Vol. 23, No. 1

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

Spring/Summer 2014 - Printemps/Eté 2014 A publication of the ADR Institute of Canada, Inc./Publié par l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

INSIDE this issue

DANS ce numéro

Message from the President 3

Message du président 4

Message from the Editor 7

Mot du rédacteur en chef 8

Quebec's Arbitration Law: Still a Unified Approach? 10
Anthony Daimsis

Le droit de l'arbitrage québécois : une approche toujours unifiée? 15
Anthony Daimsis

Roundtable Discussion On Arbitration Rules 24
Mary Comeau, LL.B., Ludmila Herbst, Marie-Josée Hogue, Stephen Morrison, LL.B., C.Arb, C.Med, FCIArb, Hon. Joseph R. Nuss, Q.C., Ad. E.

Table ronde sur les règles d'arbitrage 33
Mary Comeau, LL.B., Ludmila Herbst, Marie-Josée Hogue, Stephen Morrison, LL.B., Arb.A, Méd.A, FCIArb, Hon. Joseph R. Nuss, c.r., Ad. E.

Respect for Arbitration: Do (and Should) Canadian Courts "Stay" Out 42
Bryan C. Duguid QC, FCIArb and Shiv Ganesh, Student-at-Law, JSS Barristers

Du respect pour l'arbitrage : Choix ou devoir de surseoir des tribunaux canadiens 45
Bryan C. Duguid c.r., FCIArb et Shiv Ganesh, étudiant en droit, JSS Barristers

Unconscious Blinders and Arbitrator Decision Making: Issues and Solutions 50
Edna Sussman

Préconceptions inconscientes et prise de décision de l'arbitre : Problèmes et solutions 53
Edna Sussman

Risky Business: Why Family Mediator-Arbitrators Should Take Risk Screening Seriously ... 59
Hilary Linton, J.D., LL.B., LL.M. (ADR), Acc. FM

Affaires risquées : Pourquoi les médiateurs et arbitres agissant en matière familiale devraient prendre au sérieux le dépistage des risques 62
Hilary Linton, J.D., LL.B., LL.M. (PRD), Acc. FM

Mark your calendar to save the date!

ADRIC 2014: National Conference

For the first time, ADR Canada, in partnership with the **Canadian Corporate Counsel Association**, and in collaboration with the **International Chamber of Commerce, Canada**, presents one extraordinary event!

October 23 & 24, 2014, Montreal, Canada

For further details, see Page 5.

Marquez votre calendrier et enregistrez la date !

IAMC 2014 : La Conférence nationale

Pour la première fois, l'IAMC, en partenariat avec **l'Association canadienne des conseillers et conseillères juridiques d'entreprises**, et en collaboration avec **la Chambre de commerce internationale**, vous présente un événement extraordinaire!

les 23 et 24 octobre 2014, Montréal, Canada

Pour plus de détails, voir la page 6.

Who are we?

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

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

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

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

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

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

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

Qui sommes nous?

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

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

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

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

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

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

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

ADR Institute of Canada Corporate Members

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

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

- Alberta Energy Regulator
- Alberta Environmental Appeals Board
- Borden Ladner Gervais LLP
- Burnet Duckworth & Palmer LLP
- Canadian Institute for Conflict Resolution
- Canada Safeway Limited
- Canadian Sport Institute Pacific
- Cox & Palmer
- Davis LLP
- Dentons
- Gowling Lafleur Henderson LLP
- Imperial Oil Limited
- Ismaili Conciliation and Arbitration Board of Canada
- Insurance Bureau of Canada
- JAMS ADR Services ULC
- Norton Rose Fulbright Canada LLP
- Osler, Hoskin & Harcourt LLP
- Rogers Partners LLP
- Shell Canada Limited
- Stewart McKelvey LLP
- The City of Calgary
- Torys LLP
- TransCanada Pipelines Limited

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

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

Vol. 23, No. 1
Spring/Summer 2014
Printemps/Eté 2014

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

Executive Director / Directrice générale
Janet McKay

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

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

Administrative Assistant / Adjointe administrative
Brenda Lesperance

Layout / Mise en page
Whizard Graphics

Canadian Arbitration and Mediation Journal (ISSN 1192-537X) is published twice a year by the ADR Institute of Canada, Inc. © 2014, All rights reserved. Reproduction or transmittal, in whole or in part, in any form or by any means, or its storage in a retrieval system, without prior permission of the copyright owner in writing, is forbidden.

Le Journal canadien d'arbitrage et de médiation (ISSN 1192-537X) est publié deux fois par année par l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada inc. c2014. Tous droits réservés. Sa reproduction ou sa transmission, en tout ou en partie, sous quelque forme ou par quelque moyen, ou son stockage dans un système d'extraction, sans l'autorisation préalable du propriétaire des droits d'auteur, sont interdits.

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

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

Back issues / Anciennes copies :
www.adrcanada.ca

Message from the President

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

We are well into 2014 and have plenty to report:

In April, the Boards of Directors of ADRIC and its Ontario affiliate, ADRIO announced a move to full-time Executive Directors to lead our shared professional staff into the future. The decision is a positive move in direct response to the continued growth and success of both organizations. Mary Anne Harnick now leads ADRIO as its first full-time Executive Director, and Janet McKay has moved from the shared Business Manager role for both organizations to become the full-time Executive Director for ADRIC. These changes are designed to respond more fully to the demands of both roles, and we congratulate Mary Anne and Janet on their appointments.

The Conference Committee is working hard to bring you another extraordinary event: The ADR Institute of Canada 2014 Annual National Conference will be held in Montreal at the Hilton Bonaventure October 23-24, 2014. This year we are partnering with **Canadian Corporate Counsel Association** and will collaborate with **ICC Canada** to make all sessions the richest, most informative ever. Be sure to mark your calendar.

Just a reminder: recordings of our 2013 conference sessions are available at www.adrcanada.scholarlab.ca/ where you can view, at no charge, stimulating sessions by Justice Ian Binnie and Bob Rae. Other recordings available include ***Managing Complex, Bet-the-Farm Arbitrations; Online Dispute Resolution* and *Workplace Interventions, Commercial Arbitration;* Best Practices for Successful Mediation; Restorative Justice; Mastering the Role of Mediation Counsel** and more. These recordings have been approved for CPD credits by all Canadian law societies!

ADR Institute of Canada has recently launched its new e-newsletter, ***ADR Perspectives*** and the second issue is already available. This newsletter is designed to assist users of ADR Services. Its goal is to offer practical tips for those utilizing arbitration and mediation as well as general advice on how to prepare for ADR. ***ADR Perspectives*** is distributed to over 10,000 individuals.

The ***Canadian Arbitration and Mediation JOURNAL*** has been reinvigorated by the return of its former Editor-in-Chief William (Bill) G. Horton. Bill meets regularly with his cross-Canada Editorial Board to bring in-depth, peer-reviewed articles of interest to ADR professionals.

Visit www.adrcanada.ca regularly to learn more and stay up-to-date with news and events!

Hoping warmth has (finally) come your way,

Jim Musgrave, Q.C., C.Med

Message du président

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

L'année 2014 va bon train et nous avons tant de choses à vous dire :

En avril, les administrateurs de l'IAMC et ceux de la société affiliée ontarienne, l'ADRIO, ont annoncé la création de postes de directeurs exécutifs à temps plein. Cette décision, qui permettra un meilleur encadrement de leur personnel commun, est une réponse positive à la croissance constante et aux réussites de ces deux organisations. Mary Anne Harnick est donc devenue la première directrice exécutive de l'ADRIO et Janet McKay a troqué ses rôles de chef de la gestion des activités des deux organisations pour celui de directrice exécutive de l'IAMC. Ces changements leur permettront de répondre plus efficacement aux exigences de ces postes et nous tenons à féliciter Mary Anne et Janet pour leurs nominations respectives.

La conférence nationale annuelle 2014 de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada aura lieu à Montréal, au Hilton Bonaventure, les 23 et 24 octobre prochains et le comité organisateur travaille d'arrache-pied pour vous offrir un événement exceptionnel. Cette année, **l'Association canadienne des conseillers et conseillères juridiques d'entreprises** sera notre partenaire et, dans le but de vous offrir les conférences les plus pertinentes et les plus instructives qui soient, nous collaborerons avec **CCI Canada**. Réservez d'ores et déjà ces journées!

Rappel : Les enregistrements des conférences de 2013 sont disponibles à l'adresse suivante : *http://adrcanada.scholarlab.ca/* Vous pourrez notamment y visionner, sans frais, les conférences de Bob Rae et de l'Honorable Ian Binnie. Vous y retrouverez également d'autres enregistrements tels que : « **Managing Complex, Bet-the-Farm Arbitrations** », « **Online Dispute Resolution and Workplace Interventions, Commercial Arbitration** », « **Best Practices for Successful Mediation** », « **Restorative Justice** », « **Mastering the Role of Mediation Counsel** », etc. L'écoute de ces enregistrements permet d'ailleurs d'obtenir des crédits de formation professionnelle continue (FPC) reconnus par tous les Barreaux canadiens.

Le second numéro du tout nouveau bulletin électronique de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, intitulé « **Perspectives PRD** », est disponible dès maintenant. L'objectif de ce bulletin est notamment la publication de conseils pratiques sur l'arbitrage et la médiation ainsi que des recommandations plus générales pour bien se préparer aux PRD. Le bulletin « **Perspectives PRD** » est envoyé à plus de 10 000 personnes.

Le « **Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien** » revient en force grâce au retour de son ancien rédacteur en chef, William (Bill) G. Horton. Bill est en contact régulier avec son équipe pancanadienne de rédacteurs ce qui lui permet d'offrir aux professionnels de PRD des articles de fond, révisés par leurs pairs.

Restez à l'affût des dernières nouvelles et des événements à venir en consultant régulièrement notre site au : *www.adrcanada.ca*

En espérant que le beau temps se soit (enfin) installé chez-vous!

Jim Musgrave, c.r., Med.A.

Editorial Board/
Comité de rédaction

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

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

Members / Membres :
- Barbara Benoliel, BA, MBA, PhD, President / Présidente, Preferred Solutions Inc., Toronto
- Melissa N. Burkett, B.A. Adv., LL.M., Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Calgary
- Mary Comeau, LL.B., Norton Rose Fulbright Canada LLP, Calgary
- Stephen L. Drymer, Woods LLP, Montreal
- Fiona Hickman, B.A., M.B.A., LL.M, Toronto

2013-2014 Board of Directors / Conseil d'administration

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Louise Novinger Grant
Corporate Director / Administratrice - corporatif - AB

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

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

Karim Sunderji
Corporate Director / Administrateur - corporatif - ON

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

Other Officers / Autres administrateurs

Janet McKay
Secretary and Executive Director / Secrétaire et directrice générale

ADRIC 2014: ANNUAL NATIONAL CONFERENCE

Join us October 23rd and 24th, 2014 in Montreal for the ADR Institute of Canada's AGM and National Conference, Canada's premier ADR event!

For the first time, ADR Institute of Canada (ADRIC) is working in partnership with the **Canadian Corporate Counsel Association ("CCCA")** and in collaboration with **International Chamber of Commerce, Canada ("ICC Canada")** to create one of the most unique special interest events you will ever attend!

With **CCCA's** input and stimulating sessions for corporate counsel, and a full stream dedicated to international arbitration created by **ICC Canada**, this will be the largest, most prestigious and most important ADR event of the year.

There will be **FOUR STREAMS** of topics: **OVER 44 SESSIONS** to choose from, plus plenary sessions and excellent networking opportunities.

MARK YOUR CALENDARS so you don't miss this exceptional event: October 23-24, 2014 and pre-conference (topic TBD) on October 22.

Registrations will open soon! Visit *www.adrcanada.ca* for updates, and to learn about sponsorship opportunities. Be where the high profile professionals and most sophisticated consumers of arbitration and mediation services will be on October 23 & 24.

The Conference venue is:
Hilton Montréal Bonaventure
900, de La Gauchetière Ouest, Montréal, Québec H5A 1E4

We have a limited number of guest rooms blocked at the excellent rate of just $195 per night!

Reserve yours today via this link:
www.hilton.com/en/hi/groups/personalized/Y/YULBHHF-ADRIR-20141018/index.jhtml

We look forward to seeing you in Montreal!

IAMC 2014 : CONFÉRENCE NATIONALE ANNUELLE

Venez assister les 23 et 24 octobre 2014, à Montréal, à l'Assemblée générale annuelle (AGA) et à la conférence nationale de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, la plus importante conférence PRD cette année!

Pour la première fois, l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc. (IAMC), en partenariat avec l'**Association canadienne des conseillers et conseillères juridiques d'entreprises (ACCJE)**, et en collaboration avec la **Chambre de commerce internationale du Canada (CCI Canada)**, met sur pied un événement qui suscitera un intérêt unique et très particulier.

La participation de l'ACCJE, la tenue de séances d'information enrichissantes destinées aux conseillers juridiques d'entreprises et la présence de personnes-ressources spécialisées en arbitrage international proposées par **CCI Canada**, feront en sorte que cet événement sera le plus prestigieux et important rassemblement de professionnels et de clients de ces secteurs en 2014.

QUATRES VOLETS seront couverts : **PLUS DE 44 SÉANCES** au choix, en plus de séances plénières et d'excellentes occasions de réseautage.

MARQUEZ VOS CALENDRIERS et planifiez d'assister à cette conférence exceptionnelle : les 23 et 24 octobre 2014, avec journée pré-conférence (sujet à déterminer) le 22 octobre.

Les inscriptions vont bientôt commencer! Visitez *www.adrcanada.ca* pour restez à l'affût des mises à jour, ainsi que pour des renseignements pour devenir commanditaire. Rencontrez les 23 et 24 octobre prochains des professionnels chevronnés et des consommateurs aguerris en matière de services d'arbitrage et de médiation.

La Conférence aura lieu à :
L'hôtel Hilton Bonaventure
900, de La Gauchetière Ouest, Montréal, Québec H5A 1E4

Nous avons réservé un nombre limité de chambres pour nos invités à un excellent tarif : 195 $ par nuit! Réservez la vôtre dès aujourd'hui en cliquant sur le lien suivant :
www.hilton.com/en/hi/groups/personalized/Y/YULBHHF-ADRIR-20141018/index.jhtml

Nous espérons vous voir à Montréal!

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

Message from the Editor

Crisis=Danger and Opportunity: Dispute Resolution Today

We live in an exciting time for dispute resolution!

In light of the recent Supreme Court of Canada decision in *Hyrniak v Mauldin*, (January 23, 2014) it can no longer be regarded as alarmist to suggest that the courts and the traditional court processes for resolving civil disputes are in crisis.

In *Hyrniak* the Supreme Court of Canada has called for "cultural change" and has expressly called into question aspects of the adversarial process and the role of judges which would have been regarded, until very recently, as bedrock values of our court system. In particular, the SCC has suggested that advocates have a duty to make the dispute resolution process work efficiently and not just to do whatever is necessary and permissible within the rules to win the case. Judges are said to have a duty to pro-actively manage the case and craft a process outside of the rules of civil procedure in order to "find the facts" necessary to administer justice.

As we have been told so often, the Chinese symbol for "crisis" combines the ideas of danger and opportunity. Both are present in the current dispute resolution landscape. When institutions experience transformative change and breakdown, new ideas emerge and compete with each other to provide the solutions that previously seemed to flow incontrovertibly from established authority and received wisdom. Some of these new ideas are better than others. But they are all judged – as are those who promote them – by the degree to which they work in the real world.

In the arena of arbitration, international and domestic Canadian approaches regularly compete to take hold in the Canadian market. There are those who would like to import international approaches and institutions as an antidote to the tendency of Canadian lawyers and arbitrators to simply adopt court rules, with similar results to litigation in terms of cost and delay. Others would prefer to maintain a distinction between the two, in fear that international practice may be tainted by domestic approaches, particularly those which allow for greater court intervention in arbitrations. Still others would like to preserve a distinctive Canadian approach to arbitration that does not subject local practice and creativity, that is actually working very well, to the stifling effects of international institutions and arbitration clubs.

Anthony Daimsis has provided, in this issue of the Journal, a fascinating perspective on the tension inherent in the unification of national and international standards in his article on the initiative in the Quebec Civil Code to eliminate distinctions between international and domestic arbitration.

One of the consequences of a move away from court based dispute resolution in Canada is that parties, counsel and arbitrators are free to make up their own rules or to choose from among a number of competing "off the shelf" offerings of ready made rules. A crucial resource is information about what others are doing and how it is working out.

Mary Comeau has led a fascinating and informative roundtable discussion with respect to the subject of arbitration rules, mostly in *ad hoc* arbitration. Useful and diverse insights are provided by Stephen Morrison, Ludmila Herbst, Joseph Nuss and Marie-Josée Hogue.

Another tension we see, as arbitration emerges as an increasingly popular alternative to litigation in cases that would normally have been processed by court action, is the tendency of many judges to see arbitration as a problem rather than a solution. One reading of the *Hyrniak* case is that the SCC sees it that way, particularly in its comment that arbitration is "not the solution" because it hampers the development of the law – suggesting that it may be the civic duty of people with interesting cases to litigate them up to the SCC so that the law may be "developed".

Bryan Duguid has written a thought provoking article raising the question of respect for arbitration as a process for resolving commercial disputes, both in the legislative framework within which arbitration is conducted and the judicial process by which it is supervised.

While defending consensual dispute resolution processes it must be acknowledged that ADR processes themselves should not be free from legitimate scrutiny and criticism. One issue is whether arbitrators are truly able to rise above their biases in deciding commercial disputes. Of course the same question may be asked of judges. However, the increasingly commercialized nature of arbitration adds a special piquancy to the question. As arbitration becomes more widespread – the arbitration community itself must acknowledge the issue and be seen to address it in practice.

Edna Sussman's article is an important contribution to the effort to confront directly the issue of arbitrator bias and provide some practical advice for dealing with it.

Non-adjudicative processes for dispute resolution also have their challenges. The issue of power imbalance exists in all forms of disputes and is particularly concerning in private "consensual" processes in which the agreement of one party to the resolution can be or has been coerced. While this situation can exist even in commercial disputes, it is most virulent and dangerous in family disputes where physical or emotional abuse is a possibility.

Hilary Linton has written a compelling and thorough analysis of the considerations a mediator or arbitrator dealing with issues of abuse and power imbalance must engage.

I hope you enjoy this edition of the *Canadian Arbitration and Mediation Journal*. I am excited about all there is to talk about and debate in the dispute resolution field. I look forward to the next phase of the *Journal's* history and to publishing many of the other fine articles we already have in progress.

Mot du rédacteur en chef

Crise : Risque et occasion ou la façon actuelle de régler les différends

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

Quelle période stimulante dans le monde de la résolution des différends!

Depuis la toute récente décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Hyrniak c. Mauldin* (en date 23 janvier 2014), quiconque affirmera que les tribunaux et les procédures judiciaires traditionnelles en résolution des différents au civil sont en pleine crise ne pourra plus être considéré comme alarmiste.

Dans l'affaire *Hyrniak*, la Cour suprême du Canada fait état d'un « virage culturel » nécessaire et remet en question certains aspects du processus accusatoire ainsi que du rôle des juges qui ont, jusqu'à tout récemment, toujours été considérés comme étant des piliers de notre système judiciaire. La CSC souligne notamment que les avocats ne doivent pas se contenter d'appliquer les procédures usuelles et autorisées pour gagner leur cause. Leur devoir est d'agir de façon à régler les différends de la manière la plus efficiente possible. Les juges, quant à eux, ont l'obligation de prendre activement part aux dossiers et d'élaborer un processus parallèle aux règles de procédures civiles leur permettant d'établir les faits essentiels pour rendre jugement.

Comme vous l'avez probablement déjà entendu, le symbole chinois pour « crise » combine les concepts de risque et d'occasion. Ces deux concepts font également partie du tableau actuel en ce qui concerne la résolution de différends. De nouvelles idées tendent à émerger lorsque les institutions changent en profondeur ou connaissent des ratés. Ces idées se confrontent les unes aux autres et de nouvelles solutions émergent alors qu'auparavant elles provenaient uniquement des autorités établies ou d'idées reçues. Bien sûr, certaines de ces nouvelles idées sont meilleures que d'autres, mais elles sont toutes évaluées, tout comme ceux qui en font la promotion, en fonction de leur vrai potentiel de réussite.

Sur le marché canadien, les approches internationale et nationale canadienne en matière d'arbitrage se confrontent. Certains prônent l'importation des approches et des institutions internationales, ils voient cela comme le remède miracle contre la manie qu'ont les juristes et arbitres canadiens de se contenter d'adopter les mêmes procédures que les tribunaux, occasionnant par le fait même des résultats équivalents quant aux coûts et aux délais. D'autres souhaitent conserver une distinction entre les deux approches de peur que la pratique internationale finisse par être entachée par l'approche nationale, en particulier celles qui donnent une grande latitude à l'intervention des tribunaux en arbitrage. D'autres encore préférèrent conserver une approche canadienne d'arbitrage distincte qui n'est pas influencée par les pratiques et la créativité locales et qui a d'ailleurs déjà fait ses preuves, au lieu de se soumettre aux restrictions de l'approche internationale et des regroupements d'arbitrage.

Dans ce numéro, Anthony Daimsis propose un point de vue fascinant sur les tensions dues à l'uniformisation des standards nationaux et internationaux. C'est à lire dans son article portant sur l'initiative visant à éliminer du Code civil du Québec toutes distinctions entre arbitrage national et international.

Au Canada, un des avantages à mettre de côté les tribunaux pour régler les différends est que les parties, les conseillers juridiques et les arbitres ont le loisir de fixer leurs propres règles ou de choisir celles qui leur conviennent parmi des modèles « clés en main ». Il est donc impératif d'être à l'affût de ce que font les autres, de leurs manières de faire et des résultats qu'ils obtiennent.

Mary Comeau a présidé une table ronde particulièrement captivante et très instructive à propos des règles d'arbitrage, principalement celles d'arbitrage *ad hoc*. Stephen Morrison, Ludmila Herbst, Joseph Nuss et Marie-Josée Hogue partagent leurs différents points de vue, tous aussi pertinents les uns que les autres.

Un autre sujet délicat est la perception négative qu'ont plusieurs juges quant à l'arbitrage. En effet, l'arbitrage devient une solution de rechange de plus en plus populaire aux recours devant les tribunaux et les juges tendent désormais à considérer l'arbitrage comme étant un problème plutôt qu'une solution. En effet, à la lecture de l'affaire *Hyrniak*, il semble évident que la CSC partage cet avis, notamment dans les commentaires où il est dit que l'arbitrage « n'est pas la solution » puisqu'il entrave l'évolution de la loi. Il est sous-entendu que le devoir de toute personne ayant un cas digne d'intérêt devrait être présenté à la CSC afin de

faire « évoluer » la loi.

L'article-choc de Bryan Duguid pose la question du respect de l'arbitrage comme processus de résolution des litiges commerciaux. Tant sur le plan de la structure juridique dans lequel l'arbitrage est mené que sur celui des procédures judiciaires qui le chapeaute.

Tout en défendant les modes consensuels de résolution des différends, il faut reconnaitre que même les PRD ne peuvent pas être exemptés d'examens rigoureux et de critiques. L'un des problèmes est de déterminer si les arbitres peuvent réellement faire abstraction de leurs partis pris lorsqu'ils tranchent lors de différends commerciaux. Il va de soi que la même question peut être posée vis-à-vis les juges. Toutefois, la nature de plus en plus commerciale de l'arbitrage pimente le questionnement. Considérant la popularité croissante de l'arbitrage, il est essentiel que les membres du milieu de l'arbitrage soient conscients du problème et prêts à y remédier.

Avec son article, Edna Sussman contribue de façon significative à la lutte contre le problème que représente la subjectivité des arbitres. Elle propose notamment des conseils pratiques pour les aider à éviter le problème.

Même les conflits se réglant à l'amiable comportent des défis. Le déséquilibre des pouvoirs est un problème présent dans tous les types de conflits, mais plus particulièrement dans les cas privés et « consensuels » où le consentement d'une des parties pourrait être vicié. Dans le cas de litiges commerciaux, les conséquences sont moins graves que lorsqu'il s'agit de conflits familiaux où la violence physique ou psychologique risque d'être présente.

