissenting judgment in the case of *Murdoch v. Murdoch*.¹¹ In that case, Justice Laskin tried to change the previous law which said that a woman’s work in the home should not be given any economic value when a married couple separates. Even though Justice Laskin did not persuade his colleagues on the Supreme Court to change the law, he became Chief Justice of Canada and the law was changed by legislation across Canada to accord with his opinion.

The following quotation from a legal article written by Professor Laskin, as he then was, on the occasion of the abolition of

appeals from the Supreme Court of Canada to the Privy Council in England, perfectly expresses the aspect of judicial decision making to which I am referring and his own attitude towards the role of the courts, especially the role of the Supreme Court of Canada:

“It will be unfortunate if the Court’s vision is limited by the range of existing case law, whether it be English, or Australian, or whether it comes from the United States or some civil law country. A final court, like a legislature, may be expected to make its own assessment of our current social problems and give us its own solutions.”¹²

In the new era of the Charter of Rights and Freedoms, the Supreme Court of Canada has become extremely active in protecting the rights of vulnerable minorities. It has made landmark decisions (which have achieved international recognition) with respect to access to abortion¹³, the rights of same sex couples¹⁴, the rights of those accused of terrorism and other criminal acts to fair proceedings,¹⁵ etc.

One might expect that giving courts a mandate to decide such politically volatile issues might lead to an undermining of the courts’ perceived position as neutral or non-partisan arbiters of legal rights. However, although pockets of dissent within public opinion can always be found, that has not been the consensus in Canada to this point. Whether or not it has undermined the vigour and relevance of the political process in dealing with issues of fundamental social justice is another matter.

Substantive and Procedural Law

I would now like to say a few words about my original misconception that procedural law is only of secondary importance within the law as a whole. I have already mentioned the historical importance of procedure when I talked about the merger of the Court of Common Pleas and the Court of Chancery. When we consider that in most common law jurisdictions about 95% of all cases before the court settle, we realize that most cases are resolved after exten-

sive procedural steps are taken, but without any court judgment on the substantive legal rights of the parties. Therefore, 95% of all cases are resolved by the direct application of only procedural law. It may be said that settlements are influenced by the substantive law indirectly in that the parties take that into account when settling their cases. This must be true to some degree. Nevertheless, it must also be said that the uncertainty of the law and how it will be applied in the individual case is also a factor in many if not most settlements.

Most pre-trial discovery procedures in common law countries, which are so foreign to civil law countries, are actually designed to allow the parties to obtain enough information to settle the case without the court having to make a decision on the merits. By contrast, procedures in civil law countries seem to be focused on getting enough information to the court so that the court can decide the case.

One view is that most cases do in fact settle because pre-trial discovery procedures work so well. Another interpretation is that the common law world is so over-laden with pre-trial procedures, and lawyers are so adept at using them in cases where their clients have the weaker case, that parties to litigation (especially less wealthy parties) are financially overwhelmed by the costs and uncertainty and are forced (or, at any rate, well advised) to settle before they can get a judge to actually decide the case. Personally, I am inclined to the view that the latter scenario is all too common. Indeed, most common law systems now feature extensive programmes of judicial dispute resolution in which a judge is assigned to a case to try to persuade the parties (often quite emphatically) to settle their differences rather than having their rights adjudicated by the court.

In any event, procedural rules are vital in making it possible for claims to enter the judicial system so that they can either be resolved or adjudicated. In other words, procedural rules can facilitate access to justice. Perhaps the best example of this in the common law world today is the class action. Court decisions and consumer legislation in the passing decades since

Donoghue v. Stevenson have created a demand for ever greater consumer rights together with a demand for consumer litigation to enforce those rights. Small Claims Courts and simplified rules of procedure can play a role in creating access to justice for individual cases. However, to deal with consumer issues that arise on a massive scale, a more powerful tool is needed.

Although, class proceedings are, in theory, only a set of procedural rules they play a key role in allowing claims to be advanced which would otherwise have not existed or would have had minimal impact on changing corporate behaviour. A contrary opinion might be expressed that class actions do alter substantive rights in that they cause the rights of persons who are absent from the proceedings to be adjudicated and subject defendants to law suits at the whim of a lawyer who has the money to pursue the litigation but no real client. The debate goes beyond the bounds of this small paper, but it makes the point about procedural law being just as important as substantive law.

The Law as Science

I am always struck by references civil law lawyers make to their work being “scientific”. This term implies a degree of objective analysis and predictability which few common law lawyers would claim for the system in which we operate. In recent years, the Supreme Court of Canada and Canadian Courts of Appeal have increasingly opened up their processes to receiving evidence and submissions from other affected parties and interest groups in cases which involve significant principles of law. In addition the Courts have access to the work of law reform bodies, institutions and academics in formulating their views on changes to the law. In this manner, Canadian courts are more open to receiving information that may have been validated to a degree by the social sciences. However, the basic common law decision making process remains unaltered, certainly from the perspective of the practitioner.

Although the common law might not be scientific in its essential procedures, there are two theories of modern science that

perfectly explain key aspects of the common law, especially the crucial role that judges and procedure play in administering the rule of law.

As in evolutionary theory, the common law is based on incremental changes to the law which occur over a very wide range of judicial decisions in hundreds of thousands of cases. Not all of those changes are passed on to future generations of judicial decisions. But some changes are perpetuated because they are found to be useful in achieving results which judges find satisfying in cases which come before them. Occasionally, a critical mass of changes will coalesce into a distinctly new feature of the law which will succeed or fail on the same principles. At other times, external events, such as legislative or political change will bring an abrupt end to a certain line of development or solidify and perpetuate another. The common law is, in that sense, an organic and living community of ideas about what is fair and just, ideas which are shaped by their functional relationship to the social and economic environment in which they exist.

As in quantum physics, the common law is more susceptible to probabilistic than to deterministic analysis. Some judge made laws are well entrenched and have a degree of probability, approaching certainty, that they will be applied in a given case. Other laws appear to be ripe for reform and there is a high probability that they will be changed. However, when one considers the seemingly fundamental common law principles that have been changed by the judge made law over the years, it is clear that no principle of the common law is immune from change of some kind.