Hilary Linton a préparé une analyse approfondie et convaincante des mesures qu'un médiateur ou un arbitre devra prendre s'il est confronté à des situations d'abus de pouvoir ou de déséquilibre des pouvoirs.

J'espère que vous apprécierez ce numéro du *Journal d'Arbitrage et de Médiation Canadien*. J'ai hâte de constater tous les débats et discussions à venir dans le domaine en pleine effervescence de la résolution de différents. Je suis stimulé à l'idée des discussions et des débats qu'il suscitera en ce qui a trait à la résolution de différends. Il me tarde déjà d'écrire une nouvelle page dans l'histoire du *Journal* et de publier les nombreux autres articles de qualité qui sont en cours de rédaction.

Live Session Recordings from the ADRIC 2013 Conference!

ADR Institute of Canada has created recordings of important sessions from the National Conference.

These are available for purchase at an extremely affordable price. Plus, use the coupon code below to view The Honourable Ian Binnie's and the Honourable Bob Rae's keynote sessions - free. Review the diverse topics and order immediately to make them part of your personal or firm resource centre.

- Managing Complex "Bet the Farm" Arbitrations: Client, Counsel and Arbitrator Perspectives
- Thinking Outside the Litigation Box to Realize ALL Potential Benefits of Commercial Arbitration!
- Online Dispute Resolution
- Restorative Justice: a Means to Peaceful Solutions to Conflict & Crime
- Best Practices for Successful Mediation
- Mastering the Role of Mediation Counsel
- Workplace Interventions: The Use of Mediation Skills in Related Workplace Disciplines
- Mediating Workplace Disputes
- Insights on ADR
- Observations on Arbitration

To view the free recordings:

1. Go to *www.adrcanada.scholarlab.ca/*
2. Register (or login, if you have been to the site before).
3. Scroll through the catalogue and find the Observations on Arbitration by Ian Binnie or Insights on ADR by Bob Rae recordings; add them to the shopping cart by pressing the green "Buy" button. You should see the shopping cart on the right side of the catalogue.
4. Press the blue "Checkout" to proceed to the payment page.
5. Enter the Coupon Code ADRIC2013 in the space where it says "Coupon Code", then press the green "Apply Coupon" button. The discount of 100% will be reflected immediately.
6. Complete checkout by pressing the blue "Confirm Purchase" button. No need to fill out credit card information if the total is $0.

Members receive a 30% discount on all other packages and individual recordings! Follow the instructions above and use the Coupon Code: ADRIC23742

Quebec's Arbitration Law: Still a Unified Approach?

Anthony Daimsis

Anthony Daimsis is a professor at the faculty of law, common law section, University of Ottawa. He is a member of its international law group and current director of the National Program. Professor Daimsis has taught international arbitration for the past ten years at the faculty and also runs workshops on the theory and practice of international arbitration. Before teaching he worked in a leading international arbitration firm where he dealt with international commercial and investment disputes. More recently, he has been appointed as arbitrator in international commercial disputes and is on the ICDR's roster of international arbitrators.

Introduction

[1] In 1986, Parliament implemented the New York Convention by enacting *the United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act*.[1] It also adopted the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*.[2] This catapulted Canada onto arbitration's world stage.

[2] In response to Canada's ratification of the New York Convention and decision to adopt the Model Law, Quebec undertook to amend its arbitration law to meet international standards embodied in the Model Law and the New York Convention.[3] The goal was to establish Quebec as a modern international arbitration jurisdiction.[4] These amendments were intended to pursue the policies implicit in the Model Law and the New York Convention, respectively for both international and domestic arbitration.[5]

[3] Quebec's progressive decision to draft one arbitration law to govern all consensual arbitrations administered in Quebec sought to provide all parties the benefits of arbitration's extolled virtues regardless of whether parties were involved in domestic or non-domestic arbitrations. This mature approach to arbitration, unseen in the other Canadian provinces, reveals the Quebec legislator's endorsement of the arbitration process generally and the principles implicit in the Model Law specifically.

[4] It's been nearly 30 years since Canada foisted itself onto the arbitration stage and interested parties are now looking to revitalize Canada's arbitration legislation.[6] This has led some to ask whether Canada's common law provinces should follow Quebec's "unified" approach of using one arbitration law to govern all arbitrations, or maintain a segregated approach to arbitration legislation. Is Quebec's approach a model to follow? Internationally, characteristic differences between international and domestic arbitration law and practice are slowly breaking down. For example, whereas it was once anathema to *international* arbitration to permit rights of appeal, important jurisdictions and international arbitration centres are softening this once strict approach by allowing parties certain rights of appeal from their arbitration awards.[7] Domestically, many jurisdictions permit rights of appeal from domestic awards. This has often been one of many distinguishing features between domestic and international arbitration.

[5] Before making any changes, a closer look at what is really going on in Quebec may be instructive because, as this article will reveal, the original intention, purpose and significance to create singular arbitration legislation is not an objective of which many are aware, even within Quebec, despite evidence to the contrary in the form of court decisions and the Parliamentary debates leading up to Quebec amending its arbitration law in 1986. And, of equal concern, is whether Quebec's current Bill-28 *An Act to establish the new Code of Civil Procedure*, which will amend anew the provisions concerning arbitration contradict the original intention to unify domestic and non-domestic arbitration principles.

I. Quebec's Current Arbitration Framework

[6] The Quebec Code of Civil Procedure ("CCP") and the Civil Code of Quebec ("CCQ") lay down Quebec's arbitration framework. Together, these two Codes outline a party's procedural and substantive rights under Quebec's arbitration law.

[7] Procedural aspects of arbitration whether domestic, extra-provincial[8] or international are governed by the CCP, specifically Book VII, Title I.[9] Since Quebec law treats the validity of arbitration agreements as substantive law, these agreements are governed by the CCQ.[10] Quebec law houses arbitration's substantive and procedural elements in separate codes, quite successfully.[11]

[8] Quebec further distinguishes itself from Canada's other provincial legislators by not restricting its arbitration law to purely commercial matters as is done in other provinces.[12] Art. 2639 CCQ only constrains parties from arbitrating matters pertaining to an individual's status and capacity, family law and other matters of public order.[13]

II. Is Quebec's arbitration law really "international" neutral?

[9] Quebec brought its arbitration legislation up to date by relying on the principles set down in the Model Law.[14] However, the only reference to the Model Law within Quebec's laws is article 940.6 of Quebec's CCP. This provision states that where extra-provincial or international trade matters are at issue, the interpretation of Book VII, Title I, where applicable, shall take into account (1) the Model law, (2) the Report of UNCITRAL's 18th session, and (3) the 18th session's analytical commentary.[15]

[10] Understanding the purpose and scope of this provision is critical. At first glance, article 940.6 CCP appears to direct readers to seek guidance from the Model Law only where a case concerns extra-provincial or international trade matters. In other words, as one author has suggested, where an arbitration concerns "extra-provincial or international trade" a different approach is needed when applying the provisions of Quebec's arbitration law. [16] This view must be rejected. Although such a distinction is not novel under Canadian law,[17] in Quebec's case, there is no evidence of any intention to interpret Book VII provisions differently based on whether they pertain to domestic or non-domestic arbitration.

[11] During the Parliamentary debates leading to Quebec's new arbitration law,[18] Minister Herbert Marx pointed out that the Model Law's purpose was to harmonise arbitral procedure and to create uniformity within international arbitration. Minister Marx stated that since Quebec's law was nearly identical to the Model Law there was no need to draft separate legislation for domestic and non-domestic arbitration as the same principles applied to both.[19] Quebec's decision to draft one arbitration law showed that the Quebec legislator did more than merely tolerate these principles by applying them only to international disputes; it also endorsed their application to domestic disputes.[20]

[12] It is quite significant - and not widely known - that article 940.6 CCP was absent in the original proposal to amend Quebec's arbitration law.[21] It was later included because members of the drafting committee feared that arbitration specialists would shy away from Quebec since courts interpreting singular arbitration laws tended to revert to domestic concepts regardless of a given dispute's domestic or international character. To allay these fears, article 940.6 was added. This fact undermines the view that art. 940.6 CCP requires interpreting Quebec's arbitration provisions differently based on a dispute's domestic or non-domestic character. What is more, because the provisions of Book VII are based on and in many cases identical to those found in the Model Law and given that the Model Law is an international instrument manifesting uniform international principles, to apply domestic views when interpreting Quebec's arbitration provisions ignores the legislative policies that led to Quebec's amended arbitration law.[22]

[13] Finally, a careful reading of 940.6 reveals that knee jerk recourse to the Model Law was never intended, even in the face of extra provincial or international trade matters. It is important to understand what article 940.6 means when it states:

> *Where extra-provincial or international trade matters are at issue, the interpretation of Book VII, Title I,* ***where applicable****, shall take into account (1) the Model law…(my emphasis)*

Benefits of Membership with the Institute

Avantages aux membres de l'Institut

ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.
416-487-4733 — 1-877-475-4353
admin@adrcanada.ca, www.adrcanada.ca

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

- Identification comme leader en PRD
- Opportunités d'apprentissage et un réseau de contacts
- Normes d'éthique et de compétence
- Désignations accréditées (Med. A. et Arb. A.)
- Journal, manuels, règles d'administration de la PRD
- Conférences et événements régionaux et nationaux

The term, *where applicable*, is a poor translation from the French "s'il y a lieu", the wording used in the French text of article 940.6. A better translation would have been to use the words *if necessary*, which conveys more precisely this provision's original purpose to clarify that Quebec's arbitration law is based on the Model Law and that its provisions attempt to emulate those found in the Model Law.

[14] When we consider Minister Marx's directive that distinctions between domestic and non-domestic arbitration are inappropriate, and realizing why article 940.6 was inserted into Quebec's law together with a correct reading of this provision, suddenly the provision's purpose is revealed. The Model Law is the interpretive tool to use when it is *necessary* to interpret a provision of Book VII, title I of the CCP. Whether an arbitration is domestic or non-domestic is irrelevant and, in any case, recourse to the Model Law (and its *travaux)* is never compulsory. It is simply the best tool to use since Quebec's law intended to adopt the Model Law's principles.

[15] Professor Brierley confirms this when he explains that 940.6 CCP should not prevent recourse to these sources even in domestic arbitrations because Model Law tenets form an integral part of Quebec's domestic-arbitration framework.[23] Although another commentator considers art. 940.6 CCP merely as the legislator's recognition that diverse considerations can surface in non-domestic Book VII arbitrations and that these considerations require an internationalist approach,[24] it is more likely that at the very least art. 940.6 CCP supports a dialogical interpretive approach to arbitration. This approach seeks to promote modern theories of arbitration law, such as those embodied in the Model Law, in Book VII arbitrations whether domestic or non-domestic. Under this approach, courts and arbitrators gain access to considerable doctrinal writings and judicial and arbitral decisions helpful for their deliberations and useful to weave modern arbitration theory into Quebec's arbitration tapestry.[25]

[16] To conclude on this point, Quebec's arbitration law was amended to emulate and to endorse the Model Law and the New York Convention.[26] The Quebec legislator was convinced that the Model Law reflected best principles and saw fit to extend these to both domestic and non-domestic arbitration. Such an approach is consistent with drafting a single arbitration law and is reflected in Quebec's current laws. The inclusion of 940.6 to the CCP was merely to clarify the Model Law's role within Quebec's law for those who were not otherwise privy to Quebec's intention.

III. Bill-28 An Act to establish the new Code of Civil Procedure

[17] Today, Quebec seeks to amend its Code of Civil Procedure. Bill-28 will overhaul and update Quebec's procedural code, which includes many of Quebec's arbitration provisions. It is unfortunate to note that arbitration specialists were not involved directly in this overhaul.[27] It is unfortunate because as the new provisions show, the drafters of Bill-28 have also "forgotten" the history of Quebec's arbitration provisions, or have paid it no heed.

[18] Bill-28 proposes a separate chapter entitled *Special Provisions Applicable to International Commercial Arbitration*.[28] Article 649 of the amendments, removes the troublesome words "where applicable" but remains equally ambiguous. It now reads:

> *649. If international trade interests, including interprovincial trade interests, are involved in arbitration proceedings, consideration may be given, in interpreting this Title, to the Model Law on International Commercial Arbitration adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985, and its amendments.*

[19] This new chapter VIII is a step in the wrong direction for several reasons. By including a new chapter to the Arbitration book with its new title, a different regime now appears to *possibly* govern international commercial arbitrations in Quebec. The use of the word *possibly* in the previous sentence is deliberate. One is left to wonder what interpretive source a party should turn to if *consideration* is <u>not</u> given to the Model Law? In other words, if a dispute involves international trade interests and consideration is not given (for whatever reason) to the Model Law when interpreting Quebec's arbitration law provisions, what source should guide an interpretation? One that does not consider the principles of the Model Law?

[20] This can become significant since it is only in this chapter that we see a reference to the Model Law. And since the purpose of this new chapter appears to reflect what many informed arbitration parties deemed the least objectionable path,[29] the Model Law's principles may be relevant only to interpret arbitrations that are international commercial ones and possibly not relevant at all! As explained above, this is not in line with Quebec's legislative history concerning its arbitration law and would rob Quebec's courts of a treasure trove of arbitration insight and knowledge that would pre-

clude domestic arbitrations users the benefits of advanced views of arbitration theory and practice.

[21] Perhaps most troubling is that those who applaud Bill-28 for defining the term "international",[30] it is one that misses the forest for the trees. What has been overlooked is that this definition, found in article 650 of the proposed bill, itself found in this new chapter VIII, while a positive step for clarity purposes reinforces the view that a separate regime for international arbitration is at play in Quebec.

[22] The effect of Bill-28, at least as far as Quebec's arbitration law is concerned, is a move away from Quebec's progressive approach of using one set of rules to govern both international and domestic arbitration, and a move closer to the segregated approach of Canada's common law provinces. This is especially disappointing given the recent movement towards a more unified approach to arbitration, whether international or domestic. For example, even in Canada, discussions continue on whether and to what extent Canada's domestic arbitration legislation should more closely align itself with its international legislation.[31] This is not the first time that this cross pollination has occurred. Provisions of the Ontario domestic arbitration act, indeed many of Canada's domestic arbitration acts, were amended to reflect the principles found in the Model Law. For example, the decision to refer parties to arbitration in the face of valid arbitration agreements was once within the discretion of the referring court. In line with the Model Law, these provisions were amended to remove this court discretion, the effect of which was to elevate arbitration agreements to objectively enforceable agreements.[32]

[23] In the larger picture of updating an entire code of civil procedure, it is easy to understand why chapters on arbitration are not high priority. But those who believe that the proposed arbitration provisions included in Bill-28 are indeed a step backwards for Quebec arbitration law, should not shy away from voicing their concerns loudly and continuously. This contribution is an attempt to do just that.

Conclusion

[24] In 1986, Quebec emerged as a potentially remarkable seat of arbitration. Remarkable because despite what Canada's other provinces were doing, Quebec embraced fully the arbitration principles that UNCITRAL showcased to the world. It did this by drafting one law to govern both domestic and international arbitration. It took the awfully logical, yet progressive, view that if the principles that caused leading authorities from around the globe to draft a blueprint legislation that they believed best reflected the ethos of arbitration, then surely Quebec residents should equally benefit from this model arbitration law, even during a domestic arbitration. Quebec's 1986 amendments to its CCP reflected this conviction and should have signalled to the world that Quebec – and to an extent, Canada – was a centre of arbitration that would forge a path for other jurisdictions to admire. As it turns out, very few are aware of what Quebec set out to do in 1986 and if Bill-28 is any indication, fewer still seem to care.

[25] As a Canadian who travels abroad and interacts very often with other international arbitration practitioners and academics, it is always a source of pride to explain that Quebec's approach to arbitration, as reflected in its arbitration laws, is a beacon of progressive arbitration legislation. The proposed amendments found in Bill-28, if implemented, will force Canadians like me to temper our promotional pronouncements of Quebec as a progressive arbitration jurisdiction.

1 R.S. 1985, c. 16 (2nd Supp.). Canada's only declaration upon accession was that it would apply the New York Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, that were considered commercial under the laws of Canada, except in the case of the province of Quebec, where the law did not provide for such limitation.

2 As adopted by the United Nations Commission on International Trade Law in June 1985 [Model Law].

3 *An Act to Amend the Civil Code and the Code of Civil Procedure in Respect of Arbitration*, S.Q. 1986, c.73 assented to 11 November 1986. ("Amending Act"). Also see *Coderre v Coderre*, 2008 QCCA 888 at para. 48, where the court confirms that Quebec's amendments to its arbitration law were inspired by both the Model Law and the New York Convention. As this is a domestic case, we see the Court accepting that international principles apply in domestic arbitrations.

4 Indeed, as was pointed out during the Commission study leading to Quebec's new arbitration law, the Model Law's purpose to harmonise arbitral procedure and create uniformity within international arbitration was recognised. Minister Herbert Marx stated that as Quebec's law was nearly identical to the Model Law there was no need to draft separate legislation for domestic and non-domestic arbitration as the same principles applied to both and this new arbitration law was intended to propel Quebec onto international arbitration's world scene. *Commission permanente des institutions – Étude détaillée du projet de loi 91*, page 549-551. ("Parliamentary Debates")

5 Canada's remaining jurisdictions also implemented the New York Convention and adopted the Model Law using either one statute to house both legal instruments, or using separate statutes, ostensibly to reflect the differing purposes of a blueprint model law of arbitration and a more narrow international treaty. Adoption together with the Model Law: North West Territories and Nunavut, International Commercial Arbitration Act, R.S.N.W.T. 1988, c. I-6, Sch. A (in accordance with section 29 of the Nunavut Act, S.C. 1993, c. 28, the ordinances of the Northwest Territories and the laws made under them are duplicated to the extent that they can apply in relation to Nunavut, with any modifications that the circumstances require. The duplicates are deemed to be laws of the legislature and the laws made under them. This includes the International Commercial Arbitration Act of the North West Territories; Alberta, International Commercial Arbitration Act, R.S.A. 2000, c. I-5, Sch. 1; Manitoba, International Commercial Arbitration Act, C.C.S.M., c. C151, Sch. A; New Brunswick, International Commercial Arbitration Act, S.N.B. 1986, c. I-12.2, Sch. A; Newfoundland and Labrador, International Commercial Arbitration Act, R.S.N.L. 1990, c. I-15, Part I; Nova Scotia, International Commercial Arbitration Act, R.S.N.S. 1989, c.234, Sch. A; Ontario, International Commercial Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. I.9, s. 10 (by interpretation); Prince Edward Island, International Commercial Arbitration Act, R.S.P.E.I. 1988, c. I-5, Sch. A; Quebec, C.C.Q., L.Q. 1991, c. 64 and Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25 (Book VII, Title I, embodying the principles of the Model Law and the New York Convention and in particular at Book VII, Title II, Art. 948 where the Legislator has included a note referencing recourse to the New York Convention for interpretive purposes). For adoption by separate statute see Yukon, Foreign Arbitral Awards Act, R.S.Y. 2002, c. 93; British Columbia, Foreign Arbitration Awards Act, R.S.B.C. 1996, c. 154.; Saskatchewan, Enforcement of Foreign Arbitration Awards Act, S.S. 1996, c. E-9.12; Quebec, as above.

6 For example, members of the Uniform Law Conference of Canada working group on arbitration legislation, of which this writer is a member, are discussing to what extent both the international legislation and domestic legislation should reflect similar principles.

7 Hong Kong has recently amended its international arbitration act. On 10 July 2013, the Legislative Council of Hong Kong passed the Arbitration (Amendment) Bill 2013. The Arbitration (Amendment) Ordinance 2013 introduces a number of changes, including extending rights of appeal similar to those found in its domestic act. The *English Arbitration Act 1996*, at its article 69, allows very limited rights of appeal on points of law where agreed by the parties or with leave of the court, and both Australia and New Zealand appear open to allowing rights of appeal in international arbitrations. Even the US Supreme Court decision *Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576 (2008), a decision often cited to mean that appeals in international arbitrations are not appropriate is not, in fact, a decision that should be read as a complete exclusion of such a right. While Hall Street is, without doubt, a decision that says the FAA's review grounds (as it incorporates the New York Convention) can not be expanded (or, more specifically 'rewritten') by private agreement, the Court left open the possibility that if applicable state statutes applied to a case and these statutes permitted parties to amend

the review grounds (for example how both California and New Jersey arbitration statutes do), then courts should not stand in the way. The Court explained that "In holding the §10 and §11 grounds exclusive with regard to enforcement under the FAA's expedited judicial review mechanisms, this Court decides nothing about other possible avenues for judicial enforcement of awards. Accordingly, this case must be remanded for consideration of independent issues." The other possible avenues, then, could be to "seat" the arbitration in California or New Jersey, to agree to use either California or New Jersey State law on arbitration and use those "other possible avenues" for judicial enforcement. On this point see John J. Barceló III, "Expanded Judicial Review of Awards After Hall Street and in Comparative Perspective", available at: http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1069&context=clsops_papers. The ICDR, the international branch of the American Arbitration Association, has recently added rules that allow parties to opt for appellate review of their awards, albeit still within an arbitration model, based on a tribunal's errors of law, and clearly erroneous facts.

8 Different from international, extra-provincial means transactions within Canada, but not exclusively within Quebec.

9 *A. Bianchi S.R.L. v Bilumen Lighting Ltd.*, (1990) R.J.Q. 1681 (C.S.). Quebec does not actually define "international" as it relates to arbitration, save for a passing reference to international trade found in CCP art. 940.6, explained more fully below.

10 Book V, title II, chapter XVIII. Under the CCQ, arbitration agreements are defined as nominate contracts.

11 However, art. 3133 CCQ (Book X, Title II, chapter IV) elaborates on the law applicable to arbitration proceedings but also explains the interaction between the applicable law and the parties' choice of arbitration rules. As this provision reveals, distinguishing between procedure and substance is not always simple.

12 The Model Law applies to international "commercial" arbitration and those jurisdictions that merely annexed the Model Law to a statute have therefore restricted the application of their statutes to commercial disputes. For its part, the New York Convention allows states to restrict its application to commercial arbitration. In acceding to the New York Convention, Canada included a note to the effect that Quebec's law contains no such restriction.

13 An important distinction on this last restriction is included in paragraph two of art. 2639 CCQ. This paragraph allows arbitrators to apply and interpret rules of public order provided these rules are not used to finally resolve matters of pure public order. The Supreme Court of Canada confirmed this in the *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) Inc.* [2003] 1 S.C.R. 178 by sanctioning an arbitrator to apply the *Copyright Act*, R.S. 1985, c. C-42, to resolve a private dispute touching on economic consequences of the Copyright Act ((2003) RSC 17, par. 70.) *Desputeaux* was also important as it confirmed that under Quebec law, a broad approach to arbitration implies that parties are free to fashion their arbitral proceedings and that the law must support an arbitrator's decision on how best to uphold a given mandate. In fact, the Supreme Court of Canada's pronouncement merely confirms what should be gleaned by reading together arts. 2643 CCQ and 944.1 CCP.

14 An Act to Amend the Civil Code and the Code of Civil Procedure in Respect of Arbitration, S.Q. 1986, c.73 assented to 11 November 1986.

15 As private arbitration is within provincial legislators' law making power, the provisions contained in the Amending Act implemented the Model law and the New York Convention into Quebec law. In this sense, the directives contained in art. 940.6 CCP appear somewhat redundant.

16 See Babak Barin in, "Provisional Remedies in domestic arbitrations: Time perhaps for a fresh look in Quebec?", Revue du Barreau, Tome 64, Spring 2004, at page 138, where the author suggests that an arbitrator or judge "must" take into account the Model Law where the arbitration is deemed "extra provincial".

17 Every Canadian province other than Quebec has separate legislation governing domestic and international commercial arbitration. The Federal Act, which adopts the Model Law also draws no distinction between international and domestic arbitration.

18 *Commission permanente des institutions – Étude détaillée du projet de loi 91*. ("Parliamentary Debates")

19 Parliamentary Debates, page 549.

20 This endorsement is most apparent in the CCP's section concerning the review of arbitration awards. Under Quebec's law, whether domestic or non-domestic, awards are reviewed using the same standards as those in the Model law and New York Convention. Canada's other provincial legislator's included in their domestic arbitration laws the right to appeal awards to the courts. This allows courts to review the award de novo thereby stripping arbitration of its central feature.

21 N. Antaki, "L'arbitrage commercial: concept et definitions" [1987] C.P. du N. 485, page 502, para. 44.

22 This makes it all the more imperative that Quebec courts interpret Quebec's arbitration law correctly, as these decisions can be persuasive sources in non-domestic arbitrations.

23 John E.C. Brierley, "Chapitre XVIII – De la convention d'arbitrage – Articles 2638-2643", in Barreau Du Québec et Chambre Des Notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 2, "Obligations, contrats nommés", Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, page 1068.

24 V. Marquis, L., "La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois", (1992) 37 McGill L.J. 448.

25 Such a view was confirmed in *Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc.*, 2012 QCCA 385, where the Court confirms (at para. 51) that foreign legal sources are appropriate to use to interpret Quebec's arbitration law. Even Canada's Supreme Court in *Desputeaux v. Editions Chouette*, [2003] 1 S.C.R. 178, 2003 SCC 17 at para. 54 referenced leading foreign authority in its reasoning and this in the context of a domestic arbitration.

26 The following are just some of the decisions featuring Quebec law that confirm the same: *Condominiums Mont St-Sauveur c Construction Serge Sauvé*, Recueil de jurisprudence du Quebec 2783 (Quebec Court of Appeal, 1990); *Desputeaux v. Editions Chouette*, [2003] 1 S.C.R. 178, 2003 SCC 17 *Coderre v Coderre*, 2008 QCCA 888; *Rhéaume c. Société d'investissements L'Excellence Inc.*, (2010 QCCA 2269); *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 S.C.R. 401.

27 It should be noted that in 2011, following a release of the proposed amendments (Draft Bill to enact the new Code of Civil Procedure), a group of interested and knowledgeable arbitration parties submitted a report entitled *Mémoire présenté à la Commission des Institutions de L'assemblée Nationale du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de Procédure Civile (dispositions relatives à l'arbitrage conventionnel)*. In this report, it was pointed out that many of the proposed amendments would radically change the landscape of Quebec's arbitration law. This learned report acknowledged that in 1986, the legislator's intent was to incorporate the principles of the Model Law into Quebec's arbitration law. But, in this writer's opinion, because the report accepted, as an alternative, to split the baby by allowing for an amended code to include a separate regime for international commercial arbitration showed far too much deference to a legislator who was obviously ill informed on the progression of Quebec's arbitration law. Since this report's release, Bill-28 has come to further tinker with the provisions and the tone of a more recent brief presented to the Committee on Institutions of the National Assembly of Quebec seems even more open to the reality that Bill-28 will demarcate quite clearly between international and domestic arbitration. See note 29 below.

28 Chapter VIII, Special Provisions Applicable to International Commercial arbitration

29 See paragraphs 26-28 of the report referenced in note 27 above.

30 Brief presented to the Committee on Institutions of the National Assembly of Quebec on Bill-28, An Act to establish the new Code of Civil Procedure, by Institut de mediation et d'arbitrage du Quebec. Accessible at: https://www.mcgill.ca/arbitration/sources. This website, maintained and created by Professor Frédéric Bachand, is a jewel of a repository on Quebec arbitration law, in particular from a transnational perspective. All of us who rely on it are indebted to him.

31 See note 6 above.

32 See Robert K. Paterson, "Canadian Developments in International Arbitration Law: A Step Beyond Mauro Rubino-Sammartano's International Arbitration Law", 27 Willamette L. Rev. 573 (1991) at page 584.

Important Announcement from ADRIC and ADRIO

As a direct response to the continued growth and success of both ADR Institute of Canada ("ADRIC") and its Ontario affiliate, the ADR Institute of Ontario ("ADRIO"), the Boards of Directors of ADRIC and ADRIO are pleased to advise that we have moved to full-time Executive Directors to lead our shared professional staff into the future. Mary Anne Harnick will now lead ADRIO as its first full-time Executive Director, and Janet McKay will move from the shared Business Manager role for both organizations to become the full-time Executive Director for ADRIC, all effective immediately. These changes are designed to respond more fully to the demands of both roles, and the Boards congratulate Mary Anne and Janet on their appointments.

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

Jim Musgrave, Q.C., C.Med
President

ADR Institute of Ontario, Inc.

Anne E. Grant, LL.B., LL.M. (ADR), C.Med
President

Le droit de l'arbitrage québécois : une approche toujours unifiée?

Par : Anthony Daimsis

Anthony Daimsis est professeur à la faculté de droit, section Common Law de l'Université d'Ottawa. Il est membre du groupe de droit international de l'Université et à l'heure actuelle, est il est directeur du Programme national. Le professeur Daimsis enseigne l'arbitrage international depuis dix ans à la faculté. Il dirige également des ateliers sur la théorie et la pratique de l'arbitrage international. Avant de devenir enseignant, il a travaillé dans un cabinet d'arbitrage international de premier plan, où il était chargé de traiter des litiges internationaux en matière de commerce et d'investissement. Plus récemment, il a été nommé comme arbitre dans le cadre de différends commerciaux internationaux et il figure sur la liste des arbitres internationaux de l'ICDR.

Introduction

[1] En 1986, le Parlement a mis en œuvre la Convention de New York en promulguant la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères.*[1] *Il a également adopté la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial internationa*l.[2] Ces lois ont catapulté le Canada sur la scène internationale de l'arbitrage.

[2] Suite à la ratification de la Convention de New York par le Canada et à sa décision d'adopter la Loi type, le Québec a décidé de modifier son propre droit de l'arbitrage afin de le rendre conforme aux normes internationales définies dans la Loi type et la Convention de New York.[3] Son objectif était de faire du Québec un territoire d'arbitrage international moderne.[4] Ces modifications visaient à mettre en œuvre les politiques implicites établies dans la Loi type et la Convention de New York concernant l'arbitrage international, mais aussi l'arbitrage intraterritorial.[5]

[3] La décision progressiste du Québec d'élaborer une seule loi régissant tous les arbitrages consensuels se déroulant au Québec visait à faire en sorte que toutes les parties puissent bénéficier des mérites annoncés de l'arbitrage, qu'il s'agisse d'un arbitrage intraterritorial ou extraterritorial. Cette approche mature vis-à-vis de l'arbitrage, absente dans les autres provinces canadiennes, démontre que le législateur québécois adopte le processus d'arbitrage en général et plus particulièrement, les principes implicites de la Loi type.

[4] Il y aura bientôt trente ans que le Canada s'est imposé dans le monde de l'arbitrage et les parties intéressées souhaitent aujourd'hui revitaliser la législation canadienne en la matière.[6] Cela a poussé certains à se demander si les provinces canadiennes de common law devaient suivre l'approche « unifiée » du Québec, c'est-à-dire utiliser une seule et unique loi sur l'arbitrage pour régir tous les arbitrages, ou maintenir une approche axée sur deux régimes distincts. L'approche du Québec est-elle un modèle à suivre? À l'échelle internationale, les différences qui caractérisent les lois et les pratiques de l'arbitrage international et national s'amenuisent petit à petit. Par exemple, alors qu'il fut une époque où permettre un droit d'appel constituait un véritable sacrilège en arbitrage international, certains pays et centres d'arbitrage internationaux importants assouplissent aujourd'hui cette règle stricte en conférant aux parties certains recours en appel à l'encontre de leurs décisions d'arbitrage.[7] Au Canada, plusieurs provinces permettent d'en appeler d'une décision arbitrale intraterritoriale. Cet assouplissement a souvent été l'un des nombreux éléments distinctifs entre l'arbitrage intraterritorial et l'arbitrage international.

[5] Avant de modifier quoi que ce soit, il pourrait s'avérer instructif de regarder de plus près ce qui se passe réellement au Québec car, comme le démontrera cet article, rares sont ceux qui, même au Québec, savent que l'objectif initial était de créer un seul et unique régime d'arbitrage, et ce, même si certaines décisions judiciaires et les débats parlementaires ayant poussé le Québec à modifier sa loi sur l'arbitrage en 1986 disent le contraire. Et, tout aussi important, il s'agira de savoir si le projet de loi 28, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, qui modifie de nouveau les dispositions relatives à l'arbitrage, contredisent l'intention initiale qui consistait à unifier les règles de l'arbitrage intraterritorial et extraterritorial.

I. Cadre législatif actuel de l'arbitrage au Québec

[6] *Le Code de procédure civile du Québec* (CPC) et le *Code civil du Québec* (CCQ) établissent le cadre législatif de l'arbitrage au Québec. Ces deux codes définissent ensemble les règles de procédure et les règles de fond du droit de l'arbitrage québécois.

[7] L'aspect relatif aux règles de procédure de l'arbitrage, qu'il soit provincial, extraprovincial[8] ou international, est régi par le CPC et plus particulièrement, par le Livre VII, Titre 1.[9] Comme le droit québécois considère que la validité des conventions d'arbitrage est une question juridique de fond, ces conventions sont régies par le CCQ.[10] Le droit québécois a établi les règles de procédure et les règles juridiques de fond en matière d'arbitrage dans deux codes distincts, non sans succès.[11]

[8] Le Québec se distingue également des autres législateurs provinciaux en ne limitant pas le champ d'application de sa loi sur l'arbitrage aux seuls différends strictement commerciaux comme c'est le cas dans les autres provinces.[12] L'article 2639 du CCQ interdit seulement aux parties de soumettre à l'arbitrage les différends portant sur l'état et la capacité

des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public.[13]

II. Le droit de l'arbitrage québécois est-il réellement neutre du point de vue « international »?

[9] Le Québec a mis à jour son régime législatif de l'arbitrage en s'appuyant sur les principes édictés dans la Loi type.[14] Toutefois, le seul renvoi à la Loi type dans les lois du Québec figure à l'article 940.6 du CPC du Québec. Cette disposition stipule que lorsque des différends commerciaux extraprovinciaux ou internationaux sont en cause, l'interprétation du Titre I du Livre VII doit prendre en compte : (1) la Loi type; (2) le rapport sur les travaux de la 18e session de la CNUDCI; (3) le commentaire analytique des travaux de la 18e session.[15]

[10] Il est essentiel de bien comprendre l'objet et la portée de cette disposition. Au premier coup d'œil, l'article 940.6 du CPC semble renvoyer le lecteur à la Loi type seulement lorsque l'affaire concerne un différend commercial extraprovincial ou international. Autrement dit, comme l'a suggéré un auteur, lorsque l'arbitrage concerne un « différend commercial extraprovincial ou international », il y aurait lieu d'adopter une approche différente quand vient le temps d'appliquer les dispositions de la loi québécoise sur l'arbitrage. [16] Ce point de vue ne tient pas la route. Bien que cette distinction ne soit pas nouvelle en droit canadien,[17] dans le cas du Québec, rien ne justifie d'interpréter les dispositions du Livre VII différemment selon que l'arbitrage concerne un différend provincial ou non provincial.

[11] Au cours des débats parlementaires ayant mené à la promulgation de la nouvelle loi sur l'arbitrage au Québec,[18] le ministre Herbert Marx a indiqué que la Loi type visait à harmoniser les procédures d'arbitrage et à favoriser l'uniformisation de l'arbitrage international. Le ministre Marx a déclaré que comme la loi québécoise était quasiment identique à la Loi type, il était inutile d'adopter des lois distinctes pour les arbitrages intraterritoriaux et les arbitrages extraterritoriaux puisque les mêmes principes s'appliquent à ces deux catégories de différends.[19] La décision du Québec d'adopter une loi unique en matière d'arbitrage a démontré que le législateur québécois ne s'est pas contenté de tolérer ces principes en les appliquant seulement aux différends internationaux. Il a également sanctionné leur application aux différends intraterritoriaux.[20]

[12] Il est particulièrement intéressant de savoir – et ce fait est peu connu – que l'article 940.6 du CPC ne figurait pas dans le projet de loi initial visant à modifier la loi québécoise en matière d'arbitrage.[21] Cette disposition a été ajoutée ultérieurement parce que les membres du comité de rédaction craignaient que les spécialistes en arbitrage évitent le Québec au motif que les tribunaux appelés à interpréter les lois sur l'arbitrage uniques ont tendance à revenir vers les prin-

Take the Online Course that ADRIO Mediators are praising!

Practical Ethics for Working Mediators

This online course developed by the ADR Institute of Ontario, is designed to:

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

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

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

Accredited by Law Societies across Canada.
Over **500** individuals have already completed the Course, with exceptionally positive reviews!

ADR Institute of Ontario, Inc.

cipes juridiques provinciaux, peu importe si le différend en cause est de nature intraterritorial ou internationale. Pour apaiser ces craintes, il fut décidé d'ajouter l'article 940.6. Ce fait contredit le point de vue voulant que l'article 940.6 du CPC exige une interprétation différente des dispositions québécoises sur l'arbitrage selon que le différend soit de nature intraterritoriale ou extraterritoriale. Qui plus est, comme les dispositions du Livre VII sont tirées des dispositions de la Loi type et que dans bien des cas, elles sont identiques, et comme la Loi type est une convention internationale établissant des principes internationaux uniformes, interpréter les dispositions québécoises en matière d'arbitrage dans une optique provinciale reviendrait à faire abstraction des politiques législatives ayant mené à la modification de la loi québécoise en matière d'arbitrage.[22]

[13] Enfin, une lecture attentive de l'article 940.6 révèle qu'un recours systématique à la Loi type n'a jamais été de l'intention du législateur, même dans le cas des différends commerciaux extraprovinciaux ou internationaux. Il est important de bien comprendre ce que signifie le libellé de l'article 940.6 en anglais :

> *Where extra-provincial or international trade matters are at issue, the interpretation of Book VII, Title I,* ***where applicable****, shall take into account (1) the Model law…(c'est moi qui souligne)*

Le terme *where applicable* est une traduction boiteuse du français « s'il y a lieu », la formule utilisée dans la version française de l'article 940.6. Il aurait été plus judicieux de traduire ce terme par *if necessary,* qui exprime plus fidèlement l'objet initial de cette disposition, à savoir préciser que la loi québécoise en matière d'arbitrage est fondée sur la Loi type et que ses dispositions visent à reproduire celles figurant dans la Loi type.

[14] Lorsqu'on examine la directive du ministre Marx voulant que la distinction entre l'arbitrage intraterritorial et l'arbitrage extraterritorial soit inappropriée, qu'on comprend les raisons pour lesquelles l'article 940.6 a été ajouté dans la loi québécoise et qu'on lit correctement cette disposition, son objet devient soudainement évident. La Loi type est l'outil qui doit servir *s'il y a lieu (if necessary)* à interpréter une disposition du Titre 1 du Livre VII du CPC. Que l'arbitrage soit provincial ou extraprovincial n'a aucune importance et en tout état de cause, le recours à la Loi type (et à ses travaux) n'est jamais obligatoire. Elle constitue simplement le meilleur outil à utiliser puisque la loi québécoise visait à reproduire les principes de la Loi type.

[15] Le professeur Brierley confirme ce point de vue lorsqu'il explique que l'article 940.6 du CPC ne devrait pas interdire le recours à ces sources, même dans le cas des arbitrages provinciaux, parce que les principes de la Loi type font partie intégrante du régime législatif québécois de l'arbitrage intraterritorial.[23] Même si un autre commentateur considère que l'article 940.6 du CPC est une simple reconnaissance par le législateur du fait que plusieurs facteurs puissent être pris en compte dans les arbitrages extraterritoriaux assujettis au Livre VII et que ces facteurs nécessitent une approche internationaliste,[24] il est plus probable qu'à tout le moins, l'article 940.6 du CPC justifie une démarche interprétative dialogique de l'arbitrage. Cette optique vise à promouvoir les théories modernes du droit de l'arbitrage, par exemple celles édictées dans la Loi type, dans le cadre des arbitrages assujettis au Livre VII, qu'ils soient intraterritoriaux ou extraterritoriaux. Pour les tribunaux et les arbitres, elle ouvre l'accès à une vaste réserve d'ouvrages de doctrine et de décisions judiciaires et arbitrales qui peuvent s'avérer d'une aide précieuse dans leurs délibérations et d'une grande utilité quand vient le temps d'esquisser la théorie moderne de l'arbitrage sur la toile québécoise du droit de l'arbitrage.[25]

[16] Pour conclure sur ce point, le droit de l'arbitrage québécois a été modifié en vue de reproduire et de sanctionner la Loi type et la Convention de New York.[26] Le législateur québécois était convaincu que la Loi type établissait des principes exemplaires et il a jugé opportun d'étendre leur champ d'application aux arbitrages provinciaux comme aux arbitrages extraprovinciaux. Une telle approche est conforme à la promulgation d'une seule et unique loi sur l'arbitrage et les lois québécoises actuelles sont fidèles à cette approche. L'ajout de l'article 940.6 dans le CPC visait simplement à préciser le rôle de la Loi type dans la loi québécoise pour ceux qui ne connaissent pas nécessairement l'intention du législateur québécois.

III. Le projet de loi 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile

[17] Aujourd'hui, le Québec s'apprête à modifier son *Code de procédure civile*. Le projet de loi 28 entend réformer et mettre à jour le code de procédure québécois, qui contient de nombreuses dispositions en matière d'arbitrage. Malheureusement, les spécialistes en arbitrage n'ont pas été directement consultés dans le cadre de cette réforme.[27] C'est d'autant plus regrettable que les nouvelles dispositions montrent que les rédacteurs du projet de loi 28 ont également « oublié » l'histoire des dispositions québécoises en matière d'arbitrage, ou qu'ils n'en ont pas tenu compte.

[18] Le projet de loi 28 propose un chapitre distinct intitulé *Les dispositions particulières à l'arbitrage commercial international*.[28] L'article 649 du projet de loi supprime le terme « where applicable » qui causait problème, mais il demeure tout aussi ambigu. Il se lit désormais comme suit :

> *649. Lorsqu'un arbitrage met en cause des intérêts de commerce international y compris de commerce interprovincial, le présent titre s'interprète, s'il y a lieu, en tenant compte de la Loi type sur l'arbitrage commercial international adoptée le 21 juin 1985 par la Commission des Nations Unies pour le droit commer-*

cial international, de même que ses modifications. [If international trade interests, including interprovincial trade interests, are involved in arbitration proceedings, consideration may be given, in interpreting this Title, to the Model Law on International Commercial Arbitration adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985, and its amendments.]

[19] Ce nouveau chapitre VIII est un pas dans la mauvaise direction pour plusieurs raisons. En ajoutant un nouveau chapitre dans le livre sur l'arbitrage coiffé de ce nouveau titre, un régime distinct semble désormais *possiblement* régir les arbitrages commerciaux internationaux au Québec. L'emploi du mot *possiblement* dans la phrase qui précède est délibéré. On peut se demander vers quelle source d'interprétation une partie pourra se tourner si la Loi type n'est pas *prise en compte*. Autrement dit, si un différend concerne des intérêts commerciaux internationaux et que la Loi type n'est pas prise en compte (pour une quelconque raison) quand vient le temps d'interpréter les dispositions de la loi québécoise en matière d'arbitrage, sur quelle source pourra-t-on s'appuyer pour les interpréter? Une source qui ne tient pas compte des principes de la Loi type?

[20] C'est une question qui peut devenir importante puisque c'est le seul chapitre qui contient un renvoi à la Loi type. Et comme l'objet de ce nouveau chapitre semble refléter ce que de nombreux spécialistes en arbitrage semblent considérer comme la solution la moins mauvaise,[29] les principes de la Loi type pourraient être pertinents seulement dans les cas qui concernent l'interprétation des arbitrages commerciaux internationaux et ils pourraient même n'avoir aucune pertinence! Comme nous l'avons expliqué plus haut, cette optique n'est pas conforme à l'histoire législative du Québec en matière d'arbitrage et elle priverait les tribunaux québécois d'une mine d'information et de connaissance. En outre, elle empêcherait les utilisateurs du régime d'arbitrage provincial de profiter de l'évolution de la théorie et de la pratique en matière d'arbitrage.

[21] Mais ce qui est plus troublant encore, c'est que ceux qui applaudissent le projet de loi 28 parce qu'il définit le terme « international »[30] semblent focalisés sur l'arbre qui cache la forêt. Ils semblent oublier que cette définition, qui se trouve à l'article 650 du projet de loi, lequel figure dans ce nouveau chapitre VIII, même si elle a le mérite d'apporter un peu de clarté, renforce le point de vue voulant que l'arbitrage international fasse l'objet d'un régime distinct au Québec.

[22] L'effet du projet de loi 28, du moins en ce qui concerne le droit de l'arbitrage québécois, est d'éloigner ce modèle de l'approche progressive qu'avait adoptée le Québec en utilisant un seul et même ensemble de règles pour régir les arbitrages internationaux et intraterritoriaux, et de le rapprocher davantage du modèle axé sur deux régimes distincts qu'ont choisi les provinces canadiennes de common law. Ce changement est particulièrement décevant quand on connaît la tendance récente à s'orienter vers une approche unifiée de l'arbitrage, qu'il soit international ou intraterritorial. Par exemple, même au Canada, on continue de s'interroger sur l'opportunité d'harmoniser davantage la législation canadienne en matière d'arbitrage à la législation internationale.[31] Ce n'est pas la première fois qu'une telle pollinisation croisée se produit. Les dispositions de la loi ontarienne sur l'arbitrage, mais aussi de nombreuses autres lois provinciales en la matière, ont été modifiées pour tenir compte des principes figurant dans la Loi type. Par exemple, il fut une époque où la décision de renvoyer les parties à l'arbitrage en présence d'une convention d'arbitrage valide relevait du pouvoir discrétionnaire du tribunal saisi. Conformément à la Loi type, ces dispositions ont été modifiées de manière à supprimer ce pouvoir discrétionnaire qui avait pour effet de conférer aux conventions d'arbitrage le statut de convention objectivement exécutoire.[32]

[23] Il est plus facile de comprendre pourquoi les chapitres sur l'arbitrage ne sont pas une priorité quand on sait qu'ils s'inscrivent dans un plus vaste projet de mise à jour de tout le *Code de procédure civile*. Mais ceux qui pensent que les dispositions proposées en matière d'arbitrage incluses dans le projet de loi 28 constituent un retour en arrière pour le droit de l'arbitrage québécois ne devraient pas hésiter à faire entendre leurs inquiétudes haut et fort. C'est justement l'objectif de la présente contribution.

Conclusion

[24] En 1986, le Québec semblait en passe de devenir un haut lieu de l'arbitrage. En effet, malgré la voie qu'avaient choisie les autres provinces canadiennes, le Québec a adopté sans réserve les principes que la CNUDCI faisait valoir au monde entier. Pour ce faire, la province a promulgué une seule loi pour régir les arbitrages intraterritoriaux et internationaux. Elle est partie de l'idée tout à fait logique, mais résolument progressiste, que si les principes qui ont poussé les plus grandes sommités dans le monde à élaborer un modèle de loi étaient, selon eux, fidèles à l'ethos de l'arbitrage, alors les résidents du Québec devaient également pouvoir profiter de ce modèle de loi sur l'arbitrage, même dans le cas d'un arbitrage provincial. Les modifications que le Québec a apportées au CPC reposaient sur cette conviction et elles auraient dû signaler au monde entier que le Québec – et dans une certaine mesure, le Canada – était un centre d'arbitrage qui s'apprêtait à tracer une voie forçant l'admiration des autres territoires. Mais en fin de compte, il s'avère que très peu de gens connaissent quelle était la véritable intention du Québec en 1986 et si l'on en croit le projet de loi 28, plus rares encore sont ceux qui s'en soucient.

[25] En tant que Canadien voyageant à l'étranger et ayant souvent l'occasion d'interagir avec d'autres professionnels et membres du milieu universitaire de l'arbitrage, c'est tou-

jours une source de fierté d'expliquer que l'approche du Québec en matière d'arbitrage, comme en témoignent ses lois sur l'arbitrage, est un modèle phare de législation progressiste en matière d'arbitrage. Les modifications proposées dans le projet de loi 28, si elles sont mises en œuvre, obligeront les Canadiens comme moi à nuancer nos positions lorsque nous présentons le Québec comme un centre d'arbitrage progressiste.