Much as it is postulated by quantum physics that sub-atomic particles do not occupy any particular position in the atom until they are observed, it might be argued that common law rules on any given point actually exist only when they are applied in a given case. A theory in quantum physics has recently been put forward that scientists change the future every time they observe subatomic particles because they are fixing particles in space that otherwise would not have had a fixed location. I have

no idea whether or not that theory is defensible in terms of quantum physics, but it seems incontrovertible when applied to the common law. The future of the common law is changed, however imperceptibly, every time it is observed and applied in a real case.

Conclusion

You can see that my ideas of the law before I went to law school have proven to be serious misconceptions. It may be that I have only replaced old misconceptions with new ones. On the other hand, the anxiety that one's understanding of the law may

not be vindicated in the end is common to most common law lawyers.

I hope that at the very least I have encouraged you to think about the common law and come to your own conclusions. 

1 The Forms of Action at Common Law, F. W. Maitland, Cambridge University Press, 1936.

2 Precedent in English Law, Rupert Cross, Oxford, 1968.

3 Judicial Practice Statement, House of Lords, July 26, 1966.

4 McNamara Construction (Western) Ltd. v. R., [1977] 2 S.C.R. 654, 75 D.L.R. (3d) 273.

5 For recent re-formulations of these principles by the Ontario Court of Appeal see: *Dumbrell v. The Regional Group of Companies Inc. et al* (2007), 85 O.R. (3d) 616 paras. 53 to 56 and *Ventas Inc. v. Sunrise Senior Living Real Estate Investment Trust* (2007), 85 O.R. (3d) 254.

6 [1992] 3 S.C.R. 762 at 802-803.

7 [1932] A.C. 562.

8 See the brief review of Canadian law in *Transamerica Life Canada Inc. v. ING Canada Inc.* (2003), 68 O.R. (3d) 457 paras. 45 to 53 (Ontario Court of Appeal).

9 *Ultramarine Corp. v. Touche Niven & Co.* (1931) 255 N.Y. 170, 174 N.E. 441 (US CA, 1931, per Cardozo J.); *Hercules Management Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165.

10 The Supreme Court of Canada, History of the Institution, James G. Snell and Frederick Vaughn, The Osgoode Society, 1985.

11 [1975] 1 S.C.R. 423.

12 "The Supreme Court of Canada: A Final Court of and for Canadians", Bora Laskin, (1951) 29 Can. Bar Rev. 1038 at 1046-1047.

13 *R. v. Morgentaler*, [1988] S.C.R. 30.

14 *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3 and *Hislop v. Canada (A.G.)*, [2007] 1 S.C.R. 429.

15 *Re Charkaoui*, [2007] 1 S.C.R. 350.

Mes conceptions erronées du droit

La présente est une version revue d'une conférence donné aux étudiants en droit de l'Université de Notre Dame de la Paix à Namur, en Belgique au mois de mars 2008.

William G. Horton, FCIArb, avocat, arbitre, médiateur, wgh@wghlaw.com

J'ai été enchanté d'être invité à Namur, en Belgique, afin d'entretenir les étudiants en droit de la *common law*. J'ai eu ainsi l'occasion de me rappeler plusieurs aspects de la *common law* qui m'avaient étonné alors que j'étais étudiant et de partager certaines de ces surprises avec vous. Il peut également intéresser les étudiants d'un pays de droit civil qu'un praticien d'un système de *common law* décrive ce système.

Un des aspects extraordinaire d'une carrière en droit est qu'il n'y a pas de parcours unique que tout le monde doive suivre. La combinaison des façons de pratiquer, des spécialités, des institutions, des rôles dans le secteur privé et public, des perspectives nationales et internationales est presque infinie. Peu d'avocats peuvent se vanter d'avoir connu tout ce que le droit a à offrir. Dans mon cas, ce qui n'était au départ qu'une recherche d'un emploi rémunérateur me laissant le temps de faire ce que j'apprécie vraiment dans la vie est devenu ce qui me définit. Le droit m'a également fourni une source intarissable de fascination et de contemplation, au-delà des dossiers pour lesquels mes services avaient été retenus. J'aimerais partager avec vous quelques connaissances que j'ai acquises, du moins je crois les

avoir acquises, au cours de trente années de pratique du droit - non pas du point de vue d'un théoricien ou d'un juriste, car je ne suis ni l'un ni l'autre, mais simplement du point de vue de quelqu'un qui a gagné sa vie en pratiquant le droit.

Préconceptions et conceptions erronées

N'ayant eu aucun contact avec le droit avant mon entrée à la faculté de droit, j'avais trois idées de base préconçues (ou erronées) sur le droit dont j'aimerais vous entretenir aujourd'hui.

Premièrement, je présumais que le droit était écrit et qu'il pouvait en tout temps être établi avec un certain degré de certitude d'après un texte écrit. Les exemples que je devais avoir en tête étaient les dix commandements et les lois de l'Ancien Testament, le droit criminel tel qu'il est illustré au cinéma et à la télévision, les règles de la route et peut-être des règles de jeux de société comme les échecs ou le *Monopoly*.

Deuxièmement, j'imaginais que le droit était élaboré par des organes souverains ou législatifs (qui, dans le cas de démocraties, étaient élus à cette fin) et qu'il était appli-

qué par des juges qui n'avaient en fin de compte aucune responsabilité quant à la justesse du droit en soi mais qui étaient obligés de l'appliquer objectivement et impartialement.

Troisièmement, je croyais que le droit consistait presque exclusivement de règles qui indiquaient aux personnes le comportement à suivre ou à ne pas suivre, dans la vie et en affaires. Si même j'étais au courant du droit procédural, j'aurais tenu pour acquis qu'il était d'une importance secondaire étant donné qu'il ne traitait que de l'administration du processus judiciaire.

Toutes se sont révélées des conceptions erronées du droit, du moins tel qu'il existe dans le contexte de la *common law* et, plus particulièrement, tel qu'il est appliqué au rôle des juges de *common law* et aux règles de procédure qu'ils administrent.

Anticipations revues

Dès les tout premiers jours à la faculté de droit, j'ai commencé à réaliser que mes anticipations concernant le droit devraient être sérieusement revues. Je me souviens d'un cours d'introduction donné par Gerald LeDain, le doyen de la faculté de droit, avocat et universitaire de renom, spéci-

lisé en droit constitutionnel et administratif. Il parlait du droit en profondeur et de façon édifiante, mais un commentaire m'a frappé et m'a accompagné tout au long de ma carrière. Il a dit qu'afin de réussir dans la pratique du droit, on devait apprendre à vivre avec l'ambiguïté. L'ambiguïté? Je m'attendais à trouver la clarté à la faculté de droit.

Plus tard cette même semaine, j'étais abasourdi d'apprendre que si un propriétaire avait un contrat écrit stipulant l'installation d'une marque précise de plomberie dans un nouvel immeuble et qu'une marque différente était installée, le propriétaire n'aurait peut-être pas gain de cause pour faire enlever et remplacer la plomberie par la bonne marque s'il n'était pas « raisonnable » de ce faire. Raisonnable? Il n'y avait aucun concept de « caractère raisonnable » dans les dix commandements.

Je me suis alors retrouvé inscrit dans un cours obligatoire de procédure civile et criminelle et de preuve qui ne traitait que de ce qui se passait durant le processus judiciaire. J'ai pris connaissance du célèbre livre de Maitland, *The Forms of Action*, dans lequel le savant auteur affirme que : [TRADUCTION] « le droit substantiel découle des interstices de la procédure¹ », ce qui veut dire que ce que nous appelons droit substantiel est ce qui se dégage des espaces créés par les règles procédurales. Il semblait que d'une certaine façon, le droit procédural pouvait être en fait plus important que le droit substantiel.

Mais ce n'était que le commencement. Bientôt, j'étais plongé dans l'étude du droit, surtout les décisions de juges qui semblaient souvent ne pas être d'accord et ce, assez passionnément, quant au contenu du droit, ou qui préconisaient ouvertement de le changer. Un certain droit semblait avoir été élaboré par les juges et pouvait donc être changé par les juges.

Ces changements au droit prétorien n'étaient pas apportés systématiquement mais fondés sur les faits de cas précis et les arguments d'avocats en particulier dont le seul objectif était d'obtenir gain de cause pour leurs clients du jour. Lorsque les juges décidaient de changer le droit, ils ap-

pliquaient le nouveau droit non seulement aux dossiers futurs mais aussi au dossier dans lequel ils avaient décidé de changer le droit. Ainsi, le droit dans sa forme modifiée n'existant pas vraiment sauf dans un certain sens platonique, et il n'existant pas du tout par écrit, au moment des faits que l'on était en train de juger².

Bien qu'une bonne partie du droit se trouve sous forme de lois et de règlements écrits, même ceux-ci sont l'objet de bon nombre d'opinions judiciaires divergentes quant à leur interprétation.

Vous pouvez croire, que avec un tel processus, les opinions de juges en particulier dans des dossiers spécifiques ne seraient pas considérées comme ayant quelque importance lorsqu'un nouveau dossier était plaidé devant un autre juge, mais c'est le contraire qui se passait. La doctrine du précédent requiert que les décisions antérieures soient examinées attentivement et prises en considération (à l'intérieur de certaines limites quant à ce qui peut constituer un précédent qui fait jurisprudence) afin que toutes les décisions faisant présentement autorité sur un point donné soient prises en considération en même temps. J'ai vite compris le commentaire de Dean LeDain sur l'« ambiguïté ». Ainsi, quant au « caractère raisonnable », si les juges ne pouvaient pas s'entendre sur ce qui était raisonnable dans un cas précis, comment les gens ordinaires, sans formation en droit, pouvaient-ils connaître les limites de leurs droits et de leurs obligations?

La nécessité d'un droit prétorien

Dans la tradition de la *common law*, l'hypothèse de base du droit prétorien est que les lois écrites ne peuvent fonctionner sans être vigoureusement interprétées selon le processus décisionnel judiciaire et supplées par ce dernier. Plusieurs raisons expliquent cette situation.

Premièrement, il y a d'énormes ambiguïtés dans la langue anglaise en soi ce qui soulève la nécessité de l'interpréter.

Deuxièmement, l'application stricte de toute loi peut avoir de graves conséquences dans des cas en particulier. Les règles d'assou-

plissement d'un droit trop rigide, élaborées par les juges, et qui régissent le recours à un remède donné selon la situation, donnent les moyens d'obtenir un résultat juste.

Troisièmement, lorsqu'un amendement substantiel d'une règle de droit peut devenir nécessaire, le processus législatif peut être trop lent pour parvenir à l'amendement nécessaire dans un délai raisonnable.

Quatrièmement, il y a une reconnaissance croissante dans les pays de *common law*, qui a débuté aux États-Unis mais qui s'est répandue dans d'autres pays, que certaines valeurs fondamentales de la société sont mieux protégées par les tribunaux que par les législatures.

J'aimerais ajouter quelques mots sur chacun des ces quatre fondements du droit prétorien.

Interprétation et précédent

Pour ne citer qu'un exemple de l'ambiguïté inévitable du langage, les mots « ou » et « et » ont un sens propre clair alors que le premier est disjonctif (les éléments de l'énumération sont des solutions possibles) et le second est conjonctif (les éléments de l'énumération sont cumulatifs). Cependant, il y a plusieurs exemples où ces mots sont interchangeables. Imaginez que le ministère de l'immigration des États-Unis adopte un règlement stipulant que les États-Unis accueilleront « les pauvres, les exténués, en rangs serrés ». Est-ce que cela voudrait dire que seulement des personnes qui sont pauvres, exténuées et en rangs serrés seraient accueillies? Ou que des groupes en rangs serrés seraient accueillis s'il y a parmi eux des personnes pauvres et/ou exténuées et non autrement? Ou que des personnes qui sont exténuées ou pauvres (mais pas nécessairement les deux) seront accueillies bien qu'elles ne soient pas en rangs serrés? Comme vous pouvez le constater, l'interprétation judiciaire des lois écrites est une nécessité inévitable.