1 S.R.C. 1985, ch. 16 (2e suppl.). Lors de son adhésion, le Canada a simplement déclaré qu'il appliquerait la Convention de New York uniquement aux litiges découlant d'une relation juridique, contractuelle ou non, considérée comme étant de nature commerciale sous le régime des lois du Canada, sauf dans la province de Québec où la loi ne prévoit pas de telle restriction.

2 Telle qu'adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international en juin 1985 [la Loi type].

3 *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, L.Q. 1986, ch. 73, sanctionnée le 11 novembre 1986 (la « loi modificative »). Voir également *Coderre c. Coderre*, 2008 QCCA 888, au paragraphe 48, où la Cour confirme que les modifications apportées par le Québec à ses règles d'arbitrage sont inspirées par la Loi type et la Convention de New York. Comme il s'agit d'une affaire provinciale, nous en déduisons que la Cour accepte que les principes internationaux s'appliquent aux arbitrages nationaux.

4 De fait, comme il a été mentionné lors des travaux de la commission d'étude ayant précédé l'adoption des nouvelles règles d'arbitrage du Québec, l'objet de la Loi type, qui consiste à harmoniser les procédures d'arbitrage et à créer une uniformité dans l'arbitrage international, a été reconnu. Le ministre Herbert Marx a déclaré que comme la loi québécoise était quasiment identique à la Loi type, il était inutile d'adopter des lois distinctes pour les arbitrages intraterritoriaux et les arbitrages extraterritoriaux puisque les mêmes principes s'appliquent aux deux catégories de différends et que cette nouvelle loi sur l'arbitrage visait à propulser le Québec sur la scène de l'arbitrage international. *Commission permanente des institutions – Étude détaillée du projet de loi 91*, pages 549 à 551 (les « débats parlementaires »).

5 Les autres provinces et territoires canadiens ont également mis en œuvre la Convention de New York et adopté la Loi type en promulguant soit une seule loi pour les deux instruments, soit des lois distinctes, apparemment pour tenir compte des différences d'objet entre une loi-cadre type sur l'arbitrage et un traité international de portée plus restreinte. Adoption d'une loi de concert avec la Loi type : Territoires du Nord-Ouest et Nunavut, *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. I-6, Annexe A (conformément à l'article 29 de la *Loi sur le Nunavut*, S.C. 1993, ch. 28, les ordonnances des Territoires du Nord-Ouest et leurs textes d'application sont reproduits pour le Nunavut, avec les adaptations nécessaires à cet égard, dans la mesure où ils peuvent s'y appliquer. Les textes en résultant sont réputés être, selon le cas, des lois de la législature ou des textes d'application de celles-ci. Cela inclut la *Loi sur l'arbitrage commercial international* des Territoires du Nord-Ouest); Alberta, *International Commercial Arbitration Act*, R.S.A. 2000, c. I-5, Sch. 1; Manitoba, *Loi sur l'arbitrage commercial international*, C.P.L.M., ch. C151, Annexe A; Nouveau-Brunswick, *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.N.-B. 1986, ch. I-12.2, Annexe A; Terre-Neuve-et-Labrador, *International Commercial Arbitration Act*, R.S.N.L. 1990, c. I-15, Part I; Nouvelle-Écosse, *International Commercial Arbitration Act*, R.S.N.S. 1989, c.234, Sch. A; *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.O. 1990, ch. I.9, art. 10 (par interprétation); Île-du-Prince-Édouard, *International Commercial Arbitration Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. I-5, Sch. A; Québec, C.C.Q., L.Q. 1991, ch. 64 et *Code de procédure civile*, L.R.Q. ch. C-25 (Livre VII, Titre I, enchâssant les principes de la Loi type et de la Convention de New York, et plus particulièrement l'article 948 du Livre VII, Titre II, où le législateur inclut un renvoi à la Convention de New York aux fins d'interprétation). Adoption dans le cadre d'une loi distincte : Yukon, *Foreign Arbitral Awards Act*, R.S.Y. 2002, c. 93; Colombie-Britannique, *Foreign Arbitration Awards Act*, R.S.B.C. 1996, c. 154.; Saskatchewan, *Enforcement of Foreign Arbitration Awards Act*, S.S. 1996, c. E-9.12; Québec, comme mentionné ci-dessus.

6 Par exemple, les membres du groupe de travail sur la législation en matière d'arbitrage de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, dont est membre l'auteur des présentes, s'interrogent sur la mesure dans laquelle les lois sur l'arbitrage international et les lois sur l'arbitrage national devraient édicter des principes similaires.

7 Hong Kong a récemment modifié sa loi sur l'arbitrage international. Le 10 juillet 2013, le conseil législatif de Hong Kong a adopté l'*Arbitration (Amendment) Bill 2013*. L'*Arbitration (Amendment) Ordinance 2013* apporte plusieurs modifications. Notamment, ce texte élargit les droits d'appel pour les rendre semblables à ceux prévus dans sa loi d'application nationale. L'article 69 de l'*English Arbitration Act 1996* confère des droits d'appel très limités sur les questions de droit, si les parties y consentent ou avec l'autorisation du tribunal, et tant l'Australie que la Nouvelle-Zélande semblent disposées à autoriser les droits d'appel dans les arbitrages internationaux. Même la décision de la Cour suprême des États-Unis dans *Hall Street Associates, L.L.C. c. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576 (2008), une décision souvent citée au soutien de l'argument voulant que les recours en appel en arbitrage international ne soient pas appropriés, ne devrait pas, en réalité, être interprétée comme une décision excluant totalement le droit d'appel. Même si *Hall Street* est, sans aucun doute, une décision affirmant que les motifs ouvrant droit à un recours en révision prévus par la *Federal Arbitration Act* (dans la mesure où elle incorpore la Convention de New York) ne peuvent être élargis (ou, plus particulièrement, « reformulés ») par entente privée, la Cour ouvre la porte à la possibilité que, lorsqu'une affaire est assujettie à une loi étatique applicable qui permet aux parties de modifier les motifs ouvrant droit à un recours en révision (c'est le cas par exemple des lois sur l'arbitrage de la Californie et du New Jersey), les tribunaux ne devraient pas s'y opposer. La Cour explique que « en déclarant que les motifs de révision prévus aux articles 10 et 11 sont exclusifs en ce qui concerne la mise en application en vertu des mécanismes de révision judiciaire accélérés de la *Federal Arbitration Act*, cette Cour ne se prononce pas sur les autres voies de recours possibles pour l'exécution des décisions arbitrales par les tribunaux. En conséquence, cette affaire doit être renvoyée aux fins de l'examen des questions distinctes. » Par conséquent, les autres voies de recours possibles pourraient consister à désigner la Californie ou le New Jersey comme « territoire de ressort » de l'arbitrage, à convenir de choisir comme lois applicables les lois sur l'arbitrage de la Californie ou du New Jersey et à utiliser d'« autres voies de recours possibles » pour l'exécution des décisions arbitrales par les tribunaux. Sur ce point, voir John J. Barceló III, « Expanded Judicial Review of Awards After Hall Street and in Comparative Perspective », disponible à : http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1069&context=clsops_papers. L'ICDR, la division internationale de l'American Arbitration Association, a récemment ajouté des règles qui permettent aux parties de prévoir un recours en appel de leurs décisions arbitrales, même si ce recours reste dans le cadre du modèle de l'arbitrage, dans l'éventualité où le tribunal arbitral commet une erreur de droit ou se fonde sur des faits manifestement erronés.

8 Par opposition aux transactions internationales, les transactions extraprovinciales s'entendent des transactions conclues au Canada, mais pas nécessairement au Québec.

9 *A. Bianchi S.R.L. c. Bilumen Lighting Ltd.*, (1990) R.J.Q. 1681 (C.S.). Le Québec ne définit pas précisément le terme « international » dans le contexte de l'arbitrage, exception faite d'une brève mention du commerce international à l'article 940.6 du CPC, plus amplement expliqué ci-après.

10 Livre V, Titre II, Chapitre XVIII. Le CCQ définit les conventions d'arbitrage comme des contrats nommés.

11 Cependant, l'article 3133 du CCQ (Livre X, Titre II, Chapitre IV) fournit plus de précisions sur la loi qui s'applique aux procédures d'arbitrage, mais il explique également l'interaction entre la loi applicable et les règles d'arbitrage choisies par les parties. Comme le révèle cette disposition, il n'est pas toujours facile de faire la distinction entre les règles de procédure et les règles juridiques de fond.

12 La Loi type s'applique à l'arbitrage « commercial » international et les provinces qui se sont contentées d'incorporer la Loi type en annexe d'une loi ont donc limité le champ d'application de leur loi aux seuls différends commerciaux. Quant à la Convention de New York, elle autorise les États à limiter son champ d'application aux différends commerciaux. Lorsque le Canada a adhéré à la Convention de New York, il a inclus une note précisant que la loi québécoise ne contenait aucune restriction de cette nature.

13 Une distinction importante concernant cette restriction figure au deuxième paragraphe de l'article 2639 du CCQ. Ce paragraphe autorise les arbitres à appliquer et à interpréter les règles relatives à l'ordre public, pourvu que ces règles ne servent pas au bout du compte à résoudre des différends purement liés à l'ordre public. La Cour suprême du Canada a confirmé ce principe dans l'affaire *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) Inc.* [2003] 1 R.C.S. 178 en reconnaissant à l'arbitre le pouvoir d'appliquer la *Loi sur le droit d'auteur*, S.R. 1985, ch. C-42, pour résoudre un différend d'ordre privé portant sur les conséquences économiques de la *Loi sur le droit d'auteur* ((2003) CSC 17, paragr. 70.) Un autre aspect important de la décision *Desputeaux* est qu'elle confirme qu'en droit québécois, une approche large de l'arbitrage signifie que les parties peuvent librement définir leurs procédures d'arbitrage et que la loi doit soutenir la décision de l'arbitre quand il détermine quel est le meilleur moyen d'exécuter un mandat donné. En réalité, le jugement de la Cour suprême du Canada ne fait que confirmer ce que la lecture conjuguée de l'article 2643 du CCQ et de l'article 944.1 du CPC permet de comprendre.

14 *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, L.Q. 1986, ch. 73, sanctionnée le 11 novembre 1986.

15 Comme l'arbitrage privé relève du pouvoir des législateurs provinciaux, les dispositions contenues dans la loi modificative ont incorporé la Loi type et la Convention de New York dans le droit québécois. En ce sens, les directives figurant à l'article 940.6 du CPC semblent quelque peu redondantes.

16 Voir Babak Barin dans « Provisional Remedies in domestic arbitrations: Time perhaps for a fresh look in Quebec? », Revue du Barreau, tome 64, printemps 2004, à la page 138, où l'auteur suggère qu'un arbitre ou un juge « doit » prendre en compte la Loi type lorsque l'arbitrage est réputé « extraprovincial ».

17 Mis à part le Québec, toutes les provinces canadiennes ont adopté des lois distinctes régissant l'arbitrage des différends commerciaux intraterritoriaux et internationaux. La loi fédérale, qui adopte la Loi type, n'établit elle non plus aucune distinction entre l'arbitrage international et l'arbitrage national.

18 *Commission permanente des institutions – Étude détaillée du projet de loi 91* (les « débats parlementaires »).

19 Débats parlementaires, page 549.

20 Cette sanction est plus particulièrement manifeste dans l'article du CPC relatif à la révision des décisions arbitrales. Sous le régime du droit québécois, que l'arbitrage soit intraterritorial ou extraterritorial, les décisions arbitrales sont examinées selon les mêmes normes que celles définies dans la Loi type et la Convention de New York. Les autres législateurs provinciaux canadiens ont inclus dans leurs lois sur l'arbitrage respectives un droit d'appel à l'encontre des décisions arbitrales devant les tribunaux. Ce droit d'appel permet aux tribunaux de réviser la décisions arbitrale de novo, privant ainsi l'arbitrage de sa principale caractéristique.

21 N. Antaki, « L'arbitrage commercial : concept et définitions » [1987] C.P. du N. 485, page 502, paragr. 44.

22 De ce fait, il est encore plus impératif que les tribunaux du Québec interprètent

correctement la loi québécoise en matière d'arbitrage, car ces décisions peuvent constituer des sources concluantes dans les arbitrages extraterritoriaux.

23 John E.C. Brierley, « Chapitre XVIII – De la convention d'arbitrage – Articles 2638-2643 », Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 2, « Obligations, contrats nommés », Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, page 1068.

24 V. Marquis, L., « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois », (1992) 37 McGill L.J. 448.

25 Ce point de vue est confirmé par la Cour dans la décision *Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc.*, 2012 QCCA 385, où elle affirme (au paragraphe 51) que les sources juridiques étrangères peuvent servir à interpréter la loi québécoise en matière d'arbitrage. Même la Cour suprême du Canada dans *Desputeaux c. Éditions Chouette*, [2003] 1 R.C.S. 178, 2003 CSC 17, au paragraphe 54, renvoie à des sources étrangères faisant autorité dans son raisonnement et ce, dans le contexte d'un arbitrage intraterritorial.

26 Voici quelques-unes des décisions portant sur la loi québécoise qui confirment ce point de vue : *Condominiums Mont St-Sauveur c. Construction Serge Sauvé*, Recueil de jurisprudence du Québec 2783 (Cour d'appel du Québec, 1990); *Desputeaux c. Éditions Chouette*, [2003] 1 R.C.S. 178, 2003 CSC 17; *Coderre c. Coderre*, 2008 QCCA 888; *Rhéaume c. Société d'investissements L'Excellence Inc.*, (2010 QCCA 2269); *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401.

27 Précisons qu'en 2011, suite à la publication des modifications proposées (l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*), un groupe de spécialistes de l'arbitrage a déposé un rapport intitulé *Mémoire présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec sur l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile (dispositions relatives à l'arbitrage conventionnel)*. Dans ce rapport, les auteurs affirment que plusieurs des modifications proposées changeraient radicalement le paysage du droit québécois en matière d'arbitrage. Ce rapport éclairé reconnaît qu'en 1986, l'intention du législateur était d'incorporer les principes de la Loi type dans la loi québécoise en matière d'arbitrage. Mais, de l'avis du soussigné, si le rapport accepte, à titre de solution de rechange, l'idée de couper la poire en deux en acceptant que le code modifié établisse un régime distinct pour l'arbitrage commercial international, c'est qu'il témoigne beaucoup trop de réserve à l'égard d'un législateur manifestement mal informé de l'évolution du droit de l'arbitrage au Québec. Depuis la publication de ce rapport, le projet de loi 28 a apporté de nouveaux remaniements à ces dispositions et le ton d'un exposé présenté plus récemment à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec semble encore davantage résigné à l'idée que le projet de loi 28 établira une démarcation claire entre l'arbitrage international et l'arbitrage provincial. Voir la note 29 ci-dessous.

28 Chapitre VIII, Les dispositions particulières à l'arbitrage commercial international

29 Voir les paragraphes 26 à 28 du rapport mentionné à la note 27 ci-dessus.

30 Exposé présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec sur le projet de loi 28, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, par l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec. Disponible à : https://www.mcgill.ca/arbitration/fr/sources. Ce site Web, créé et tenu à jour par le professeur Frédéric Bachand, est une précieuse mine d'information sur le droit de l'arbitrage au Québec et plus particulièrement dans une perspective transnationale. Tous ceux d'entre nous qui comptons sur ce site lui sommes redevables.

31 Voir la note 6 ci-dessus.

32 Voir Robert K. Paterson, « Canadian Developments in International Arbitration Law: A Step Beyond Mauro Rubino-Sammartano's International Arbitration Law », 27 Willamette L. Rev. 573 (1991), page 584.

Order Your Correspondence Course and Practice Handbooks

Correspondence Course in Arbitration

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

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

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

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

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

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

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

The Commercial Mediation Practice Handbook

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

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

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

The Arbitration Handbook

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

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

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

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

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

Sponsorship Opportunities for ADRIC 2014: The ADR Institute of Canada National Conference

ADR Institute of Canada, in partnership with Canadian Corporate Counsel Association and in collaboration with International Chamber of Commerce Canada is proud to present Sponsorship Opportunities for ADRIC 2014: The ADR Institute of Canada National Conference October 23-24, 2014, Hilton Bonaventure, Montréal, Canada

Call today to become a sponsor at Canada's premier ADR event! For the first time, ADR Institute of Canada ("ADRIC") is working with the **Canadian Corporate Counsel Association ("CCCA")** to create one of the most unique special interest events you will ever attend.

With CCCA's input, stimulating sessions for corporate counsel, and sessions dedicated to international arbitration in collaboration with the **International Chamber of Commerce, Canada ("ICC Canada")** this will be the largest, most prestigious and most important ADR event of the year. Every major firm and company with an interest in the field will want to be associated with ADRIC 2014.

Valuable exposure to the "right" audience

Be where the high profile professionals and most sophisticated consumers of arbitration and mediation services will be on October 23-24. Sponsorship of this event will place your name in front of hundreds of lawyers, in-house counsel, arbitrators, mediators, HR professionals, corporate and other users of ADR services.

ADRIC 2014: A Unique Opportunity to...

Position yourself and build relationships with national and international industry leaders. This event is by far the best venue to showcase what you and your organization have to offer, the excellent work you have done, network with prospective clients and referral sources, and develop strategic relationships that will help you now and into the future.

And each level of sponsorship includes complimentary registrations – a valuable opportunity to provide your client (or colleague) with two days of substantive learning.

Prospective Attendees

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

Topics reflect current interests and issues across Canada and internationally. Subjects from previous conferences have included everything from International Arbitration to Community Mediation. We have had interactive panels on Workplace ADR; Having Difficult Conversations with Employees; Managing Power Imbalances; Marketing Your ADR Practice; Cognitive Barriers to Negotiation; Neuroscience and Negotiation, Environment & ADR, Using Experts, Multi Party Dispute Resolution in the Energy Industry, How To Work Out Effective Commercial Arrangements with First Nations – Land Claims, Restorative Justice and more. This year's conference will surpass anything we have seen before and will include internationally renowned experts who will share information not elsewhere available.

Don't delay. Contact Janet McKay, ADRIC Executive Director, immediately at 1-877-475-4353 / 416-487-4447 ext. 5, *janetmckay@adrcanada.ca*, to request a sponsorship package (also available at *www.adrcanada.ca*) so you can select the sponsorship opportunity best suited to your needs, and reserve your place today!

We look forward to hearing from you.

Jim Musgrave, QC, C.Med
President, ADR Institute of Canada

ADRIC 2014: National Conference

October 23 & 24, 2014, Montreal

IAMC 2014 : Conférence nationale

les 23 et 24 octobre 2014, Montréal

Join our committed sponsors / Devenez commanditaire

Premier Sponsor / Commandite Principal :

Dentons

Gold Sponsors / Commandites d'or :

Blake, Cassels & Graydon

Borden Ladner Gervais

Theall Group

Silver Sponsor / Commandite d'argent :

Osler, Hoskin & Harcourt

Bronze Sponsors / Commandites de bronze :

Insurance Bureau of Canada

JAMS ADR

Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes

Norton Rose Fulbright Canada

William G. Horton Professional Corporation

Champion Sponsor / Commandite champion :

Burnet, Duckworth & Palmer

EBC Inc.

Imperial Oil Limited

Independent Supporter / Commandite indépendant :

McCartneyADR Inc.

Other Supporter / Autre commandite

Barreau de Montréal

To join our distinguished conference sponsors, contact Janet McKay, ADRIC Executive Director, immediately at 416-487-4733 or 1-877-475-4353, ext. 105. janetmckay@adrcanada.ca.

Pour vous joindre à notre liste de commanditaires distingués de la conférence nationale, communiquez immédiatement avec Janet McKay, Directrice générale de l'IAMC, au 1-877-475-4353 / 416-487-4447 poste 5. janetmckay@adrcanada.ca.

Forfaits de commandite dans le cadre de IAMC 2014 : Conférence nationale annuelle de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada

L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, en partenariat avec l'Association canadienne des conseillers et conseillères juridiques d'entreprises et en collaboration avec la Chambre de commerce internationale est fier d'offrir des forfaits de commandite dans le cadre de IAMC 2014 : Conférence nationale annuelle de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada qui aura lieu à l'hôtel Hilton Bonaventure, Montréal, Canada les 23 et 24 octobre 2014

Devenez commanditaire de cet événement extraordinaire! L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc. (IAMC) collabore, pour la première fois, avec **l'Association canadienne des conseillers et conseillères juridiques d'entreprises (ACCJE)** à la mise sur pied d'un événement qui suscitera un intérêt unique et très particulier.

La participation de l'ACCJE, la tenue de séances d'information enrichissantes destinées aux conseillers juridiques d'entreprises, et des séances spécialisées en arbitrage international en collaboration avec **la Chambre de commerce internationale (CCI),** feront en sorte que cet événement sera le plus prestigieux et important rassemblement de professionnels et de clients de ces secteurs en 2014. Tous les cabinets et entreprises d'envergure intéressés par ce domaine voudront donc y assister. Veuillez passer en revue les renseignements suivants et communiquer avec nous pour nous informer du choix qui répond le mieux à vos besoins.

Excellente visibilité et auditoire ciblé

Rencontrez les 23 et 24 octobre prochains des professionnels chevronnés et des consommateurs aguerris en matière de services d'arbitrage et de médiation. Une commandite dans le cadre de cet événement permettra d'augmenter votre visibilité auprès de centaines d'avocats, de juristes d'entreprises, d'arbitres, de médiateurs, de professionnels en RH, de cadres supérieurs et d'autres usagers de services spécialisés en prévention et en règlement des différends (PRD).

IAMC 2014 : une occasion unique de réseautage

Faites-vous connaître et créez des liens avec des chefs de file nationaux et internationaux. Ce sera aussi une occasion privilégiée pour présenter les services de votre organisme, de promouvoir l'excellent travail que vous avez accompli, de réseauter avec des clients éventuels et des sources de référencement et d'établir des relations stratégiques tant pour l'immédiat que pour le futur.

Chaque forfait de commandite comprend des inscriptions gratuites, ce qui représente une occasion unique d'offrir à vos clients (ou à vos collègues) deux journées de formation.

Participants éventuels

Notre campagne publicitaire et promotionnelle vise au-delà des 10 000 professionnels spécialisés en PRD qui sont membres de l'IAMC, de la CCI Canada, de l'ACCJE et d'autres organismes d'arbitrage au Canada et aux États-Unis, notamment des professionnels en RH, des avocats, des arbitres, des médiateurs, des architectes, des ingénieurs, des travailleurs sociaux, des juristes d'entreprises et des comptables issus de tous les secteurs d'activités, y compris le commerce international, les ressources naturelles, l'industriel, la construction, l'assurance, les technologies de l'information, la propriété intellectuelle, le droit de la famille, l'évaluation, le franchisage, les transports, les soins de santé et plus encore.

Les points abordés concerneront des sujets d'intérêt actuels existant au Canada et à l'international. Les conférences antérieures ont traité de sujets divers allant de l'arbitrage international à la médiation communautaire. Nous avons eu des réunions-débats interactives sur le mode PRD en milieu de travail, les échanges difficiles avec les employés, la gestion des luttes de pouvoir, le marketing du mode PRD, les obstacles fonctionnels à la négociation, la neuroscience et la négociation, l'environnement et le mode PRD, l'utilisation d'experts, le règlement des conflits multipartites dans le secteur de l'énergie, le règlement d'ententes commerciales avec les Premières Nations – revendications territoriales, la justice réparatrice et plus encore. La Conférence de cette année sera inédite et mettra en vedette des arbitres de renommée internationale qui nous communiqueront des primeurs.

Ne tardez pas. Communiquez immédiatement avec Janet McKay, Directrice générale de l'IAMC, au 1-877-475-4353 / 416-487-4447 poste 5, *janetmckay@adrcanada.ca*, passez en revue les divers forfaits de commandites (aussi disponible au *www.adrcanada.ca*), et choisissez celui qui répond le mieux à vos besoins. Prenez les dispositions appropriées dès aujourd'hui!

Cordialement,

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

Roundtable Discussion On Arbitration Rules

Transcription provided courtesy of *Neeson Court Reporting Services.*

Mary Comeau, LL.B.

Ludmila Herbst

Marie-Josée Hogue

Stephen Morrison, LL.B., C.Arb, C.Med, FCIArb

Hon. Joseph R. Nuss, Q.C., Ad. E.