Dès qu'un tribunal convient d'une interprétation à donner à une loi, la doctrine du précédent s'applique comme dans tous les champs du droit prétorien. Les décisions ne lient pas les juges du même tribunal

mais ils ne s'en écartent pas sans raison valable. Chaque juge est lié par les décisions antérieures des tribunaux supérieurs de la même juridiction. Les décisions de tout tribunal (que ce soit ou non de la même province, du même état ou pays) peuvent être considérées comme persuasives si elles traitent du même point ou d'un point très semblable. Dès qu'une interprétation judiciaire d'une loi est établie, elle ne peut être modifiée que par une décision subséquente d'un tribunal supérieur ou par la législation. Cependant, la Chambre des lords en Angleterre³ et la Cour suprême du Canada⁴ se sont toutes deux décernées le droit d'infirmer toute décision antérieure rendues par elles.

Lors de l'interprétation d'un contrat, la doctrine du précédent est présente même si un cas subséquent concernera probablement un tout autre contrat. Il en est ainsi parce que les principes d'interprétation des contrats sont eux-mêmes une forme de droit prétorien. Par exemple, les règles régiissant quand une partie peut faire appel à des documents autres que le contrat écrit (« preuve extrinsèque ») dans le but d'interpréter la teneur du contrat ou lorsque le tribunal peut décider qu'un terme est implicite dans un contrat à l'égard d'une matière qui n'est pas expressément traitée dans le contrat sont des règles qui ont été élaborées par des juges. Comme plusieurs des règles élaborées par des juges, la véritable application de ces règles à un cas précis peut être très subjective et incertaine. Pour admettre la preuve intrinsèque, le juge doit trouver que le contrat écrit est « ambigu ». Pour décider qu'un terme est implicite dans un contrat, le juge devra peut-être décider que l'ajout du terme aurait été « évident » si les parties y avaient pensé⁵. Manifestement, ce sont des concepts sur lesquels même des gens raisonnables peuvent ne pas s'entendre - et, dans un litige, les avocats ne sont presque jamais raisonnables!

Souplesse et justesse

La nécessité de décisions judiciaires qui diminuent la rigidité des lois lorsqu'elles sont appliquées à des cas spécifiques existe depuis longtemps. Jusqu'en 1873, il y avait deux systèmes judiciaires en Angleterre. L'un était le système judiciaire des plaids

communs qui était fondé sur des lois et des règles de procédure très spécifiques et l'autre était le système de la Cour de la Chancellerie qui n'était pas lié par les technicalités du système des plaids communs. La Cour des plaids communs administrait la *common law* alors que la Cour de la Chancellerie administrait l'« *equity* ». Les résultats sévères qui survenaient dans le système de la Cour des plaids communs pouvaient être infirmés par le système de la Chancellerie, mais des procédures devant les deux différentes cours étaient nécessaires pour avoir accès à tous les recours.

Par exemple, des modalités de contrat telles que les pénalités ou des clauses de confiscation étaient strictement appliquées par la Cour des plaids communs alors que la Cour de la Chancellerie pouvait écarter un contrat qui était abusif ou décerner une réparation à l'encontre d'une pénalité ou d'un droit de confiscation. La Cour de la Chancellerie avait également des pouvoirs plus étendus en matière de respect des droits contractuels lorsque la justice l'exigeait. Par exemple, la Cour des plaids communs pouvait uniquement accorder des dommages pour bris de contrat. Devant la Cour de la Chancellerie, une partie pouvait obtenir une ordonnance obligeant l'autre partie à faire (ou à ne pas faire) ce à quoi elle s'était engagée par l'octroi d'une ordonnance d'exécution en nature ou d'une injonction.

La Cour de la Chancellerie a établi ses propres règles pour avoir droit à ses recours en *equity*. Par exemple, un recours en *equity* n'était accordé que si des dommages n'étaient pas une solution appropriée. La partie demandant un recours en *equity* devait aussi avoir les « mains propres ». Autrement dit, la personne demandant le remède devait avoir eu un comportement juste envers l'autre partie. Le point le plus important est que les recours en *equity* n'étaient jamais accordés de plein droit par la Cour de la Chancellerie. Il relevait toujours de la discréption du juge d'accorder ou non le recours en tenant compte de toutes les circonstances. Au fil du temps, se sont dégagés des principes généraux considérés comme les « principes justes » en vertu desquels une telle discréption pouvait s'exercer et ils ont rendu possible aux cours

d'appel d'exercer un certain contrôle sur l'exercice de la discréption en *equity* par les juges de tribunaux inférieurs.

En 1873, les deux systèmes judiciaires ont été joints et tous les recours pouvaient être demandés devant un seul tribunal. Technique, les principes applicables aux recours de *common law* et d'*equity* demeuraient distincts, mais tous les recours étaient administrés simultanément par les mêmes juges du même tribunal. À titre pratique, il n'y a aucun doute que l'administration concurrente du droit et de l'*equity* ces 135 dernières années a contribué en grande partie à l'élaboration d'une façon de juger connue sous le nom d'« activisme judiciaire » selon laquelle les juges de *common law* se sentent autorisés à adapter le droit existants (surtout, mais non seulement, le droit prétorien) et d'élaborer un nouveau droit de façon à pouvoir rendre justice dans des cas particuliers.