MARY COMEAU:

The general topic for today's conversation is choosing rules for arbitration, and the first thing that I wanted to get people's views on relates to pre-dispute clauses, particularly the appointment mechanisms that are used to appoint arbitrators.

Dealing first with the appointment of a single arbitrator in an ad hoc arbitration, what works best and what you might not recommend, given your experiences.

STEPHEN MORRISON:

The most common formula in my experience is that the clause simply says that the arbitration will be conducted in accordance with the *Arbitration Act*, 1991, Ontario, or of any given jurisdiction. Those statutes provide procedures for the appointment of a tribunal if the parties cannot agree.

Sometimes, in construction contracts we'll often see a reference to the Canadian Construction Documents Committee ("CCDC") Rules for Arbitration and Mediation, both of which basically have procedures for third party appointment if the parties can't agree. But, in my experience, in 99% of the cases, the arbitrator is selected by consensus between the parties.

My own view is that the beauty of arbitration - one of the principal benefits of arbitration - is the fact that the parties get to pick their judge, unlike the courtroom where the trial administrator selects your forum for you. One issue with respect to the arbitration clauses themselves is to what extent is it advisable to put guidelines in the arbitration clause with respect to either an appointment methodology or to qualifications of the arbitrator. Given the fact that one of the principal advantages is the ability to select your own judge, select somebody both parties have confidence in and select somebody that hopefully has some knowledge of the subject matter in dispute, so that you save a lot of time at the evidentiary stage. I am personally in favour of not having a whole lot of guidance or restriction in the clauses themselves and for giving the greatest latitude to the parties to pick the arbitrator or arbitrators that they want, without having somebody imposed on them.

Sometimes you will see a reference to the fact that the arbitrator should be knowledgeable in the area of concern in the contract. Other times you will see references to a requirement that the selected arbitrator be a member of the ADR Institute of Canada or some other organization. Occasionally, you will see a requirement that they be a fellow of the Chartered Institute. I question the value of these provisions. I know one time I was contacted and I was asked if I was a member of a particular organization that was stipulated, and I wasn't, but I said I could join. I mean, these clauses were pretty meaningless because for a hundred dollars you could join that organization without meeting any sort of specific requirements.

MARIE-JOSÉE HOGUE:

The only thing I will add is, and I agree fully with the comments that were made, something I think that is also very often forgotten when these clauses are drafted is a mechanism by which any arbitrator that will be appointed can be replaced if for any reason after having accepted the arbitrator cannot continue with the mission.

And at least here in Quebec, and I don't know how it works elsewhere, but here in Quebec it may create very long delays before getting a replacement if the parties don't agree as to who should replace or at least as to the mechanism that should be followed for coming to a solution for the replacement.

So I think it should be two stages, you know, a mechanism for the nomination of the arbitrator (when we are talking about a sole arbitrator) but also a mechanism for the replacement because very often, for whatever reason, the arbitrator cannot continue till the end.

STEPHEN MORRISON:
The Ontario *Arbitration Act*, 1991 does have specific provisions for dealing with that situation, as do most of the institutional rules. But, if the parties haven't even gone so far as to adopt the Arbitration Act of the jurisdiction, my guess is that the legislation is applicable by default in any event to any arbitration conducted in that province, unless the parties expressly exclude it. The mechanism is there.

LUDMILA HERBST:
Yes. I'll add just a bit of additional context from the perspective of British Columbia, where I practise. My comments in part overlap with the second question we'll be addressing, on procedural rules, but bear on the appointment of arbitrators as well. Under BC's *Arbitration Act*, our non-international *Arbitration Act*, there is a default provision pursuant to which the domestic commercial arbitration rules of the BC International Commercial Arbitration Centre apply unless parties agree otherwise.

That is something for parties to have at the back of their minds, because the rules themselves provide for an appointment process, and not only do they provide for a process, but they also specifically say that the BC International Commercial Arbitration Centre is the appointing authority. This points to the need for parties to think ahead, if they wish to have a different process or a different appointing authority. Parties need to think it through and look at what particular procedural rules actually entail in this regard before accepting a particular set to govern their arbitration.

MARY COMEAU:
Does anybody have any particular views on the various appointing authorities, or any experience being appointed under those authorities?

JOSEPH NUSS:
The appointing authority will often have the names of potential arbitrators submitted by one of the parties or both parties. In one case, both parties submitted my name to the ICC but that did not mean that the ICC had to approve it. The ICC then sent me a questionnaire and asked questions to make sure that I had the requisite impartiality and independence, and then it made the appointment.

So the initiation of the process was by the parties themselves, but the actual appointment was made by the ICC.

MARY COMEAU:
When you say that the nomination was by the parties, was it by one party or by both parties?

JOSEPH NUSS:
Both parties. There was agreement between the parties.

STEPHEN MORRISON:
I believe that, whether it is for domestic or international arbitration, if the two parties come forward and say that we want the following person, even though the appointing authority technically has the right to appoint, they will virtually always accept the choice of the parties, and that is consistent with, you know, party autonomy principles which generally govern arbitration. They would have to have a very compelling reason to refuse to use an arbitrator mutually selected by the parties.

JOSEPH NUSS:
If an arbitrator has a heavy case load, it could be an important factor. For example, the ICC wants to know exactly how many cases an arbitrator has in progress and whether he or she has sufficient time available for preparation and the hearing, as well as for the drafting of the award in good time. And so I could see the parties saying here is a wonderful person we want as an arbitrator, and then the ICC in its questionnaire asks, how many cases have you got going? When will you be finished? When do you think you can get out the award? And if the ICC comes to the conclusion that it does not want to wait for a year and a half or two years, then the parties' choice might not be accepted.

MARY COMEAU:
I have never had that experience, but I wonder whether they might go back to the parties and say that there is a limitation. It doesn't meet our normal criteria, but since you guys have picked them, if you are willing to live with these limitations, perhaps they would still let it go ahead.

I don't know what the ICC would do there. I don't know whether anybody else has a view as to what an appointing authority might do if the parties agree to appoint somebody who doesn't meet their criteria?

MARIE-JOSÉE HOGUE:
But if the parties agree and for whatever reason the appointing authority is not ready to follow the recommendation, it is quite easy for the parties just to go around the appointing authority and appoint the arbitrator directly and agree between them as to which rules are going to be followed, and they can even decide to apply the rules of the appointing authority just to achieve the result they have agreed upon.

STEPHEN MORRISON:
And as a practical matter, if the appointing authority refused the parties' choice, they could simply withdraw from that institutional oversight and, you know, just do it as an *ad hoc* arbitration on their own.

MARY COMEAU:
I guess the dilemma would be is if you felt you needed the institution's support generally but they weren't supporting the appointment that you wanted to make. That might be a dilemma that one could get into, but it seems like that is probably not a very common situation.

What about parties' experiences with panel appointments and particularly appointing a chair in ad hoc arbitrations?

Perhaps, Joe, you could let us know your thoughts on what is a good process or rule, in your experience, or what is something not to do?

JOSEPH NUSS:
Often, each party appoints an arbitrator and then the two arbitrators decide upon a third arbitrator who becomes the chair, although that does not necessarily have to be so. In some instances, once the third arbitrator is appointed, then the three arbitrators amongst themselves decide who will be the chair.

My experience is that the arbitrators generally will raise this with counsel who has appointed them, it seems to be the practice, and hopefully they come up with a name that satisfies everybody.

In Quebec, the present Code of Civil Procedure provides that there are three arbitrators if there is no stipulation in the arbitration clause as to the number. I should add that the new Code of Civil Procedure (S.Q. 2014, c.1) which was recently adopted and will come into force in the autumn of 2015, provides that there is one arbitrator, unless the parties stipulate otherwise.

I have had the experience of arbitrators who were appointed by each party, after discussion coming to the conclusion that the amount in dispute did not justify three arbitrators being appointed. And I was asked: We have decided that we would like to have you act as a third arbitrator, but would you be willing to act as a sole arbitrator? We would like to go back to the people who appointed us and suggest that they only appoint one arbitrator and that it be you. Will you act as arbitrator in either eventuality?

That happened to me on two occasions recently, and on both occasions the parties agreed that they would accept one arbitrator, and so instead of being the third arbitrator and being part of a panel, I ended up being the sole arbitrator.

MARY COMEAU:
That seems like a reasonable way to proceed.

JOSEPH NUSS:
Well, especially in the new Code of Civil Procedure, soon to come into force, in the amendments to the arbitration provisions, proportionality is now one of the considerations that has to be taken into account. If you have a commercial dispute involving $500,000, it is hard to justify having three lawyers as arbitrators sitting on the panel.

STEPHEN MORRISON:
I wanted to comment on something Joe said earlier on about conferencing with litigation counsel or arbitration counsel on the selection of a chair. That is an issue that is somewhat controversial now in terms of at least the Canadian and international experience as opposed to the U.S. experience, where there is still a stronger feeling that a party appointee is to some extent a representative of the party appointing them.

In Canada and in the international world, it is pretty clearly established now that the wing men or the party appointees are required to be as independent and neutral as the chair, and there is a fair bit of controversy around this idea that the party appointees can sit around with their respective instructing counsel and figure out who is going to be the chair.

The preferred practice seems to be that the two wing men, the two appointees, should confer amongst themselves. They should draw up a list of three or perhaps four potential chairs. They should rank them, you know, for their preference or perhaps availability. And then they should send a joint message to both parties' counsel to ask if either party knows of any reason why these individuals would not be suitable as a chair, so that they can identify conflicts or past relationships or anything that might result in disqualification, and then invite those comments, and then possibly have those issues dealt with in picking the chair.

It is just I think a lot of people feel it is inappropriate for the party appointee to confer with the appointing counsel on each side as to who they think the chair should be unless everyone clearly agrees that this procedure will be followed until the full tribunal is established. Nonetheless, it is not a procedure that I would encourage.

I don't think there is necessarily anything wrong with asking for a list of suggestions of people with knowledge in the area, but there is a fine line between that and advocating for the guy that your party wants.

JOSEPH NUSS:
I go along with that nuance.

MARY COMEAU:
Consulting with both of the appointing counsel as opposed to just one is really the clarification you are making, right?

STEPHEN MORRISON:
Yes, I am making the point that there should be very little contact after you are appointed as a party appointee between you and the counsel for the party that appointed you. There should be little individual contact between any member of the tribunal and any party. Even if the content of the communications are innocuous, it simply looks bad and has the potential to raise suspicions. The general rule that all communications between parties and their counsel with one or more members of the tribunal should be copied to all parties and counsel is a good rule. That is pretty much generally accepted now.

MARY COMEAU:
Yes, I agree.

LUDMILA HERBST:
I'll add one more point on the panel question, relating to the number of arbitrators. I have seen a situation, in one extended arbitration in Vancouver, where there are two arbitrators, which of course, given the even number, is inherently problematic. It arose out of very particular circumstances where the parties were comfortable with the particular individuals who were chosen to arbitrate and, on occasion, to mediate.

In BC's *Arbitration Act*, there is a provision which says that if you do have an even number of arbitrators, the arbitrators can appoint an additional person to act as an umpire if they head into difficulties.

I raise this "even number" instance simply as a further option, but definitely not one that would be warranted in most circumstances.

MARY COMEAU:
Yes, it is pretty unusual to end up with an even number of arbitrators, but apparently, from what you are telling me, it happens.

LUDMILA HERBST:
Yes.

STEPHEN MORRISON:
Well, what you sometimes see happening is that you have two co-arbitrators, one of whom is knowledgeable in arbitration practice and the other who is a non-lawyer, but who is knowledgeable in the subject matter under scrutiny. And so, if it is an engineering or a construction dispute, you could have the arbitrator sitting with a co-arbitrator who is an engineer or architect and who the parties agree is neutral and will bring expertise. But my own personal view is that I think you should have one arbitrator and then he should be appointing that other individual as an arbitrator's expert, so, in other words, you have someone who is providing neutral assistance to the arbitrator but, at the end of the day, there is one decision-maker.

MARY COMEAU:
That is an interesting approach, and certainly a lot more of the rules allow for the panel, be it a sole arbitrator or three, to appoint an expert to advise and sort of fall under that rule.

STEPHEN MORRISON:
I think almost all of the rules have a provision like that.

STEPHEN MORRISON:
I will tell you a funny story, to Joe's point about moving from three back to one.

I was a party appointee on a dispute. It wasn't a huge dispute, but the agreement required three arbitrators. So one side appointed me. The other side appointed a colleague, and it was somebody I know quite well. And the two of us sat down and we decided that we would like the then recently retired Supreme Court of Canada Justice Ian Binnie, who we both knew, to be the chair. And we went back and we told the parties of our choice, and about a week later we got an e-mail saying that we thank you all for your help but we have decided to go with one arbitrator, and it is none of the three of you.

MARY COMEAU:
That is amusing.

STEPHEN MORRISON:
At the end of the day, I suspect that we were too expensive given the size of the dispute.

MARY COMEAU:
Moving on from the appointment of arbitrators and getting more into the rules for the arbitration generally, I would like to canvass you on your views and/or preferences or experiences with ad hoc arbitration versus arbitration either under a set of rules or administered arbitrations by one of the organizations that administers arbitrations. Do you have a preference and, if so, why?

MARIE-JOSÉE HOGUE:
Actually, my preference depends on who is the arbitrator.

The experience I had actually is the Custom-made rules are quite good if you have a very good arbitrator or a good panel of arbitrators. It is, however, dangerous if you have not provided for any rules because then you may end up with arbitrators that are just applying the same rules than those that are applicable in front of the judicial courts in the same jurisdiction.

I think in these instances it very often goes against the whole idea of the arbitration, especially in terms of the timing and speed.

And so it is probably more prudent to refer to a body of rules that are already known even before the arbitrators are appointed.

MARY COMEAU:
I had the happy experience of acting as counsel in an arbitration where in the arbitration agreement, drafted well before my involvement, the parties had agreed to adopt the rules of court of Ontario. And you can imagine how well that went. Essentially we ended up paying for our own private courtroom.

The arbitrators expressed a lot of frustration through that process because they were good arbitrators. They weren't prone to following a court process. However, as one party wanted to exercise all of the rights they would have under the Rules of Court Unfortunately, that is what the parties had agreed to.

Joe, do you have a view on ad hoc versus party rules versus institutional rules?

JOSEPH NUSS:
Yes, I find that it is preferable to have the lawyers meet with the arbitrator.

I look at it from the perspective of the arbitrator. I never acted as counsel before a panel of arbitrators or a sole arbitrator.

The practice that I follow is that we have a

Canada's largest Searchable Database of ADR Professionals

The ADR Institute of Canada has cloud-based Association Management and Member Portal software. This membership database allows for membership renewals (ADRIO, ADRSK and ADRIM), online payments, event registration, etc., with additional features to be added over time.

This software also houses the ***New and Improved ADR CONNECT***, Canada's largest database of ADR Professionals. Your Member Profile is key to the online search tool that will allow anyone looking for ADR services to find you by specialty area, services provided, languages spoken and/or geographic location. ***Members: ensure that you have completed your Profile so clients can find you!*** Also please note: members must have a complete profile to be considered for any ADR Institute Roster opportunities.

Fast, Effective, Accurate.

MEDIATIONS ARBITRATIONS ONE PLACE

Everything you need, where you need it.

Using the latest technology
to capture an exact record.

NEESON
For booking information
call 416.413.7755

Neeson & Associates
COURT REPORTING AND CAPTIONING INC.

141 Adelaide St. W., 11th Floor, Toronto
neesoncourtreporting.com

session at which we canvass the procedure to be followed, whether there are going to be any preliminary proceedings, any examinations on discovery, requests for documents, etc. At the end of the day, under the Quebec rules, it is the arbitrator who decides, but an arbitrator doesn't decide out of the blue. An arbitrator will hear what the lawyers have to say and then, taking into account their submissions, he will decide.

And I find that this manner of proceeding has worked very well, that basically there is, almost always, agreement reached as to the procedure and timetable of the arbitration, keeping in mind the desire to avoid duplication, to cut down costs and to act in an efficient manner.

There could be a number of sessions during the course of an arbitration where rulings or orders will come down, depending upon the difficulty and complexity of the case, but which ultimately are for the purpose of establishing an efficient manner of proceeding.

STEPHEN MORRISON:
I think it is important to distinguish between domestic and international arbitration.

I also think it is important to distinguish between using the rules of a particular organization versus subjecting yourself to the administration of that organization and using their rules.

In domestic arbitrations, I am always strongly in favour of the *ad hoc* approach, because I think if the first benefit of arbitration is the ability to select your own decision-maker, the second most important benefit of arbitration is the ability to design your own process where you are not encumbered by procedural rules that may not fit well with the dispute.

Even when I am supposed to be using the rules of the ADR Institute of Canada or the CCDC rules, I still have a first procedural meeting with the parties. We sit down and work out our own rules almost every time on a consensual basis where the institutional rules then become virtually irrelevant.

I also find that in domestic sets of rules, if you compare them to the Arbitration Act, they are almost identical anyway.

So we have a framework domestically in our provincial arbitration legislation that gives us all the rules we need, and then the arbitrators and the parties should be designing their own process. We have our own timetable. We decide what levels of disclosure and documentary production are required. And I will then issue a first procedural order which will set out all of that stuff.

And then, it is not uncommon that we may have an application or a motion which will result in a further procedural interim order, and I would say that happens 50 percent of the time where I have to deal with something prior to the hearing.

Moving to international, I think it is very important to be working under a set of international rules and most of the time under the administration of an international arbitration institution, and I say that because we are dealing, in many cases, with very different cultures, very different judicial systems, very different customs, and it is much, much harder to get consensus. And, if you are dealing with parties in some jurisdictions, they may have never heard of documentary disclosure in the way that we might think of it. Also, may not know what we mean by examinations for discovery.

You really want to be working with a clear-cut set of rules and an institution that is administering this on your behalf. And part of the reason why that is so important is, at the end of the day, you want to make sure your award is going to be enforceable in the appropriate jurisdiction. And if you do it *ad hoc*, there is a much greater danger that a court which has to enforce your award in some country somewhere in the world will not enforce it because it will find that it isn't compliant with UNCITRAL or whatever other treaty requirements they have in that country. And so the parties go through a big arbitration that you have designed in an *ad hoc* fashion, and then it is not enforceable.

The benefit of the institutional oversight like the ICC is that when you issue your award, it is carefully vetted by their own court to make sure that it is compliant with international standards and will likely be enforceable in whatever jurisdiction it needs to be enforced in.

MARY COMEAU:
I think that is a very helpful bifurcated answer and I do think that is the reality.

I think there is a difference, in my own experience, between international and domestic as to how much administering of the arbitration might be necessary.

However, my experience in domestic arbitrations, which is where most of my experience is, I find that having an administering body is also helpful where you have a party that is not participating, be it either not paying its share of the costs as matters are proceeding or not responding to matters either from the other

ADR Outsourcing

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

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

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

party or from the arbitrator or arbitrators.

I am wondering if anybody else has experienced having administered arbitrations domestically and have had any experience with what are the benefits in that setting?

LUDMILA HERBST:
Yes, I agree with your observations, Mary, as to the benefit of an administering body. Even if you don't have a really crystallized concern that one of the parties isn't going to participate, there is a certain amount of reassurance that parties may derive from the fact that a body is there to serve as a registry and perhaps to exert at least some moral pressure should issues later arise.

Now, how much that translates in reality into action by the administering institution I suppose depends on the institution. However, apart from the fact that even the background presence of such an institution may be somewhat reassuring to parties, it may also provide some reassurance to those lawyers who don't have a lot of experience with arbitration and might otherwise be deterred from recommending it to their clients. They can draw a parallel to a court process not so much in terms of the procedural rules that may be implemented but in terms of the familiarity of having a place to deposit things and send documents that is there in the background.

Another potential benefit of involving certain administering institutions is their ability to provide access to an emergency arbitrator, when you need some sort of interim relief during the period pending the actual appointment of an arbitrator by the parties.

MARY COMEAU:
Yes, the ICC rules do allow for an emergency arbitrator, as do a lot of the international rules. The ADRIC rules are in the process of being amended and they as well will provide for the appointment of an emergency arbitrator as well.

When this procedure has been added to the rules of institutions such as ICDR and ADRIC and ICC, it was one of the things that a lot of the parties asked for. They saw a need for this, an appointment of emergency arbitrators to deal with matters that needed to be dealt with on very short timelines.

And the tribunal that is appointed to deal with the interim application is obviously not the one that is ultimately appointed in the matter. It is just temporarily appointed to deal with an urgent issue.

I saw statistics about a year ago that showed that those rules were very seldom used and it wasn't a process that parties generally were accessing as much as parties had indicated this was something that they would like.

So it will be interesting to see when ADRIC brings that provision in whether we will see it actually being used.

STEPHEN MORRISON:
It is relatively infrequent. It usually is for international arbitration because, if it is a domestic arbitration and somebody needs an injunction or a right to inspect property, or an order for the preservation of property, or where there is a concern that some evidence will be destroyed, most parties domestically will run off to court to try and get that order rather than figure out how to get an emergency arbitrator appointed, even though they are going to say to the court that, ultimately, this will go to arbitration.

But internationally, what court are they going to run off to? I mean, it could be they'll have access to reputable courts but, in some cases, they are going to be in a tough situation, unless they can get an emergency arbitrator on board quickly.

MARY COMEAU:
That is a really good point.

Another issue that has arisen in terms of administering arbitrations is dealing with the payment of fees. There has been some case law out of the U.S., suggesting that if the arbitrator is dealing with the administration of the fees and the payments of fees and there is a party that is not paying, that can give rise to bias on behalf of the arbitrator in coming to a decision.

And so another benefit of having an administering body in between is that the administering body can deal with the payments of fees and the arbitrators don't have direct exposure to who is or who is not paying the bills, which was something I hadn't thought of before seeing those cases and having that issue arise.

MARIE-JOSÉE HOGUE:
But that is a very good point, and I think that one of the advantages of having an institution overseeing is also that actually the parties as well as the attorneys acting on behalf of the parties are very often much more reasonable, so there is no need very often to ask for the assistance of the institution but the mere fact that it is there is very often sufficient.

STEPHEN MORRISON:
I'm dealing with a domestic one right now where the parties reserved the date. They put aside the date. One party paid the deposit. The other party hasn't paid the deposit. And then they settled. But they still need me to deal with the cost award and issue a formal order so that it is enforceable.

And I have just received their various cost submissions, and I will be making my decision on the costs award shortly. But I will not be releasing my costs award until the other party pays the deposit or the party who has paid agrees to be responsible for that fee, subject to getting it back through enforcement proceedings.

So we don't really need an institution to deal with this, but it can be helpful.

MARY COMEAU:
Well, and that segues into our last topic, which is rules to deal with post-dispute issues. Going back to the comment Marie-Josée made earlier that parties often don't anticipate the need to replace an arbitrator once there is originally an appointment.

I think parties also often don't anticipate dealing with post-dispute issues in the rules that they set out. And I have been

involved in some very protracted proceedings where it is not clear whether the panel that was formed to deal with the dispute still has jurisdiction to deal with the post-dispute issues or whether they have now given rise to a new dispute that a new panel needs to be appointed to deal with.

JOSEPH NUSS:
I must say that I haven't had that experience. Our domestic rules in Quebec, provide for the possibility of a party, with the consent of the other party requesting the tribunal to interpret a specific part of its award and that request has to be made within a delay of 30 days.

But I have never had such a request, so I really can't speak from personal experience on that.

And with respect to the question of costs, it follows the ordinary procedure of costs being assessed and sometimes, at the request of the parties, the assessment of the costs is put off until after the award on the substance of the matter is filed.

But the specific issue of parties wanting to annul an award or ask for an interpretation hasn't come up, in my experience.

MARIE-JOSÉE HOGUE:
When we are talking about post-dispute issues, I think we have to make a distinction whether the parties are in agreement as to what they want to do or they are not, because if they are in agreement, my experience, and it happened in a few instances, actually in civil instances, where for whatever reason we decided to modify, for example, the procedure that was already contemplated or decided upon in the arbitration clause. And we never encountered any problem doing it. The arbitrators have always agreed as long as the parties were in agreement.