C'est souvent une caractéristique du nouveau droit prétorien qu'il ne stipule pas une règle sous forme d'un énoncé catégorique mais plutôt une liste de facteurs dont le tribunal devra tenir compte en déterminant s'il y a lieu d'accorder un remède. Cette caractéristique de la *common law* a été parfaitement énoncée par madame le juge Beverley McLachlin, avant qu'elle ne devienne juge en chef du Canada, dans l'affaire *Peel (Regional Municipality) c. Canada*⁶ :

Par souci d'établir un équilibre convenable entre, d'une part, la prévisibilité dans le droit et, d'autre part, la justice dans un cas d'espèce, les tribunaux, dans ce domaine comme dans d'autres, ont opté pour un moyen terme qui se situe entre les extrêmes que représentent des règles rigides et une justice au cas par cas. Le moyen terme consiste à appliquer les principes juridiques, tout en reconnaissant qu'ils doivent présenter suffisamment de souplesse pour permettre le recouvrement lorsque la justice l'exige eu égard aux expectatives raisonnables des parties dans toutes les circonstances de l'affaire et compte tenu également de l'intérêt public. Cette souplesse se trouve dans le critère à trois volets relatif au recouvrement énoncé par notre Cour dans des arrêts comme *Petkus*

Peu à peu, l'approche discréptionnaire l'a emporté sur l'approche catégorique dans l'application de la *common law*, ce qui souligne clairement le rôle des juges dans le processus juridique, tout en ajoutant un élément d'incertitude. Les parties à un litige voient les critères juridiques subjectivelement et pensent en général que les facteurs subjectifs jouent en leur faveur; mais elles ne peuvent en être certaines que lors du prononcé final judiciaire dans leur dossier. Une autre conséquence importante est que les plaidoiries devant les tribunaux se concentrent sur le fait de tenter d'influencer le pouvoir discréptionnaire du tribunal, d'une façon beaucoup plus importante qu'il n'en aurait été autrement.

Voilà l'héritage de la tradition de la Cour de la Chancellerie et des lois de l'*equity*.

Réforme rapide

Avec la rapidité croissante de changements dans les domaines commerciaux, sociaux et technologiques, la nécessité d'une réforme du droit qui a des répercussions sur les questions juridiques de la vie de tous les jours est souvent négligée par les législatures en faveur de questions politiques qui retiennent plus l'attention du public. Souvent, les juges font face à un besoin évident d'un accès plus grand à la justice et au redressement judiciaire que le processus législatif n'est prêt à accorder en temps opportun.

L'exemple le plus célèbre est fort probablement l'affaire *Donoghue c. Stevenson*⁷. Antérieurement à la décision rendue en 1932 par la Chambre des lords d'Angleterre dans l'affaire *Donoghue c. Stevenson*, aucun droit n'existant permettant à un consommateur de poursuivre le fabricant d'un produit. La responsabilité ne pouvait se fonder que sur un contrat et puisque, dans les économies de marché de masse, aucun contrat n'existe d'habitude entre le consommateur et le fabricant, le consommateur n'avait aucun droit d'action à l'égard de la fabrication défectueuse d'un produit.

Dans l'affaire *Donoghue c. Stevenson*, une jeune femme alléguait qu'elle avait été rendue malade par un escargot qui se trouvait

dans une bouteille de bière de gingembre qu'elle avait buée. Le fabricant a tenté de faire rejeter le recours en invoquant le droit existant. Cependant, le tribunal a décidé que les objectifs et les principes du droit relatif à la négligence étaient suffisamment vastes pour permettre un tel recours. Le tribunal a fondé sa conclusion révolutionnaire sur le principe de base qu'un devoir de diligence était dû envers ceux qui pouvaient subir un préjudice à la suite d'un acte négligent.

Le tribunal a expliqué dans ses motifs ce principe de « lien de proximité » comme fondement d'une nouvelle forme de responsabilité étendue comme étant semblable à la parabole du bon samaritain dans le Nouveau Testament. C'est une explication fascinante des motifs d'une décision pour une raison voulue ou non par le tribunal. La parabole du bon samaritain est racontée dans le Nouveau Testament dans le contexte d'un commentaire à l'effet que toutes les lois de l'Ancien Testament se résument à deux principes généraux, soit « Aimez Dieu » et « Aimez votre prochain ». La parabole devait alors répondre à la question « Qui est mon prochain ? »

Ainsi la parabole du bon samaritain illustre autant les principes juridiques établis par le tribunal dans *Donoghue c. Stevenson* que le moyen de réforme du droit selon lequel le principe a été dérivé dans cette affaire. Le droit prétorien dans la tradition de la *common law* est constamment à la recherche de ces quelques principes fondamentaux de justice qui gouvernent l'ensemble des règles de droit qui ont été transmises au fil des ans. (La recherche permanente d'un principe généralisé de bonne foi dans les activités contractuelles en *common law* canadienne est un exemple courant de ce phénomène⁸.) L'objectif est de permettre aux juges d'arriver à des résultats qu'ils perçoivent comme justes dans des cas précis tout en demeurant à l'intérieur des principes de droit stipulés de façon générale.

Cette souplesse permet aux juges de mettre en application la *common law* d'une façon conforme aux exigences modernes, par exemple le besoin de protéger les consommateurs dans un environnement de mar-

ché de masse. Une autre conséquence de cette souplesse judiciaire est que les avocats dans un système de *common law* sont moins enclins à se sentir liés par le droit en plaident leur cause s'ils pensent que leur cause aura la sympathie du tribunal. Cette approche n'est pas toujours récompensée, mais elle connaît un succès assez souvent pour qu'elle soit une stratégie viable et répandue.

Donoghue c. Stevenson a établi que le droit relatif à la négligence existe non seulement dans des catégories distinctes d'injustices mais aussi qu'il est en fait un principe sans limite de redressement judiciaire. D'autre part, une grande partie de la jurisprudence de *common law* ayant trait à la négligence à la suite de *Donoghue c. Stevenson* concerne la définition de l'étendue et des limites de ce que l'on peut appeler la « théorie de champ unitaire » du droit relatif à la négligence proposé par ce cas. Ces limites sont loin d'être claires comme le démontre, par exemple, les litiges ayant trait à la responsabilité des comptables à l'égard d'états financiers de sociétés ouvertes préparés avec négligence. Les tribunaux de *common law* ont trouvé utile de préciser en effet que l'étendue des dommages dans ces cas sera limitée par l'intérêt public pour ainsi éviter d'encourir « une responsabilité pour un montant indéterminé pour un temps indéterminé à l'égard d'une catégorie indéterminée »⁹.

Droits et libertés fondamentaux

Le quatrième fondement du droit prétorien est la protection des droits et libertés fondamentaux. C'est le domaine où les tribunaux de *common law* reçoivent le plus de critiques de la part de ceux qui s'opposent à l'activisme judiciaire. D'habitude, ces critiques concernent le fait que les tribunaux agissent de façon antidémocratique lorsque, par exemple, ils annulent des lois populaires adoptées par un gouvernement parce qu'elles établissent une discrimination contre des minorités. Ce que l'on oublie souvent, c'est que ces pouvoirs sont maintenant exercés par les tribunaux grâce à des actes constitutifs et une loi habilitante par lesquels les institutions démocratiques d'un état ont conféré ces mêmes pouvoirs aux tribunaux. Parmi ces actes, notons la Constitution des États-Unis d'Amérique, la Charte canadienne des droits et libertés de

1982 et la Loi sur les droits de la personne du Royaume-Uni de 1998.

Il importe de souligner qu'avant l'adoption de la Charte des droits et libertés comme partie intégrante de la Constitution du Canada, le bilan des décisions des tribunaux canadiens en matière de questions sociales et de droits et libertés individuels n'était pas uniforme¹⁰. Bora Laskin fut un juriste canadien qui a exercé de remarquables efforts afin de faire avancer le droit au-delà des limites. Cependant, ses opinions judiciaires faisaient souvent partie de jugements dissidents, même après sa nomination de juge en chef du Canada. La rumeur veut qu'une des raisons de sa nomination à ce poste était que Pierre Trudeau, premier ministre du Canada à l'époque, admirait ses principes juridiques, surtout ceux exprimés dans son jugement dissident dans l'affaire *Murdoch c. Murdoch*¹¹. Dans ce cas, le juge Laskin a tenté de modifier le droit antérieur à l'effet que le travail d'une femme au foyer ne doit pas se voir attribuer une valeur monétaire lorsqu'un couple marié se sépare. Bien que le juge Laskin n'a pas persuadé ses collègues de la Cour suprême de modifier le droit, il est devenu juge en chef du Canada et le droit a été modifié par législation partout au Canada pour se conformer à son opinion.

La citation suivante d'un article juridique écrit par Bora Laskin, alors qu'il était professeur, à l'occasion de l'abolition des appels de décisions de la Cour suprême du Canada devant le Conseil privé en Angleterre, illustre parfaitement l'aspect de prise de décision judiciaire auquel je réfère et sa propre attitude envers le rôle des tribunaux, plus particulièrement la Cour suprême du Canada :

[TRADUCTION]

« Il serait regrettable que la vision de la Cour soit limitée par la portée de la jurisprudence existante, qu'elle soit anglaise ou australienne, ou qu'elle soit des États-Unis ou d'un autre pays de droit civil. On peut s'attendre à ce qu'un tribunal de dernière instance, à l'instar d'une législature, puisse faire sa propre évaluation des problèmes sociaux actuels et nous donner sa propre solution¹² ».

Dans cette nouvelle ère de la Charte des droits et libertés, la Cour suprême du Canada est devenue extrêmement active dans la protection des droits de minorités vulnérables. Elle a rendu des arrêts-clés (qui ont acquis une reconnaissance internationale) en matière d'accès à l'avortement¹³, des droits de couples homosexuels¹⁴, des droits à l'équité procédurale de ceux qui sont accusés de terrorisme et autres actes criminels¹⁵ etc..

L'on pourrait s'attendre à ce que le fait de donner aux tribunaux le mandat de décider de telles questions volatiles sur le plan politique contribuerait à ébranler la position des tribunaux perçue comme étant des arbitres neutres ou non-partisans du droit. Cependant, bien que des îlots de discorde puissent toujours être trouvés dans l'opinion publique, cela n'a pas été le consensus au Canada à ce jour. Que la vigueur et la pertinence du processus politique dans le traitement de questions de justice sociale fondamentale aient été ébranlées est une tout autre question.

Droit substantiel et procédural

J'aimerais maintenant faire quelques remarques sur ma conception erronée du début à l'effet que le droit procédural était d'une importance secondaire dans le contexte du droit en général. J'ai déjà fait part de l'importance historique de la procédure lors de la fusion de la Cour des plaidis communs et de la Cour de la Chancellerie. Lorsque nous tenons compte du fait que dans la plupart des juridictions de *common law* environ 95 % de toutes les causes se règlent hors cour, nous constatons que la plupart des dossiers sont réglés avant que des mesures procédurales étendues soient prises, mais sans un jugement du tribunal quant aux droits substantiels des parties. Ainsi, 95 % de tous les dossiers sont réglés par l'application directe du droit procédural seulement. On peut conclure que les règlements sont indirectement influencés par le droit substantiel dans la mesure où les parties en tiennent compte lors du règlement de leur dossier. Il doit en être ainsi jusqu'à un certain point. Néanmoins, il doit être souligné que l'incertitude du droit et comment il sera appliqué à un cas précis est également un facteur dans plusieurs sinon la plupart des règlements.

La plupart des procédures de communication préalable dans les pays de *common law*, qui sont si étrangères aux pays de droit civil, sont effectivement conçues pour permettre aux parties d'obtenir assez de renseignements pour régler le dossier sans que le tribunal ait à rendre une décision sur le fond. Par contre, les procédures dans les pays de droit civil semblent se concentrer sur le fait de rassembler suffisamment de renseignements pour que le tribunal puisse décider du dossier.