The problem, in my mind, arises when there is a need for something post-arbitration but where there is no agreement between the parties. For example, let's say that you have an award that is unclear as to what should be done by one or the other.

MARY COMEAU:
I think that is the type of situation that I was referring to where you have an award and nobody seeks a clarification. As you point out, Joe, a lot of the Arbitration Acts and rules will say that you have 30 or 60 days. So nobody does that, but as the parties are enforcing the award and they realize a few months down the road that they are interpreting the award differently and have a different view as to what they should now do.

Well, one party will say, well, this is a new dispute and let's form an arbitration panel and let's deal with that, and the other party says no, no, no, this is what the panel just dealt with.

MARIE-JOSÉE HOGUE:
And then you will make the argument that the arbitrators are *functus officio*. They are no longer in power and they cannot do anything —

STEPHEN MORRISON:
Well, I have only had one or two situations where one party comes back and asks for a re-opener based on some ground that, you know, they think they should have a chance to re-argue something or defend something and the other side objects — and I mean, obviously, if they agree, it is easy — but if the other side objects, I have had to say, look I have delivered my final award and you have the right to challenge it within the limited scope provided for by the legislation. But I really can't re-open it unless both parties agree. It is pretty simple.

MARY COMEAU:
And that is my conclusion, from having looked at that issue, and I think the parties' choice is to enforce the arbitration through the courts and argue there as to your differing views as to what it means and, sadly, you are going to have to have the court try and figure that out. It becomes very complicated.

But I think you are right, Stephen if the parties have agreed that the arbitrator will make a decision and make an award, and they make an award and nobody asks for a clarification within the time frame that the arbitrators still have some jurisdiction, they no longer have any jurisdiction.

MARIE-JOSÉE HOGUE:
This is more a question than a comment. Has anyone ever seen a provision by which the arbitrators will keep the authority to expand or to correct an award that would have been rendered months before, I mean after the usual 30 days or 60 days, depending on the rules? Have you ever seen something of that sort?

MARY COMEAU:
I have never.

STEPHEN MORRISON:
I could imagine a situation where the award envisaged something happening in the future that could affect the results of some calculation, in other words, where you didn't have perfect knowledge at the time of the award to actually render a final decision, in which case you might say this is an interim award. When the project is completed — and this could happen perhaps in the context of an ongoing construction project, that the parties will come back to me when we have exact knowledge of what the expenses were, and I'll then deliver a final award based on that additional information. And so, in other words, I'll decide

Advertise
Affichez votre publicité

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

Advertise in the Canadian Arbitration and Mediation Journal
Ask for a rate card:
Affichez votre publicité dans le Journal canadien d'arbitrage et de médiation
Informez-vous sur les tarifs :

JOURNAL@adrcanada.ca
416-487-4733 • 877-475-4353

the merits of the entitlement but not the actual quantum.

But that is still not going to be a final award until the return date, in which case it would then be a final award and subject to the usual 30-day correction period.

MARY COMEAU:
I have had situations where the parties have agreed to and I had one situation where the panel asked for it to be put in and it was put into the arbitration agreement that the panel maintains the jurisdiction to deal with any issues arising out of their award.

I have had a situation where that type of a clause gave rise to issues relating to whether, again, a matter was a new dispute that needed to be dealt with by another panel or whether it was a dispute that arose out of the award and therefore was within the jurisdiction of the panel that had issued that award. So clauses like that I think when you put them in seem to be very helpful, but in practice sometimes they can lead to more disputes.

STEPHEN MORRISON:
You have to be very careful because clauses like that could affect the finality of your award.

MARY COMEAU:
Exactly.

STEPHEN MORRISON:
I do this in mediated settlement agreements quite often where the parties put a clause at the very end of their minutes of settlement saying that if any disputes of interpretation arise with respect to these minutes of settlement, the parties agree to come back to the mediator before they run off to court, to allow the mediator an opportunity to resolve any issues that arise. But, if they do come back, I'm still in mediation mode if I'm going to try to resolve the problem. There is no issue as to finality as there might be with a similar provision in an arbitration award.

MARY COMEAU:
Well, our hour is just about up, but I think we have gotten through a lot of the questions.

STEPHEN MORRISON:
Thank you for organizing this.

MARY COMEAU:
I want to thank you all for participating and for a very interesting discussion. My take away is that ad hoc arbitration is alive and well domestically. Internationally, institutionally administered arbitration is recommended.

Mary Comeau, LL.B.
Mary Comeau practises at Norton Rose Fulbright in the area of dispute resolution, focusing on corporate-commercial and securities law, oil and gas, and electricity. Ms. Comeau has appeared in all levels of courts in Alberta and before the Federal Court of Canada and the Supreme Court of Canada. She has also acted as counsel in numerous arbitrations and mediations locally and internationally and is currently an executive director of the ADR Institute of Canada, Inc.

Ludmila Herbst
Ludmila is a commercial litigator at Farris, Vaughan, Wills & Murphy LLP in Vancouver. Ludmila is also the co-author of Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations.

Marie-Josée Hogue
Recognized as one of Canada's leading litigators, Ms. Hogue focusses her practice on commercial litigation and professional liability at McCarthy Tétrault, one of Canada's leading national law firms.

Stephen Morrison LL.B., C.Arb, C.Med, FCIArb
Stephen is a partner at Cassels Brock & Blackwell LLP, a Resident Mediator and Arbitrator at Arbitration Place, and a member of the Executive Committee of the Toronto Commercial Arbitration Society.

Hon. Joseph R. Nuss, Q.C., c.r., Ad. E.
Senior Counsel at Woods LLP whose practice is concentrated on acting as an independent arbitrator and mediator in matters of Canadian and International Commercial Arbitration and Mediation. He is a lecturer on arbitration and mediation at national and international conferences. He was a judge of the Quebec Court of Appeal from May 1995 to November 2009. He also acted as mediator in the Court's system of mediation. He is a Fellow of the ACTL and member of the IBA, LCIA, ICC Canada and ICDR. He is bilingual in English and French and also speaks Italian.

Corporate Membership
Adhésion corporative

To inquire about corporate memberships, please call Janet McKay, Executive Director.

Pour en savoir davantage sur les adhésions corporatives, veuillez contacter Janet McKay, Directrice générale.

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

416-487-4733 • 1-877-475-4353 janetmckay@adrcanada.ca

Table ronde sur les règles d'arbitrage

Transcription fournie gratuitement par *Neeson Group Reporting Services*

Mary Comeau, LL.B.

Ludmila Herbst

Marie-Josée Hogue

Stephen Morrison, LL.B., Arb.A, Méd.A, FCIArb

Hon. Joseph R. Nuss, c.r., Ad. E.

MARY COMEAU :

La discussion d'aujourd'hui porte essentiellement sur le choix des règles d'arbitrage. Je souhaitais avant tout obtenir l'opinion des participants sur les clauses d'arbitrage préalables aux différends et, plus particulièrement, les mécanismes utilisés pour nommer les arbitres :

le processus de nomination d'un arbitre unique pour un arbitrage ad hoc, *les méthodes les plus efficaces et celles que vous déconseilleriez, compte tenu de votre expérience.*

STEPHEN MORRISON :

Selon mon expérience, ce que l'on retrouve le plus souvent est une clause qui indique de conduire l'arbitrage conformément à la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* de l'Ontario, ou d'un autre territoire de compétence donné. Cette loi indique la marche à suivre pour constituer un tribunal si les parties ne parviennent à une entente.

Dans les contrats de construction, on fait parfois référence aux Règles de médiation et d'arbitrage pour les différends relatifs aux travaux de construction du Comité canadien des documents de construction (CCDC), qui indiquent dans les deux cas les procédures à suivre pour nommer un tiers si les parties ne s'entendent pas. Toutefois, selon mon expérience, dans 99 % des cas, les parties choisissent l'arbitre de manière consensuelle.

Selon moi, la beauté de l'arbitrage – l'un de ses principaux avantages – est que les parties peuvent choisir leur juge, contrairement à un tribunal où l'administrateur du procès choisit votre tribune. L'une des difficultés en matière de clauses d'arbitrage consiste à déterminer la mesure dans laquelle il est recommandable d'inclure dans ces clauses des lignes directrices concernant les méthodes de nomination ou les qualifications de l'arbitre. Le fait que l'un des principaux avantages de cette procédure est la possibilité de choisir son propre juge, c'est-à-dire une personne à laquelle les deux parties font confiance et qui, espérons-le, possèdera quelques connaissances concernant l'objet du différend, permet de gagner énormément de temps à l'étape probatoire. Selon moi, il est préférable de ne pas alourdir les clauses avec d'innombrables directives ou restrictions, et d'accorder la plus grande latitude possible aux parties en ce qui a trait au choix de leur(s) arbitre(s), sans le leur imposer.

Dans certains cas, on préconise que l'arbitre possède de solides connaissances dans le domaine du contrat. Dans d'autres, on exigera que l'arbitre retenu soit membre de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, d'un autre organisme, ou même, parfois, qu'il soit membre d'un institut agréé. Je m'interroge sur la valeur de ces dispositions. Je me souviens avoir été contacté pour savoir si j'étais membre d'un organisme particulier. Je ne l'étais pas, mais j'ai répondu que je pouvais le devenir. J'entends par là que ces clauses n'ont pas vraiment de sens, car, pour une centaine de dollars, vous pouviez devenir membre de cet organisme sans répondre à aucune sorte d'exigence.

MARIE-JOSÉE HOGUE :

Je suis entièrement d'accord avec ces commentaires. La seule chose que j'ajouterais – chose que l'on oublie, selon moi, très souvent durant la rédaction de ces clauses – est un mécanisme permettant de remplacer l'arbitre nommé si, pour une raison quelconque, après avoir accepté le mandat l'arbitre nommé ne peut le remplir jusqu'à son terme.

De plus, ici, au Québec, – je ne sais pas comment les choses fonctionnent ailleurs – trouver un suppléant peut engendrer d'énormes retards si les parties ne s'entendent pas sur le remplaçant choisi ou au moins sur la marche à suivre pour le nommer.

Je suis donc d'avis qu'il devrait y avoir deux étapes que vous connaissez : une procédure de nomination de l'arbitre (lorsqu'il n'y en a qu'un), mais également une autre permettant de lui trouver un remplaçant, car très souvent, l'arbitre peut, pour une raison ou une autre, ne pas être en mesure d'achever son travail.

STEPHEN MORRISON :
En Ontario, les dispositions de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, comme la plupart des règles institutionnelles, sont précises à cet égard. Toutefois, je suppose que, sauf si les parties ont expressément exclu la loi sur l'arbitrage de leur territoire de compétence, cette dernière s'applique par défaut à toute situation d'arbitrage ayant lieu sur ce territoire. Voilà la procédure à suivre.

LUDMILA HERBST :
Oui. J'ajouterais quelques renseignements supplémentaires relatifs au contexte de la Colombie-Britannique, où j'exerce. Mes commentaires concernent en partie la deuxième question – les règles de procédure – à laquelle nous répondrons, mais touchent également à la nomination des arbitres. En Colombie-Britannique, la *Loi sur l'arbitrage* – de portée nationale – prévoit que, sauf indication contraire des parties, les règles nationales du British Columbia International Commercial Arbitration Centre en matière d'arbitrage commercial s'appliquent par défaut.

Les parties doivent retenir cette information parce que ces règles établissent non seulement le processus de nomination, mais indiquent aussi explicitement que le British Columbia International Commercial Arbitration Centre a autorité pour nommer l'arbitre. Cela implique que les parties doivent s'organiser si elles souhaitent disposer d'un processus différent ou que l'arbitre soit nommé par une autre autorité. Elles doivent y réfléchir attentivement et examiner les règles de procédure qui seront réellement prises en compte à cet égard avant de convenir d'une entente particulière pour leur arbitrage.

MARY COMEAU :
Certains d'entre vous ont-ils des opinions particulières concernant les diverses autorités investies du pouvoir de nomination? Avez-vous déjà été désignés par l'une d'elles?

JOSEPH NUSS :
Bien souvent, une partie ou les deux proposeront plusieurs noms d'arbitres potentiels à l'autorité investie du pouvoir de nomination. Dans le cadre d'un différend, deux parties ont suggéré à la CCI de faire appel à moi en tant qu'arbitre. Cela n'obligeait pas cette dernière à accepter. Avant de nommer l'arbitre, la CCI m'a envoyé un questionnaire et m'a posé plusieurs questions pour vérifier mon impartialité et mon indépendance.

Par conséquent, la procédure était à l'initiative des parties, mais le choix de l'arbitre est revenu à la CCI.

MARY COMEAU :
Lorsque vous dites que l'arbitre a été nommé par les parties, l'a-t-il été par l'une d'elles ou par les deux?

JOSEPH NUSS :
Par les deux. Les deux parties se sont mises d'accord.

STEPHEN MORRISON :
Selon moi, même si techniquement l'autorité investie du pouvoir de nomination a le droit de choisir l'arbitre, elle acceptera presque toujours une suggestion commune des parties, que l'arbitrage ait lieu à l'échelle nationale ou internationale, ce qui, comme vous le savez, respecte les principes d'autonomie des parties qui régissent généralement l'arbitrage. Il lui faudrait d'excellentes raisons pour rejeter une proposition commune des parties.

JOSEPH NUSS :
Un arbitre croulant sous une charge de travail importante pourrait être un facteur décisif. Par exemple, la CCI souhaite connaître le nombre exact de dossiers en cours d'un arbitre, et savoir s'il dispose d'assez de temps pour s'y préparer, assister à l'audience et se prononcer dans un délai raisonnable. Je peux donc très bien imaginer la CCI demander dans son questionnaire à un arbitre qui semble parfaitement convenir aux deux parties, le nombre de dossiers qu'il a en cours, la date à laquelle il pense les terminer et le moment où il estime être en mesure de rendre une décision. Et si la CCI estime qu'elle ne souhaite pas attendre un an et demi ou deux ans, la suggestion des parties pourrait bien être rejetée.

MARY COMEAU :
Cela ne m'est jamais arrivé, mais je me demande si l'autorité investie du pouvoir de nomination pourrait se tourner vers les parties et les informer du problème, à savoir que leur suggestion ne répond pas aux critères habituels, puis leur demander si elles sont prêtes à composer avec les conséquences de leur choix. Dans l'affirmative, elle pourrait accepter la suggestion.

Je ne sais pas comment la CCI réagirait dans une telle situation. Je ne sais pas si l'un d'entre vous a une opinion sur ce que ferait une autorité investie du pouvoir de nomination si les parties acceptaient de nommer un arbitre qui ne répond pas aux critères.

MARIE-JOSÉE HOGUE :
Mais si les parties s'entendent et que, pour une raison quelconque, l'autorité investie du pouvoir de nomination ne souhaite pas suivre leur recommandation, elles peuvent facilement contourner le problème en nommant directement un arbitre, en convenant des règles à suivre. Elles peuvent même décider d'appliquer les règles de l'autorité investie du pouvoir de nomination pour aboutir au résultat qu'elles ont choisi.

STEPHEN MORRISON :
Aussi, à des fins pratiques, si l'autorité investie du pouvoir de nomination rejetait la suggestion des parties, elles pourraient simplement se soustraire à la supervision de cet organisme et procéder, comme d'habitude, à l'arbitrage *ad hoc* de leur choix.

MARY COMEAU :
J'imagine que le dilemme serait de savoir si les parties souhaitent obtenir un appui général de l'organisme, mais qu'elles rejetaient l'arbitre que vous avez choisi. Ce dilemme pourrait effectivement survenir, mais il semble que ce ne soit pas une situation courante.

Qu'en est-il de l'expérience des parties à l'égard des nominations par des comités et, plus particulièrement, de la nomination d'un président dans le cadre d'un arbitrage ad hoc*?*

Joe, peut-être pourriez-vous nous donner votre opinion, selon votre expérience, concernant les bonnes méthodes ou règles à suivre, et celles à éviter?

JOSEPH NUSS :
Souvent, chaque parti nomme un arbitre, puis ces deux arbitres en nomment un troisième qui présidera l'arbitrage, bien que cette façon de faire ne soit pas obligatoire. Dans certains cas, une fois le troisième arbitre nommé, les trois arbitres décident de concert lequel d'entre eux présidera l'arbitrage.

Selon mon expérience, les arbitres prendront cette décision avec l'avocat qui les a nommés. Cela semble être une pratique courante. Si tout va bien, l'arbitre nommé conviendra à tout le monde.

Au Québec, le *Code de procédure civile* actuel prévoit trois arbitres lorsque la clause d'arbitrage ne précise pas leur nombre. Je devrais ajouter que le nouveau *Code de procédure civile* (L.Q. 2014, c.1) qui a été récemment adopté et qui entrera en vigueur à l'automne 2015, prévoit un arbitre, sauf indication contraire des parties.

Il m'est arrivé de voir des arbitres nommés par chaque partie pour en arriver à la conclusion, après réflexion, que le montant du différend ne justifiait pas la nomination de trois arbitres. On m'a également posé les questions suivantes : Nous avons décidé que nous souhaiterions que vous interveniez en qualité de troisième arbitre, mais accepteriez-vous d'agir en tant arbitre unique? Nous souhaiterions communiquer avec les personnes que nous avons nommées et leur suggérer de ne nommer qu'un seul arbitre, à savoir vous. Accepteriez-vous d'agir en qualité d'arbitre dans l'une ou l'autre des situations?

Cela m'est arrivé à deux reprises récemment et, dans les deux cas, les parties ont accepté de recourir à un seul arbitre. Ainsi, au lieu d'être le troisième arbitre et d'être membre d'un comité, j'ai finalement été arbitre unique.

MARY COMEAU :
Cette façon de procéder semble raisonnable.

JOSEPH NUSS :
La proportionnalité figure désormais parmi les considérations à prendre en compte, en particulier dans les modifications apportées aux dispositions relatives à l'arbitrage du nouveau *Code de procédure civile* qui entrera bientôt en vigueur. En cas de différend commercial d'un montant de 500 000 $, il est difficile de justifier la constitution d'un comité d'arbitres comprenant trois avocats.

STEPHEN MORRISON :
Je souhaitais revenir sur les propos de Joe un peu plus tôt concernant la concertation avec des avocats spécialistes des litiges ou des arbitrages pour sélectionner un président. Cette question est quelque peu controversée à l'heure actuelle, du moins au Canada et à l'étranger comparativement aux pratiques américaines, où subsiste une forte impression qu'un arbitre nommé par l'une des parties représente cette dernière dans une certaine mesure.

Au Canada et à l'étranger, il est désormais assez clairement établi que les représentants des parties, ou les personnes qu'elles nomment, doivent être indépendants et neutres lorsqu'ils président l'arbitrage. L'idée selon laquelle ces personnes peuvent s'assoir avec leur avocat-conseil respectif et choisir le président est également assez controversée.

Il semble que la pratique veuille que les deux représentants des parties, les deux personnes nommées, décident de concert. Elles devraient dresser une liste de trois, voire quatre présidents potentiels, puis les classer selon leur préférence ou leur disponibilité. Ensuite, elles devraient envoyer un message commun aux avocats des deux parties pour leur demander si l'une d'elles voit une raison qui justifierait de ne pas laisser ces personnes présider l'arbitrage, afin de cerner les conflits, les anciennes relations ou toutes autres choses susceptibles d'entraîner leur disqualification, puis utiliser ces commentaires, voire résoudre ces questions pour désigner le président.

Selon moi, cela tient seulement au fait que de nombreuses personnes voient d'un mauvais œil que l'arbitre proposé par l'une des parties consulte l'avocat investi du pouvoir de nomination de l'autre partie concernant le choix du président, excepté si tout le monde accepte de suivre cette procédure jusqu'à la constitution complète du tribunal. Néanmoins, ce n'est pas une procédure que je recommanderais.

Je ne vois pas nécessairement de mal à demander une liste suggérant des personnes possédant des connaissances dans le domaine. Toutefois, la distinction entre cela et appuyer le candidat proposé par votre partie est floue.

JOSEPH NUSS :
J'approuve cette nuance.

MARY COMEAU :
Vous soulignez donc vraiment la distinction entre le fait de consulter les deux avocats investis du pouvoir de nomination plutôt qu'un seul?

STEPHEN MORRISON :
Oui. J'insiste sur le fait que, dès lors qu'une partie vous a nommé comme arbitre potentiel, vous devriez avoir très peu de contacts avec l'avocat qui vous a nommé pour votre partie. Il devrait y avoir peu de contacts individuels entre le tribunal et l'une ou l'autre des parties. Même si l'objet de la communication est anodin, cela a mauvais effet et peut entraîner des suspicions. La règle générale qui veut que toute communication entre une partie et son avocat et un ou plusieurs membres du tribunal soit transmise à l'ensemble des parties et à leur avocat est appropriée. Cette procédure est très largement répandue.

MARY COMEAU :
Oui, je suis d'accord.

LUDMILA HERBST :
J'ajouterais un commentaire supplémentaire en lien avec le comité et le nombre d'arbitres. J'ai assisté à un long arbitrage à Vancouver au cours duquel il y avait deux arbitres, ce qui, bien entendu, pose problème étant donné qu'il s'agit d'un nombre pair. Cette situation était le fruit de circonstances particulières dans lesquelles les parties ont accepté les personnes nommées pour intervenir en qualité d'arbitres et, à l'occasion, en tant que médiateurs.

La *Loi sur l'arbitrage* de la Colombie-Britannique comprend une disposition qui stipule qu'en cas de nombre pair d'arbitres, ces derniers peuvent en nommer un sup-

plémentaire qui les départagera s'ils rencontrent des difficultés.

J'ai donné l'exemple du « nombre pair » d'arbitres simplement en tant que possibilité supplémentaire, mais certainement pas en tant que situation justifiée dans la plupart des cas.

MARY COMEAU :
Oui. Il est assez inhabituel qu'il y ait un nombre pair d'arbitres, mais, apparemment, selon ce que vous me dites, cela arrive.

LUDMILA HERBST :
Oui.

STEPHEN MORRISON :
On rencontre aussi parfois des situations dans lesquelles il y a deux coarbitres : l'un qui possède de solides connaissances en matière d'arbitrage et l'autre qui n'est pas avocat, mais qui connaît bien le différend en question. Ainsi, s'il s'agit d'un différend lié à l'ingénierie ou à la construction, l'arbitre pourrait faire équipe avec un coarbitre ingénieur ou architecte, que les parties estiment neutre et expert. Mais selon moi, il faut nommer un arbitre qui désignera le coarbitre expert. En d'autres termes, une personne apporte son aide de façon neutre à l'arbitre, mais, en fin ce compte, il n'y a qu'un seul décideur.

MARY COMEAU :
Cette approche est intéressante, et il existe certainement beaucoup plus de règles qui autorisent un comité d'arbitrage, composé d'un arbitre unique ou de trois arbitres, à nommer un expert-conseil et qui cadrent en quelque sorte avec cette règle.

STEPHEN MORRISON :
Selon moi, presque toutes les règles incluent une telle disposition.

STEPHEN MORRISON :
Je vais vous raconter une anecdote amusante qui va dans le sens du propos de Joe concernant le passage de trois arbitres à un seul.

J'avais été nommé en tant qu'arbitre par une partie dans le cadre d'un différend. Ce n'était pas un différend important, mais l'entente exigeait trois arbitres. Je fus donc nommé par l'une des parties. L'autre partie nomma un collègue, quelqu'un que je connaissais d'ailleurs assez bien. Nous nous sommes assis tous les deux et avons décidé de nommer président Ian Binnie, juge de la Cour suprême récemment à la retraite, que nous connaissions tous les deux. Nous nous sommes donc tournés vers les parties pour les informer de notre choix. Environ une semaine plus tard, nous recevions un courriel nous remerciant de notre aide précieuse, mais indiquant que les parties avaient décidé de faire appel à un seul arbitre et qu'il ne s'agissait d'aucun d'entre nous.

MARY COMEAU :
C'est amusant.

STEPHEN MORRISON :
Après réflexion, je soupçonne que nous étions trop chers compte tenu du montant du différend.

MARY COMEAU :
Délaissons la nomination des arbitres pour nous pencher sur les règles d'arbitrage de façon générale. J'aimerais connaître vos points de vue, vos préférences ou vos expériences en ce qui a trait à un arbitrage ad hoc *par rapport à un arbitrage régi par un ensemble de règles (un arbitrage administré) par l'un des organismes spécialisés en la matière. Avez-vous une préférence et, dans l'affirmative, pourquoi?*

MARIE-JOSÉE HOGUE :
Pour ma part, cela dépend de l'arbitre nommé.