On peut croire que la plupart des dossiers se règlent en effet parce que les procédures de communication préalable fonctionnent si bien. Une autre interprétation serait que le monde de la *common law* est tellement encombré de procédures préalables, et que les avocats sont si prêts à les utiliser lorsque leurs clients présentent le moins bon dossier, que les parties à un litige (surtout les parties moins fortunées) sont accablés financièrement par les coûts et l'incertitude et sont obligées (ou du moins bien conseillées en ce sens) de régler avant qu'un juge puisse décider en fait du dossier. Personnellement, je suis enclin à penser que le dernier scénario est beaucoup trop courant. En effet, la plupart des systèmes de *common law* comprennent maintenant de vastes programmes de règlement judiciaire de différends dans lesquels un juge est nommé au dossier afin d'essayer de persuader les parties (souvent presque péremptoirement) de régler leurs différends plutôt que de laisser le tribunal trancher le débat.

En tout cas, les règles de procédures sont vitales pour que les demandes puissent entrer dans le système judiciaire afin d'être réglées ou jugées. Autrement dit, les règles de procédure facilitent l'accès à la justice. Peut-être que présentement le meilleur exemple dans le monde de la *common law* est le recours collectif. Ces dernières décennies, depuis *Donoghue c. Stevenson*, les décisions des tribunaux et la législation sur la consommation ont créées une demande de plus de droits des consommateurs ainsi que de recours appropriés pour exercer ces droits. Les Cours des petites créances et des règles de procédure simplifiées peuvent jouer un rôle dans la création de l'accès à la justice pour

des cas particuliers. Cependant, pour traiter de questions liées à la consommation qui se présentent sur une échelle massive, un outil plus puissant est requis.

Bien que les recours collectifs ne soient en théorie qu'un ensemble de règles de procédure, ils jouent un rôle clé en permettant de présenter des revendications qui, autrement, n'auraient pas existé ou qui auraient eu un impact minime sur le changement de comportement des entreprises. À l'inverse, un courant de pensée affirme que les recours collectifs modifient le droit substantiel dans la mesure où les droits de personnes qui ne sont pas parties aux procédures sont décidés et les défendeurs sont soumis à des poursuites au gré d'un avocat qui a les ressources financières pour intenter la poursuite sans avoir pour autant un vrai client. Le débat déborde le contexte de cette présentation, mais il souligne le fait que le droit procédural est presque aussi important que le droit substantiel.

Le droit comme une science

Je suis toujours étonné lorsque les avocats de droit civil qualifient leur travail de « scientifique ». Ce mot suppose un degré d'analyse objective et de prévisibilité que peu d'avocats de *common law* revendiqueraient pour le système dans lequel ils travaillent. Ces dernières années, la Cour suprême du Canada et des Cours d'appel canadiennes ont de plus en plus assoupli leurs processus pour entendre des preuves et des arguments de tiers intéressés et de groupes d'intérêts dans des dossiers qui mettent en cause d'importants principes de droit. De plus, lorsqu'elles expriment leur opinion sur les changements au droit, les Cours ont accès aux travaux des organismes, des institutions et des universitaires qui œuvrent en matière de réforme du droit. De cette façon, les tribunaux canadiens sont plus enclins à prendre en

considération des informations que les sciences sociales ont pu valider jusqu'à un certain point. Cependant, le processus de base de prise de décision en *common law* demeure inchangé, certainement du point de vue du praticien.

Bien que la *common law* ne soit peut-être pas scientifique dans ses principales procédures, deux théories de la science moderne expliquent parfaitement les aspects clés de la *common law*, plus particulièrement le rôle essentiel que les juges et la procédure jouent dans l'administration de la règle de droit.

Tout comme la théorie évolutionnaire, la *common law* est fondée sur des changements graduels au droit qui se produisent au fil d'une vaste gamme de jugements rendus dans des centaines de milliers de dossiers. Tous les changements ne sont pas transmis aux générations futures de jugements. Mais certains changements sont perpétués parce qu'ils sont considérés comme utiles afin d'obtenir un résultat que les juges trouvent satisfaisant dans les dossiers qui leur sont présentés. À l'occasion, une masse critique de changements s'unit et forme un élément distinct nouveau du droit qui réussira ou échouera selon les mêmes principes. À d'autres moments, des événements extérieurs, comme un changement législatif ou politique, causent la fin abrupte d'un certain raisonnement ou appuient et confirment un autre. En ce sens, la *common law* est un ensemble vivant et organique d'idées de ce qui est juste et équitable, des idées qui sont forgées grâce à leur relation fonctionnelle avec le milieu social et économique dans lequel elles existent.

Comme la physique quantique, la *common law* se prête mieux à une analyse probabiliste que déterministe. Une partie du droit prétorien est bien fixée et jouit d'un degré de probabilité, presque de certitude, qu'elle

sera appliquée à un cas précis. D'autres parties du droit semblent destinées à une réforme et il y a une forte probabilité qu'elles seront modifiées. Cependant, lorsque l'on tient compte des principes de *common law* qui semblaient fondamentaux mais qui ont été modifiés au fil des ans par le droit prétorien, il est clair qu'aucun principe de la *common law* n'est à l'abri d'un certain changement.

Tout comme le postulat de physique quantique qui veut que les particules subatomiques n'occupent aucune position particulière dans l'atome avant qu'elles ne soient observées, l'on peut soutenir que les règles de la *common law* sur un point donné n'existent vraiment que lorsqu'elles sont appliquées à un cas précis. Une théorie de la physique quantique récemment mise de l'avant soutient que les scientifiques changent l'avenir chaque fois qu'ils observent des particules subatomiques parce qu'ils fixent dans l'espace des particules qui autrement n'auraient pas de lieu fixe. Je n'ai aucune idée si cette théorie se défend en physique quantique, mais elle me semble incontestable lorsqu'elle est appliquée à la *common law*. L'avenir de la *common law* est changé, même de façon infime, chaque fois qu'elle est étudiée et appliquée à un cas réel.

Conclusion

Comme vous avez pu le constater, mes idées sur le droit avant que je n'entre en faculté se sont révélées de graves méprises. Il se peut que je n'ai fait que remplacer de vieilles méprises par de nouvelles. D'autre part, que notre compréhension du droit ne soit pas consacrée en fin de compte est une angoisse propre à la plupart des avocats de *common law*.