Selon mon expérience, des règles personnalisées constituent une bonne solution si vous disposez d'un très bon arbitre ou d'un bon comité d'arbitres. Toutefois, cela reste dangereux si vous n'avez défini aucune règle parce que vous pourriez vous retrouver avec des arbitres qui se contentent d'appliquer les mêmes règles que celles applicables face aux tribunaux judiciaires du même territoire de compétence.

Dans de telles situations, j'estime que cela va très souvent à l'encontre de l'idée même de l'arbitrage, particulièrement en matière de durée et de rapidité.

Il est, par conséquent, probablement plus prudent de se référer à un ensemble de règles connues avant même la nomination

Annonce importante de l'IAMC et ADRIO

Suite à la croissance et la réussite constante de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc. (« IAMC ») et de son affilié ontarien, ADR Institute of Ontario Inc. (« ADRIO »), les membres des conseils d'administration de l'IAMC et ADRIO sont heureux de vous aviser qu'à compter de maintenant, deux directeurs exécutifs sont en poste à temps plein pour appuyer le personnel professionnel commun aux deux organisations. Ainsi, Mary Anne Harnick devient la première directrice exécutive de ADRIO, et Janet McKay, qui agissait à titre de directrice du développement des affaires pour les deux organisations, devient la directrice exécutive de l'IAMC. Ces changements sont conçus pour mieux répondre aux exigences de ces deux rôles, et les membres des conseils d'administration de l'IAMC et ADRIO félicitent Mary Anne et Janet pour leurs nominations.

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

ADR Institute of Ontario, Inc.
Anne E. Grant, LL.M.(PRD), Méd.A
présidente

des arbitres.

MARY COMEAU :
J'ai eu la chance d'intervenir en tant qu'avocate dans un arbitrage où les parties avaient convenu, dans la convention d'arbitrage rédigée bien avant ma nomination, d'adopter les règles de la Cour de l'Ontario. Vous pouvez imaginer à quel point l'arbitrage s'est bien déroulé. Nous avons dû payer notre propre salle de cours.

Les arbitres se sont dits très frustrés par ce processus parce qu'ils étaient de bons arbitres. Ils n'étaient pas favorables à l'idée de procéder comme au tribunal. Cependant, l'une des parties souhaitait exercer tous les droits dont elle disposait en vertu des règles de procédure. Malheureusement, ces règles étaient celles que les parties avaient choisies.

Joe, avez-vous une opinion sur les arbitrages ad hoc par rapport à ceux régis par les règles institutionnelles?

JOSEPH NUSS :
Oui. Il est, selon moi, préférable que des avocats rencontrent l'arbitre.

Je me mets à la place de ce dernier. Je ne suis jamais intervenu en tant qu'avocat avant devant un comité d'arbitres ou un arbitre unique.

Dans ma façon de procéder, nous nous réunissons afin de définir la procédure à suivre, de déterminer s'il va y avoir des instances préliminaires, des interrogatoires préalables, des demandes de documents, etc. En fin de compte, selon les règles du Québec, il appartient à l'arbitre de décider, mais il ne se prononce pas au hasard. Il entendra les arguments des avocats, puis rendra sa décision en tenant compte de leurs exposés.

Pour moi, cette façon de procéder fonctionne très bien, si bien que l'on parvient, presque toujours, à une entente quant à la procédure et aux délais de l'arbitrage, en gardant à l'esprit la volonté d'éviter les répétitions, de réduire les coûts et d'agir efficacement.

Il peut y avoir un certain nombre de rencontres pendant la durée de l'arbitrage durant lesquelles des décisions ou des ordonnances seront rendues, en fonction de la difficulté et de la complexité du cas, mais qui visent finalement uniquement à établir une procédure efficace.

STEPHEN MORRISON :
Selon moi, il est important de distinguer les arbitrages nationaux et internationaux.

Je suis aussi d'avis qu'il est important de faire la différence entre utiliser les règles d'un organisme particulier, et le fait de se placer sous sa supervision administrative et d'utiliser ses règles.

Au cours d'un arbitrage national, je suis toujours très favorable à l'approche *ad hoc*, parce que j'estime que l'arbitrage offre plusieurs avantages importants : le premier est la possibilité de choisir votre propre décideur, le deuxième celle d'établir votre propre procédure sans vous encombrer de règles de procédure susceptibles de ne pas correspondre au différend.

Même lorsque je suis censé utiliser les règles de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada ou du CCDC, je rencontre tout de même les parties à des fins de procédure. Nous nous asseyons et établissons nos propres règles, presque toujours de manière consensuelle, rendant alors les règles institutionnelles pratiquement superflues.

Il me semble également que si l'on compare des ensembles de règles nationales à la *Loi sur l'arbitrage*, elles sont, de toute manière, presque identiques.

Les lois d'arbitrage provinciales entrent donc dans un cadre national qui nous offre toutes les règles nécessaires. Les arbitres et les parties doivent ensuite concevoir leur propre processus. Nous établissons notre propre échéancier. Nous décidons des niveaux de divulgation et production de documents requis. Je rends alors une première ordonnance de procédure qui établira tous ces paramètres.

Ensuite, il peut arriver qu'une demande ou une motion donne lieu à une seconde ordonnance de procédure provisoire. Je dirais qu'une fois sur deux je dois résoudre un problème avant l'audience.

Pour ce qui est des arbitrages internationaux, il est, selon moi, très important de travailler selon un ensemble de règles internationales et, la plupart du temps, sous l'administration d'un organisme d'arbitrage international. J'ajouterais que, parce que nous avons bien souvent affaire à des cultures différentes, à des systèmes judiciaires très différents, ainsi qu'à des habitudes très différentes, il est bien plus difficile d'aboutir à un consensus. Il arrive également que l'on se trouve, dans certains territoires de compétence, en présence de parties qui n'ont jamais entendu parler de la divulgation de preuve documentaire de la manière dont nous l'entendons, ou qui ne savent pas ce que nous entendons par interrogatoires préalables.

Il vous faut vraiment travailler selon un ensemble de règles bien défini et confier l'administration de la procédure à un organisme. Cela revêt une telle importance notamment parce que, en fin de compte, vous devez vous assurer que la décision sera applicable dans le territoire de compétence concerné. Si vous optez pour une procédure *ad hoc*, il y a bien plus de risques qu'un tribunal qui doit appliquer la décision dans un pays quelconque ne le fasse pas parce qu'il estime celle-ci non conforme aux exigences de la CNUDI ou de n'importe quel autre traité en vigueur dans ce pays. Les parties entrent par conséquent dans un vaste arbitrage conçu de façon *ad hoc*, mais qui s'avère inapplicable.

L'avantage d'être supervisé par un organisme tel que la CCI est que, lorsque vous rendez votre décision, celle-ci fait l'objet d'un examen minutieux par son propre tribunal qui s'assurera qu'elle est conforme aux normes internationales et qu'elle sera applicable quel que soit le territoire de compétence où elle doit l'être.

MARY COMEAU :
Cette distinction est, selon moi, très utile et correspond bien à la réalité.

Selon mon expérience, la différence entre des procédures nationales et internationales tient à la mesure dans laquelle il sera nécessaire d'administrer l'arbitrage.

Toutefois, selon mon expérience – en majeure partie nationale –, il m'apparaît que disposer d'un organe administrateur est aussi très utile lorsque l'une des parties ne participe pas à l'arbitrage, soit en ne payant pas sa part des honoraires durant la procédure ou en ne répondant pas aux questions de l'autre partie ou de l'arbitre, voire des arbitres.

Je me demande si quelqu'un d'autre a déjà pris part à des arbitrages administrés à l'échelle nationale et a pu se rendre compte des avantages de ce type de procédure.

LUDMILA HERBST :
Oui, Mary, je suis d'accord avec vos observations concernant l'avantage que présente un organe administrateur. Même lorsqu'il n'y a pas réellement de doute fondé quant au fait que l'une des parties ne respecte pas la procédure, la présence d'un tel organe rassure les parties, car il les supervise, ce qui pourrait leur imposer une sorte de pression morale en cas de problème.

Maintenant, j'imagine que la mesure dans laquelle cela se traduit, dans les faits, par une intervention de l'organe administrateur dépend de l'organe lui-même. Toutefois, au-delà du fait que la présence aux fins de supervision d'un tel organe peut rassurer les parties, elle peut également rassurer les avocats moins expérimentés en matière d'arbitrage, qui pourraient, dans le cas contraire, être tentés de déconseiller cette procédure à leurs clients. Ils peuvent établir un parallèle avec la procédure judiciaire, pas tant en ce qui a trait aux règles de procédure applicables, mais plutôt en ce qui concerne le fait d'être habitués à la présence d'un organe auquel soumettre des éléments du dossier et envoyer des documents.

Un des autres avantages potentiels que présente le recours à un organe administrateur est qu'il peut fournir rapidement un arbitre d'urgence provisoire au besoin, en attendant que les parties nomment un arbitre définitif.

MARY COMEAU :
Effectivement, les règles de la CCI, comme de nombreuses règles internationales, permettent la nomination d'un arbitre d'urgence. Les règles de l'IAMC sont sur le point d'être modifiées et permettront également de nommer un arbitre d'urgence.

Lorsque cette procédure a été ajoutée aux règles des organismes tels que l'ICDR, l'IAMC et la CCI, ce point figurait parmi ceux demandés par de nombreuses parties. Elles estimaient nécessaire de nommer des arbitres d'urgence afin de traiter les questions qui devaient l'être très rapidement.

De plus, le tribunal constitué pour traiter les demandes provisoires n'est, bien entendu, pas le même que celui qui sera définitivement mis en place pour entendre le différend. Il est constitué temporaire pour traiter une question urgente.

Il y a environ un an, j'ai vu des statistiques qui indiquaient que ces règles étaient très rarement utilisées et que, bien que les parties déclaraient souhaiter en disposer, elles n'y recouraient, en général, pas si souvent.

Il serait donc intéressant de voir si cette disposition sera vraiment utilisée lorsque l'IMAC l'adoptera.

STEPHEN MORRISON :
Cette façon de procéder est assez peu fréquente. Elle est habituellement utilisée lors d'arbitrages internationaux. S'il s'agit d'un arbitrage national et qu'une personne a besoin d'une injonction, d'une autorisation d'inspection d'une propriété, d'une ordonnance pour la conservation d'un bien, ou si l'on estime que certaines preuves pourraient être détruites, la plupart des parties se tourneront très rapidement vers un tribunal pour tenter de l'obtenir plutôt que d'essayer de comprendre comment nommer un arbitre d'urgence, et ce, même si, au final, elles informeront la cour qu'elles optent pour l'arbitrage.

Mais dans le cas d'un arbitrage international, vers quel tribunal se tourneront-elles? J'entends par là qu'elles peuvent avoir accès à des tribunaux réputés, mais que, à moins de pouvoir obtenir rapidement l'aide d'un arbitre, elles pourraient se trouver dans des situations difficiles.

MARY COMEAU :
Cette remarque est très pertinente.

L'une des autres questions soulevées relativement à l'administration des arbitrages vise le paiement des honoraires. Certains dossiers juridiques en dehors des États-Unis suggèrent que si l'arbitre s'occupe de l'administration des honoraires et de leur paiement, et que l'une des parties ne les paie pas, cela peut biaiser la décision qu'il rendra.

Ainsi l'un des autres avantages de disposer d'un organe administrateur est que ce dernier peut se charger du paiement des honoraires. Les arbitres ne sont, alors, pas directement informés lorsqu'une partie ne règle pas ses factures. Je n'avais jamais envisagé les choses sous cet angle avant de prendre connaissance de ces cas et de voir cette question soulevée.

MARIE-JOSÉE HOGUE :
Cette remarque est très pertinente. Selon moi, l'un des avantages de disposer d'un organisme de supervision réside dans le fait que les parties et les avocats qui les représentent sont très souvent beaucoup plus raisonnables. Il n'est donc nul besoin, bien souvent, de demander l'aide de l'organisme, puisque sa simple présence suffit largement.

STEPHEN MORRISON :
Je participe actuellement à un arbitrage à l'échelle nationale pour lequel les parties ont réservé une date. Elles l'ont choisi elles-mêmes. L'une des parties a versé un acompte. L'autre non. Puis elles se sont entendues. Mais elles souhaitent encore que je m'occupe de l'attribution des dépens et que je rende une ordonnance officielle afin qu'elle soit applicable.

Je viens juste de recevoir la présentation des diverses dépenses et rendrai ma décision concernant l'attribution des dépens sous peu. Toutefois, je ne me prononcerai pas avant que l'autre partie verse le dépôt ou que la partie qui l'a déjà fait accepte de le couvrir, sous réserve de récupérer la somme avancée par l'entremise de la procédure de mise en application.

Un organisme administrateur n'est donc

ADRIC is grateful for the support of its Corporate Members:

The City of Calgary

Ismaili Conciliation and Arbitration Board of Canada

Shell Canada Limited

pas réellement nécessaire, mais peut être utile.

MARY COMEAU :
Voilà. Cela nous amène au dernier sujet que sont les règles de gestion des problèmes survenant après un différend. En référence au commentaire de Marie-Josée, un peu plus tôt, qui nous disait qu'il arrive souvent que les parties n'anticipent pas la nécessité de remplacer un arbitre dès lors qu'elles en ont déjà nommé un.

Selon moi, bien souvent, les parties n'anticipent pas, dans les règles qu'elles établissent, le fait d'avoir à gérer des problèmes après le différend. J'ai participé à quelques procédures très longues dans lesquelles on ne savait pas trop si le comité mis sur pied pour gérer le différend demeurait compétent pour régler les problèmes survenant après celui-ci, ou si ces questions donnaient lieu à un nouveau différend pour lequel il faudrait constituer un nouveau comité.

JOSEPH NUSS :
Je dois dire que cela ne m'est jamais arrivé. Au Québec, les règles nationales offrent à une partie la possibilité, sous réserve que l'autre partie y consente, de demander au tribunal d'interpréter une partie spécifique de la décision. Cette demande doit être présentée dans les 30 jours.

Cependant, je n'ai jamais reçu une telle demande et ne peux donc donner d'opinion fondée sur mon expérience personnelle.

En ce qui concerne la question des coûts, elle suit une procédure ordinaire d'évaluation des coûts, laquelle sera, parfois, à la demande des parties, reportée jusqu'à ce que la décision relative à la question de fond soit déposée.

Mais dans mon cas, ce problème particulier – des parties souhaitant faire annuler une décision ou en demander l'interprétation – ne s'est jamais présenté.

MARIE-JOSÉE HOGUE :
Lorsque l'on fait référence aux problèmes survenant après un différend, il faut, selon moi, distinguer deux situations : l'une dans laquelle les parties ont conclu une entente concernant la suite de l'arbitrage et l'autre où elles ne l'ont pas fait. Cette distinction est importante surtout dans des cas comme j'en ai vécu à quelques reprises au cours d'instances civiles au cours desquelles pour une raison quelconque nous avons, par exemple, décidé de modifier la procédure envisagée ou définie dans la clause d'arbitrage. Et nous n'avons jamais eu de problème pour le faire. Les arbitres ont toujours été d'accord tant que les parties avaient conclu une entente.

Le problème, selon moi, se pose lorsque l'on souhaite faire quelque chose après l'arbitrage, mais que les parties n'ont conclu aucune entente à cet égard. Disons, par exemple, qu'une décision rendue manque de clarté concernant ce que doivent faire les parties.

MARY COMEAU :
Je crois qu'il s'agit de la situation que j'évoquais, dans laquelle une décision est rendue et personne ne demande d'éclaircissements. Comme vous l'avez souligné, Joe, une grande partie des lois et des règles d'arbitrage indiqueront que vous disposez d'un délai de 30 ou 60 jours. Durant ce délai, personne ne se manifeste. Mais en appliquant la décision, les parties se rendent compte, quelques mois plus tard, qu'elles l'ont mal interprétée et leur opinion change concernant ce qu'elles souhaitent faire à ce moment-là.

Dans ce cas, l'une des parties dira qu'il s'agit d'un nouveau différend, qu'il faut former un comité d'arbitrage qui se chargera de le régler. L'autre partie refusera en bloc et indiquera qu'il s'agit de la décision rendue par le comité.

MARIE-JOSÉE HOGUE :
Ensuite vous ferez valoir que les arbitres sont dessaisis du dossier, et qu'ils n'ont plus le pouvoir de faire quoi que ce soit.

STEPHEN MORRISON :
En ce qui me concerne, je n'ai été confronté qu'à une ou deux situations dans lesquelles une partie s'est manifestée pour demander la réouverture d'un dossier en s'appuyant sur des motifs, qui selon elle, devaient être expliqués ou défendus de nouveau. L'autre partie a refusé. Évidemment, si elles s'étaient entendues, c'eut été simple, mais l'autre partie ne voulant rien entendre, j'ai été obligé de leur répondre que j'avais rendu une décision finale qu'elles pouvaient contester dans les délais prévus par la loi. Mais que je ne pouvais pas rouvrir un dossier sans l'accord des deux parties. C'est assez simple.

MARY COMEAU :
Voilà ma conclusion, après avoir examiné ce problème. Je suis d'avis que le choix qui s'offre aux parties est de faire appliquer la décision arbitrale par l'entremise des tribunaux, en y défendant les divergences d'opinions, l'interprétation et, malheureusement, il appartiendra au tribunal d'essayer rendre une décision. Cela devient très compliqué.

Mais, selon moi, vous avez raison, Stephen. Si les parties se sont entendues pour que l'arbitre tranche et rende une décision, qu'il le fait et que personne ne demande d'éclaircissements dans les délais pendant lesquels l'arbitre demeure compétent, ensuite, il ne l'est plus.

MARIE-JOSÉE HOGUE :
Il s'agit plus d'une question que d'un commentaire. L'un d'entre vous a-t-il déjà vu une disposition grâce à laquelle les arbitres conservent le pouvoir de prolonger ou de modifier une décision rendue des mois plus tôt – j'entends par là après le délai habituel de 30 ou 60 jours, selon les règles? Avez-vous déjà vu un cas comme celui-ci?

MARY COMEAU :
Non, jamais.

STEPHEN MORRISON :
Je peux imaginer une situation dans laquelle une décision prévoirait un événement futur susceptible d'avoir des répercussions sur les résultats de certains calculs. Il s'agirait, en d'autres termes, d'un contexte où l'on ne possède pas de renseignements précis au moment de la décision pour que celle-ci soit finale. Dans ce cas, vous pourriez rendre une décision temporaire. Il pourrait arriver, une fois le projet achevé – par exemple, dans le cadre d'un projet de construction en cours – que les parties se représentent devant moi en possession de renseignements exacts

concernant les dépenses. Je rendrai alors une décision finale fondée sur ces renseignements. Ainsi, en d'autres termes, j'évaluerai alors le fondement juridique des droits, mais pas la quantité réelle.

Toutefois, cette décision ne sera pas finale avant la date de retour, date à laquelle elle sera finale et, par conséquent, soumise à la période habituelle de correction de 30 jours.

MARY COMEAU :
J'ai connu des situations dans lesquelles les parties se sont mises d'accord, et une autre situation dans laquelle le comité a demandé et obtenu que l'on indique dans l'entente d'arbitrage qu'il demeurait compétent pour traiter tout problème découlant de sa décision.

J'ai vu une situation où ce type de clause a soulevé, une fois de plus, la question de savoir s'il s'agissait d'un nouveau différend qui devait être traité par un autre comité, ou s'il s'agissait d'un différend dû à la décision et qui, par conséquent, entrait dans la compétence du comité qui avait rendu cette dernière. Ainsi, selon moi, de telles clauses peuvent sembler très pratiques lorsque l'on s'en dote, mais peuvent, dans les faits, donner lieu à d'autres différends.

STEPHEN MORRISON :
Vous devez vous montrer très prudent parce que de telles clauses pourraient nuire à la finalité de votre décision.

MARY COMEAU :
Exactement.

STEPHEN MORRISON :
Je procède ainsi assez souvent dans le cadre d'ententes de règlement suivant une médiation, lorsque les parties incluent une clause à la toute fin du procès-verbal de l'entente indiquant qu'elles s'entendent, en cas de différend lié à l'interprétation du procès-verbal de règlement, pour revenir devant le médiateur avant de se précipiter au tribunal, afin de permettre à ce dernier de résoudre tout problème éventuel. Mais, si elles se représentent, je poursuis la médiation et essaie de résoudre le problème. Il n'y a pas de problème concernant la finalité de la décision, tel qu'il pourrait y en avoir avec une disposition similaire dans le cadre d'une décision arbitrale.

MARY COMEAU :
Voilà, l'heure dont nous disposions touche à sa fin, mais nous avons, selon moi, répondu à de nombreuses questions.

STEPHEN MORRISON :
Merci d'avoir organisé cette table ronde.

MARY COMEAU :
Je tiens à tous vous remercier pour votre participation et pour votre intérêt à l'égard de cette discussion. Je retiendrai qu'un arbitrage ad hoc *est possible et applicable à l'échelle nationale. À l'échelle internationale, on recommandera un arbitrage administré.*

Mary Comeau, LL.B.
Mary Comeau exerce sa pratique à Norton Rose Fulbright, Calgary, dans le domaine de la résolution des différends, avec un accent mis sur le droit des sociétés et le droit commercial, les valeurs mobilières, le pétrole et le gaz et l'électricité. Mme Comeau est intervenue devant tous les tribunaux d'Alberta, devant la Cour fédérale du Canada et la Cour suprême du Canada. Elle a aussi agi à titre de conseillère juridique dans le cadre de nombreux arbitrages et de nombreuses médiations, à l'échelle locale et internationale. Elle est actuellement une directrice exécutive de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada.

Ludmila Herbst
Ludmila est une avocate spécialisée dans les litiges commerciaux au cabinet Farris, Vaughan, Wills & Murphy LLP à Vancouver. Ludmila est également coauteure de Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations.

Marie-Josée Hogue
Reconnue comme l'une des principales avocates-plaidantes du Canada, Me Hogue pratique le litige commercial et le litige en matière de responsabilité professionnelle au sein du cabinet McCarthy Tétrault, l'un des plus importants cabinets d'avocats canadiens.

Stephen Morrison, LL.B., Arb.A, Méd.A, FCIArb
Stephen Morrison est associé chez Cassels Brock & Blackwell LLP, médiateur et arbitre permanent chez Arbitration Place, et membre du Comité exécutif de la Toronto Commercial Arbitration Society.

Hon. Joseph R. Nuss, Q.C., c.r., Ad. E.
Avocat-conseil chez Woods s.e.n.c.r.l. et se concentre dans les domaines de l'arbitrage domestique et international ainsi qu'en médiation. De plus, il est conférencier à plusieurs reprises en matière d'arbitrage et de médiation lors de conférences nationales et internationales. Il était juge à la Cour d'appel de mai 1995 à novembre 2009. Il a aussi agi en tant que médiateur dans le cadre du système de médiation à la Cour d'appel. Il est Fellow de l'ACTL et membre de la IBA, LCIA, ICC Canada et de l'ICDR. Il est bilingue en anglais et en français et parle italien.

Règles nationales d'arbitrage et Régles nationales de médiation

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

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

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

Respect for Arbitration:

Do (and Should) Canadian Courts "Stay" Out

Bryan C. Duguid QC, FCIArb

As counsel and as arbitrator, Bryan C. Duguid QC, FCIArb resolves power, construction, international, and other commercial disputes (usually involving tens of millions of dollars), in the arbitral, court, and regulatory arenas.

Shiv Ganesh
Student-at-Law, JSS Barristers

Introduction

Party autonomy is a foundational principle cemented in Canadian contract law. Therefore, it is only reasonable that agreements to arbitrate are recognized at law as agreements in their own right, whether they appear as a clause in a contract or are standalone. Given that arbitration agreements are a common staple in commercial contracts across Canada, it is critical that these agreements be afforded the same respect and limited court interference as any other kind of contract.

This article addresses the degree to which Canadian arbitration statutes allow and encourage courts truly to respect arbitrations, in deciding applications to stay court proceedings on a dispute covered wholly or partially by an arbitral clause.