J'espère que je vous ai au moins encouragés à réfléchir à la *common law* et à tirer vos propres conclusions. ♣

1 *The Forms of Action at Common Law*, F. W. Maitland, Cambridge University Press, 1936.

2 *Precedent in English Law*, Rupert Cross, Oxford, 1968.

3 *Judicial Practice Statement*, Chambre des lords, 26 juillet, 1966.

4 *McNamara Construction (Western) Ltd. c. R.*, [1977] 2 R.C.S. 654, 75 D.L.R. (3d) 273.

5 Pour une récente re-formulation de ces principes par la Cour d'appel de l'Ontario, veuillez consulter : *Dumbrell c. The Regional Group of Companies Inc. et al* (2007), 85 O.R. (3d) 616 paragr. 53 à 56 et *Ventas Inc. c. Sunrise Senior Living Real Estate Investment Trust* (2007), 85 O.R. (3d) 254.

6 [1992] 3 R.C.S. 762 aux pages 802 et 803.

7 [1932] A.C. 562.

8 Voir le bref résumé du droit canadien dans *Transamerica Life Canada Inc. c. ING Canada*

Inc.

(2003), 68 O.R. (3d) 457 paragr. 45à 53 (Cour d'appel de l'Ontario).

9 *Ultramaras Corp. c. Touche Niven & Co.* (1931) 255 N.Y. 170, 174 N.E. 441 (US CA, 1931, le juge Cardozo); *Hercules Management Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165.

10 *The Supreme Court of Canada, History of the Institution*, James G. Snell and Frederick Vaughn, The Osgoode Society, 1985.

11 [1975] 1R.C.S. 423.

12 « *The Supreme Court of Canada: A Final Court of and for Canadians* », Bora Laskin, (1951) 29 R. du B. can. 1038 aux pages 1046-1047.

13 *R. c. Morgentaler*, [1988] R.C.S. 30.

14 *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3 et *Hislop c. Canada (P.G.)*, [2007] 1 R.C.S. 429.

15 *Re Charkaoui*, [2007] 1 R.C.S. 350.

ADR Institute of Canada Fellows

Past Presidents/ Anciens présidents

1974-1975	L. J. McGowan
1975-1976	J. T. Fisher
1977-1979	W. E. Hickey
1979-1981	P. B. Walters
1981-1981	B. V. Orsini
1981-1984	Joseph W. Myers
1984-1985	W. John C. Stikeman
1985-1986	Norman A. Richards
1986-1988	William G. Geddes
1988-1990	C. H. Laberge
1990-1991	D. C. Andrews
1991-1994	H. J. Wilkinson
1994-1995	Joanne H. Goss
1995-1997	Roman Evancic
1997-1999	Gervin L. Greasley
1999-2000	Heather A. de Berdt Romilly
2000-2001	Allan Stitt
2001-2002	Kent Woodruff
2002-2004	Barry C. Effler
2004-2007	P. David McCutcheon
2007-2009	Donald E. Short

Fellows/ Distingués

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

Professor Roger Fisher

W. John Stikeman, MBE
William G. Geddes, LL.B., BSc, Civil Eng.
C.Arb., Mediator
William R. Kay
Winston E. Hickley, LLD, FEIC, PEng.

Honorary Fellows/ Distingués honoraires

B.W. Vigrass
Past Director and Secretary, The Chartered Institute of Arbitrators
Cedric Barclay
Past President The Chartered Institute of Arbitrators
Robert Coulson
Past President American Arbitration Association
Richard J. Soper
Past President The Chartered Institute of Arbitrators

Directors Emeritus/ Directeurs émérite

Alex S. Hamilton
Andrew G. Farquharson, BSc, PEng.
Angus McClaskey
Archie M. Doyle, BSc (EE), MEIC, PEng.
Carson F. Morrison, BE, MSc, FEIC, PEng.
Clifford A. Lincoln, FCIArb, FCII, FHC.
D.M. Batten, FCIArb., FIIC.
David L. Campbell, BSc, PEng.
Douglas V. Gonder
Francois Beauregard
Frank A. Wright, LLB, FCIArb, FCIS.
Gervin L. Greasley, C.Arb.
H.D.C. Hunter, BA, MA, C.Arb.
R.F. Legget, O.C. Deng, FRSC
Robt. F. Legget
W.F. James, PhD, FRSC, PEng
William F. James
William J. Hartnett
William R. Kay
Winston E. Hickley, LLD, FEIC, PEng.





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

National Office / Bureau national

ADR Institute of Canada, Inc.
L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc.
Suite 405, 234 Eglinton Avenue East
Toronto, ON M4P 1K5

Toll-free: 1-877-475-4353
Tel: 416-487-4733
Fax: 416-487-4429
Email: admin@adrcanada.ca
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
Fax: 604-736-9233
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
Tel: 780-433-4881
Fax: 780-433-9024
Email: aams@aams.ab.ca
Internet: www.aams.ab.ca

SASKATCHEWAN

ADR Institute of Saskatchewan Inc.
Box 22015, RPO Wildwood
Saskatoon SK S4H 5P1
Tel: 306-262-0271
Toll-free: 1-866-596-7275
Fax: 306-933-2006
Email: admin@drsaskatchewan.ca
Internet: www.adrsaskatchewan.ca

MANITOBA

**Arbitration and Mediation
Institute of Manitoba Inc.**
P.O. Box 436, RPO Corydon
Winnipeg, MB R3M 3V3
Tel: 204-783-0529
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
Tel: 416-487-4447
Fax: 416-487-4429
Email: admin@adrontario.ca
Internet: www.adrontario.ca

QUÉBEC

**Institut de médiation et
d'arbitrage du Québec**
C.P. 874, Succursale B
Montréal, 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
Fax: 902-435-3084
Email: admin@adratlantic.ca
Internet: www.adratlantic.ca