Most provincial arbitration statutes include barriers to discourage actions from being brought to court.[1] However, some of these legislative provisions are porous. Recently, the Alberta Law Reform Institute ("**ALRI**") provided a detailed report on the interference of courts in the arbitral process.[2] This report represented a win in a battle of the war between party autonomy and court intervention. If accepted, the suggested legislative changes will pave the way for a much needed evolution in the law of arbitration.

The Problems with the Legislation

In 1986, British Columbia broke new ground by adopting a new *Commercial Arbitration Act* to govern its domestic arbitrations ("**BC Act**"). Ontario and Alberta took the *UNCITRAL Model Law* and made several changes to it. In 1991 and 1992, Alberta, Ontario, Saskatchewan and New Brunswick adopted the *Uniform Arbitration Act*, though each with a few differences. In 1997, Manitoba also adopted its *Arbitration Act* from the *Uniform Arbitration Act* (collectively, "**Uniform Acts**").

This article focuses on two problems with the Uniform Acts, not present with the BC Act. The first problem is a clause that allows the courts to provide default or summary judgment despite arbitral agreements. The second problem is more commonly encountered, where the arbitration process is circumvented by allowing arbitral disputes to proceed in court when there are issues or parties not covered by the arbitral clause.

Staying Court Proceedings

As part of deciding whether to stay proceedings, the court applies the usual principles of contract law to determine if there is an agreement to arbitrate and, if so, whether that agreement covers the dispute at hand.

The default position under the various provincial arbitration acts is to stay court proceedings if the dispute is covered by an arbitration agreement. These statutory provisions do not compel the parties to arbitrate; instead, the parties are precluded from turning to the courts to resolve their dispute. Arbitration is the remaining option.

(a) Grounds to Prevent Stay of Court Proceedings

However, the Uniform Acts provide exceptions where the court can refuse a stay of court proceedings when the dispute is subject to an arbitration agreement,[3] if:

(a) a party entered into the arbitration agreement under legal incapacity,
(b) the arbitration agreement is invalid,
(c) the subject matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under the provincial law,
(d) the motion for stay was brought after undue delay, or
(e) the matter is proper for default or summary judgment (the "**Summary Judgment Exception**").

There is not much controversy in allowing litigation to prevail over arbitration in the first four scenarios. However, the Summary Judgment Exception allows for court interference when the court decides that the matter is proper for summary judgment.[4]

(b) The Summary Judgment Exception

Since its inception, the Summary Judgment Exception has been applied sparingly. The test for that exception is whether, based on the evidence before the court, a summary judgment motion would be successful, if brought. When determining whether to bypass arbitration under this exception, the court takes into account whether there are genuine triable issues, applying the exception only in the surest of cases. Existence of any triable issues results in the court staying the court proceedings.[5] The

Summary Judgment Exception is only exercised "in the clearest of cases where it is readily and immediately demonstrable on the record that the responding party to the proposed summary judgment motion has no basis whatsoever for disputing the claim or claims of the moving party."[6]

In the one case identified where the Summary Judgment Exception was actually applied, there were no triable issues and the defendant admitted the amount due.[7] In other cases, the courts have determined that there were significant issues, resulting in no summary judgment being awarded.[8]

One court has described a need to "balance the strong public policy in favor of enforcing arbitration agreements with the equally important policy that proceedings should be resolved in the most just and expeditious way."[9]

However, the Summary Judgment Exception arguably disregards the autonomy of the parties by allowing the courts to make decisions that would otherwise lie squarely within the scope of arbitration.[10] That does not seem justifiable based on the policy reason offered. There is no evidence that decisions cannot be made as justly and expeditiously through the arbitral process, including through summary judgment (if appropriate and not prohibited by the arbitral agreement or applicable rules). In fact, many would argue that arbitration has earned the higher grades on the just and expeditious resolution of disputes. But, that debate does miss the point. The point is that the parties *agreed* that their disputes would be decided by arbitration, not by court.

Indeed, the ALRI has recommended that the Summary Judgment Exception be repealed from the current *Alberta Act*.[11] That would mean that a party that agreed to arbitrate would not be able to resort to the court instead, but could seek summary judgment through the agreed arbitral process.

(c) When Some Parties or Issues are Not Covered

When there are multiple parties some of whom are not party to the arbitration agreement, or multiple issues some of which require arbitration and others that do not, it can be challenging to determine the correct forum (i.e. arbitration or court or both) for the dispute. The Uniform Acts allow such multi-party or multi-issue scenarios to be brought to the court in some instances. The BC Act does not have any such express provisions. This fundamental difference has resulted in the bifurcation of the jurisprudence in Canada, with courts under the Uniform Acts sometimes interfering with disputes that lie within the arbitral sphere.

(i) Approach in British Columbia

The approach in British Columbia appears to be more arbitration-centric.

For instance, in the British Columbia Court of Appeal decision in *Gulf Resources*,[12] one of the two defendants took the position that it was not party to the arbitration agreement. The Court pointed out that any determination as to the scope of the agreement or whether a party to the legal proceedings is a party to the arbitration agreement is a matter within the jurisdiction of the arbitration tribunal. The Court further held:

> Only where it is clear that the dispute is outside the terms of the arbitration agreement or that a party is not a party to the arbitration agreement or that the application is out of time should the court reach any final determination in respect of such matters on an application for a stay of proceedings.

In fact, in the BC Supreme Court case of *ABOP LLC*,[13] the court recognized that the arbitrator did not have jurisdiction over some of the issues in dispute. The court nevertheless granted the stay of court proceedings and allowed the arbitral process to unfold, stating that, if additional relief were required after arbitration, court action could be pursued.

Also, in *James v Thow*,[14] the parties to the arbitration were the plaintiff, the defendant, and their respective companies. The plaintiff had also commenced a separate action against the defendant. The court ordered a stay of court proceedings on the separate action because the issues were intertwined with those that would be the subject of arbitration.

The recent decision of *Strata Plan*[15] further confirmed the British Columbian approach that all matters that fall within the scope of the arbitration clause clearly render a stay of court action mandatory, and that the court holds no residual jurisdiction to refuse an application for a stay.

Overall, in British Columbia under the BC Act, deference is given to arbitration, and the court is reluctant to interfere with the agreed dispute resolution process.

(ii) Approach Under the Uniform Acts

Under the Uniform Acts, though the court is to stay court proceedings for disputes that are clearly and entirely within the scope of arbitration agreements, other disputes are allowed to continue in court.

(I) When Some Parties Are Not Covered

For example, when there are parties to an action that are not party to the arbitration

Submit Your Proposals

Présentez vos propositions

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

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

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

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

agreement, the courts have taken a more litigation-centric approach under the Uniform Acts.

For instance, in the Ontario Supreme Court case of *Shaw Satellite*,[16] where there were a number of parties outside of the scope of arbitration, the court stayed the arbitration in favour of court proceedings on grounds that the facts and issues between the parties were closely related. The court stated that partial stays may not be reasonable in such cases and used its discretion to allow the matter to proceed in court.[17] Also, in the Alberta courts (such as in the *Lamb* and *Olymel SEC* cases),[18] when a party outside of the arbitration agreement was included as part of the court proceeding and the issues between the parties were intertwined, the court stayed the arbitration, concluding that the court was the best forum to hear all the issues and avoid multiple proceedings.

It is true that the involvement of parties that did not agree to arbitrate does not always act as a bar to arbitration under the Uniform Acts. An example is the Alberta case of *Yaworski*,[19] in which the court stayed the individual's court action pending arbitration between the corporation and the law firm.

(II) When Some Issues Are Not Covered

Court interference also arises in instances involving extra-arbitral issues. For instance, in the Alberta Court of Appeal case of *New Era*[20] and in the Ontario Court of Appeal case of *Griffin*,[21] the courts found that the extra-arbitral issues could not be separated from the arbitral issues, and therefore allowed the court proceedings to continue, along with a stay of the arbitral proceedings.[22]

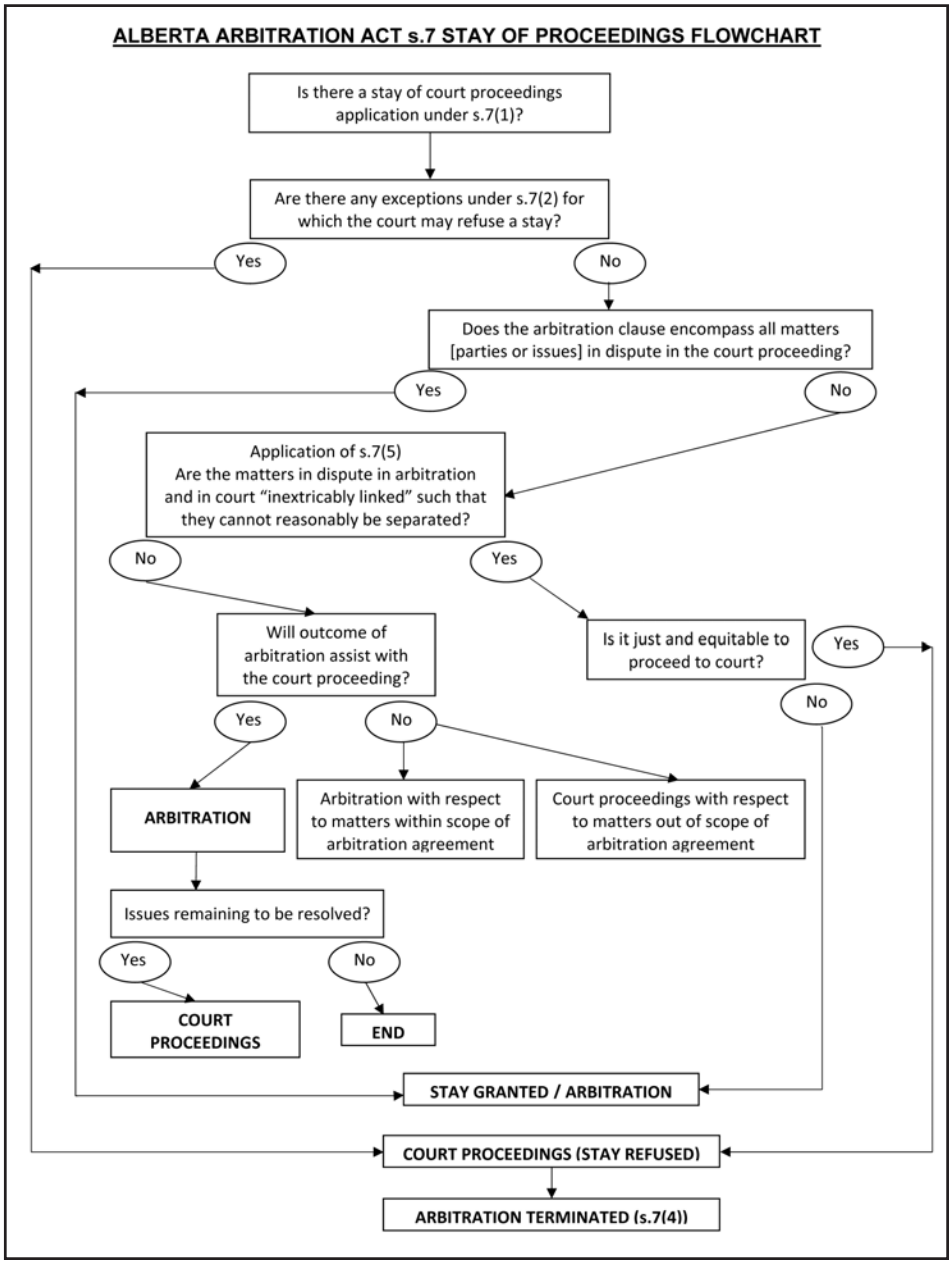
However, in some instances, the courts have separated the arbitral and the other issues. For example, in *De Silva*,[23] the court found that the arbitral clause covered claims regarding structural defects, while the negligence and other issues fell to court proceedings. The court found an "insufficient" link between the arbitral issues and the other claims to justify a stay and thus separated both proceedings.[24]

(III) Lack of Party Autonomy

In summary, under the Uniform Acts, if the facts and issues between the arbitration and court proceedings are similar and cannot reasonably be separated, and it is just and equitable to do so,[25] the court will refuse a stay of court proceedings. In such cases, no arbitration may be continued or commenced. If the court finds that the arbitral and court issues can reasonably be separated, the issues will be decided in their respective forums. As a result, the provisions in the Uniform Acts have impacted negatively on the extent to which the court will force parties to adhere to their agreements to arbitrate, and have created increased complexity and uncertainty as to the appropriate forum. A flowchart has been provided with this article that is intended to serve as a useful guide in determining how stay applications will be decided under the Uniform Acts.

Closing the Gap

Under the BC Act, the courts in British Columbia have supported party autonomy over judicial interference unless the arbitral agreement is null, void or inoperable. Judicial interference occurs in the rarest of cases.



The courts under the Uniform Act jurisdictions, however, interfere more frequently with the arbitration process. This interference has not only negatively impacted party autonomy, but has also increased the uncertainty for parties contracting into arbitration as a means of dispute resolution.

Recently, the ALRI reviewed these provisions in the Uniform Acts. After an extended consultation, the ALRI found that the approach taken under the Uniform Acts interfered with the fundamental principle of arbitration - party control. The ALRI has criticized this framework, and has specifically recommended repealing the statutory provisions for the Summary Judgment Exception and partial stays.[26]

Removing those statutory provisions would have a significant and positive impact, by curtailing judicial interference, favouring party autonomy, and decreasing uncertainty and duplication in relation to the forum(s) for given disputes.[27] This is to be encouraged.

1 For instance, see *Arbitration Act*, RSA 2000, c A-43 [*Alberta Act*] at s7(1); *The Arbitration Act*, 1992, SS 1992, c A-24.1 [*Saskatchewan* Act] at s8(1); *The Arbitration Act*, SM 1997, c 4 [*Manitoba Act*] at s7(1); *Arbitration Act*, 1991, SO 1991, c 17 [*Ontario Act*] at s7(1); *Arbitration Act*, SNB 1992, c A-10.1 [*New Brunswick Act*] at s7(1) [collectively, *Uniform Acts*]. The Provinces of British Columbia, Quebec, Nova Scotia, Prince Edward Island and Newfoundland and Labrador, and the Territories of Yukon, Nunavut and Northwest Territories have different forms of arbitral statutes. Although most provincial arbitral statutes also contain a section similar to section 6 of the *Alberta Act* that also contains limits on court intervention, this article focuses on the stay provisions in the statutes.

2 *Arbitration Act: Stay and Appeal Issues*, Alberta Law Reform Institute, (Edmonton: The Institute, September 2013), online: < http://www.law.ualberta.ca/alri/docs/FR103.pdf> [*ALRI Report*].

3 *Alberta Act*, *supra* at s7(2); *Ontario Act*, *supra* at s7(2); *Manitoba Act*, *supra* at s7(2); *Saskatchewan Act*, *supra* at s8(2); *New Brunswick Act*, *supra* at s8(2).

4 No Canadian cases have been found in which the default judgment exception has been employed.

5 For instance, see *Balancing Pool v TransAlta Utilities Corp.*, 2009 ABQB 631, 492 AR 344 at para 47 [*Balancing Pool*].

6 *Sehdev v Colours by Battistella Inc*, 2008 ABQB 248 at para 23.

7 *Dewshaf Investments Inc v Buckingham Hospitality*, 2005 CarswellOnt 8585, 18 BLR (4th) 272.

8 *Balancing Pool*, *supra*; *Yaworski v Gowling Lafleur Henderson LLP*, 2012 ABQB 424, aff'd 2013 ABCA 21 [*Yaworski*].

9 *Apotex Inc v Virco Pharmaceuticals (Canada) Co*, [2007] OJ No 4817 (Ont SCJ) at para 17.

10 ALRI Report, *supra* at para 84.

11 ALRI Report, *supra* at para 84.

12 *Gulf Canada Resources Ltd/Ressources Gulf Canada Ltée v Arochem International Ltd* (1992), 66 BCLR (2d) 113 [*Gulf Resources*].

13 *ABOP LLC v Qtrade Canada Inc*, 2006 BCSC 2025, aff'd in *ABOP LLC v Qtrade Canada Inc*, 2007 BCCA 290.

14 *James v Thow*, 2005 BCSC 809.

15 *Strata Plan BCS 3165 v 1100 Georgia Partnership*, 2013 BCSC 1708 [*Strata Plan*].

16 *Shaw Satellite GP v Pieckenhagen* 2011 ONSC 4360 (aff'd 2012 ONCA 192) [*Shaw Satellite*].

17 *Ibid* at para 40.

18 *Lamb v AlanRidge Homes Ltd*, 2009 ABQB 170 [*Lamb*], aff'd *Lamb v AlanRidge Homes Ltd*, 2009 ABCA 343, leave to appeal refused *AlanRidge Homes Ltd v Brian Lamb and Melina Lamb*, 2010 CanLII 21660 (SCC) ; *Olymel SEC v Premium Brands Inc*, 2005 ABQB 312 [*Olymel SEC*].

19 *Yaworski*, *supra* at para 45, 46.

20 *New Era Nutrition Inc v Balance Bar Co*, *2004 ABCA 280*, *357 AR 184* [*New Era*].

21 *Griffin v Dell Canada Inc.* (2010) 98 OR (3d) 481 (CA) (leave to appeal refused *Dell Canada Inc. v Griffin*, 2010 SCCA 75).

22 Courts are reluctant to stay arbitration proceedings if the parties are well into arbitration such as in case of *Condominium Plan No 0715560 v Le Beau Developments Inc*, 2013 ABQB 270. The court determined that the extra-arbitral issues, should they arise, would be best dealt with on conclusion of the arbitral proceedings.

23 *Condominium Corp No 012 5331 v W De Silva Properties Inc*, 2009 ABQB 650 [*De Silva*].

24 *De Silva*, *supra* at para 51.

25 *Yarowski*, *supra* at para 26, citing *The Law of ADR in Canada: An Introductory Guide*, (Glaholt, Duncan and Rotterdam, Markus LexisNexis, Canada 2011) at page 101.

26 ALRI Report, *supra* at para 58, 84.

27 With few exceptions, the Uniform Acts allow parties to contract out of the provisions in those Acts, including the provisions for the Summary Judgment Exception and partial stays. Therefore, by express agreement, parties can (and should) achieve the outcome recommended by the ALRI, before those statutory changes are made (or if the changes are not made). However, it is uncommon for parties to turn their mind to that level of detail in drafting submission clauses or arbitration agreements, with the result that these default provisions under the Uniform Acts are virtually always incorporated by default, without considering the resulting difficulties.

Du respect pour l'arbitrage : Choix ou devoir de surseoir des tribunaux canadiens

Bryan C. Duguid c.r., FCIArb

En tant qu'avocat et arbitre, Bryan C. Duguid, c.r., FCIArb règle des différends dans les secteurs de l'énergie, de la construction, de l'international et autres matières commerciales (impliquant habituellement des dizaines de millions de dollars), devant les tribunaux étatiques, les tribunaux d'arbitrage et autres organismes réglementaires.

Et Shiv Ganesh, étudiant en droit, JSS Barristers

Introduction

L'autonomie des parties est un principe fondamental solidement intégré dans le droit canadien sur les contrats. Il semble donc acceptable que les conventions d'arbitrage soient reconnues par la loi comme des conventions à part entière, qu'elles soient rédigées sous forme de clause prévue dans un contrat, ou de façon indépendante. Étant donné que les conventions d'arbitrage constituent un fondement commun aux contrats commerciaux au Canada, il est essentiel qu'on leur accorde le même respect qu'à n'importe quel autre type de contrat, et qu'on limite l'intervention des tribunaux.

Cet article traite de la mesure dans laquelle les lois canadiennes sur l'arbitrage permettent aux tribunaux de respecter l'arbitrage, et les encouragent réellement à surseoir aux instances judiciaires d'un différend visé par une clause d'arbitrage, en tout ou en partie.

La plupart des lois provinciales sur l'arbitrage contiennent certains obstacles visant à décourager les recours en justice.[1] Toutefois, il subsiste quelques fuites au sein de certaines dispositions législatives. Récemment, *l'Alberta Law Reform Institute* (**ALRI**) a présenté un rapport détaillé sur l'intervention des tribunaux dans le processus d'arbitrage.[2] Ce rapport a démontré une victoire de la longue bataille judiciaire autour de l'autonomie des parties et de l'intervention des tribunaux. Si les modifications législatives suggérées sont acceptées, elles ouvriront la voie à une évolution essentielle des lois sur l'arbitrage.

Les problèmes découlant des dispositions législatives

En 1986, la Colombie-Britannique a fait figure de pionnier en adoptant sa nouvelle

Loi sur l'arbitrage commercial, lui permettant de régir les arbitrages effectués sur son territoire (« **Loi de la C.-B.** »). Quant à l'Ontario et l'Alberta, elles ont apporté quelques modifications à la Loi type de la CNUDCI. En 1991 et 1992, l'Alberta, l'Ontario, la Saskatchewan et le Nouveau-Brunswick ont adopté la Loi uniforme sur l'arbitrage, chacune avec sa propre version. En 1997, c'est au tour du Manitoba d'adopter sa Loi sur l'arbitrage dérivée de la Loi uniforme sur l'arbitrage (collectivement « **Les Lois uniformes** »).

Cet article se concentre sur deux problèmes que l'on retrouve dans les Lois uniformes, mais pas dans la Loi de la C.-B. La clause qui permet aux tribunaux de rendre un jugement par défaut ou un jugement sommaire en dépit des conventions d'arbitrage constitue le premier problème. On rencontre plus souvent le deuxième problème, soit le fait d'ignorer le processus d'arbitrage pour permettre aux différends arbitrables d'être intentés en justice dès qu'une question ou une partie n'est pas visée par la clause d'arbitrage.

Sursis des instances judiciaires

Avant de décider de surseoir aux instances, le tribunal applique les principes usuels en droit contractuel afin de déterminer s'il existe une convention d'arbitrage et le cas échéant, si ladite convention vise le différend concerné.

En vertu des diverses lois provinciales sur l'arbitrage, la position par défaut consiste à surseoir aux instances judiciaires si le différend est visé par une convention d'arbitrage. Ces dispositions législatives n'obligent pas les parties à avoir recours à l'arbitrage; l'idée est plutôt de limiter le recours aux tribunaux pour résoudre leur différend. L'arbitrage constitue donc l'option à envisager.

(a) Motifs de récusation de surseoir aux instances judiciaires

Les Lois uniformes prévoient toutefois des exceptions où le tribunal peut refuser de surseoir aux instances judiciaires lorsque le différend est soumis à une convention d'arbitrage,[3] dans les cas où :

(a) une partie a conclu la convention d'arbitrage alors qu'elle était frappée d'incapacité juridique,
(b) la convention d'arbitrage est nulle,
(c) l'objet du différend ne peut faire l'objet d'un arbitrage aux termes de la Loi provinciale,
(d) la motion a été présentée avec un retard indu, ou
(e) la question est propre à un jugement par défaut ou à un jugement sommaire **(l'exception du jugement sommaire).**

Dans les quatre premières situations, on conteste peu la préséance de l'instance judiciaire sur le processus d'arbitrage. Par contre, l'exception du jugement sommaire permet l'intervention du tribunal lorsque ce dernier détermine que la question est propre à un jugement sommaire.[4]

(b) L'exception du jugement sommaire

On a appliqué l'exception du jugement sommaire avec parcimonie depuis sa mise en vigueur. Selon la preuve présentée au tribunal, il s'agit d'évaluer les chances de succès d'une requête en jugement sommaire, si elle était introduite. Quand il doit décider de se soustraire ou non à l'arbitrage en vertu de cette exception, le tribunal considère l'existence d'une véritable question litigieuse, pour n'appliquer l'exception que dans les cas les plus sûrs. Si la question est litigieuse, le tribunal sursoit aux instances judiciaires.[5] L'exception du jugement sommaire ne s'exerce que « Dans les cas les plus clairs où on peut officiellement prouver, facilement et immédiatement, que la partie intimée à la requête en jugement sommaire introduite n'a absolument aucun fondement pour contester la réclamation ou les réclamations de la partie requérante ».[6] [Traduction]

Dans une affaire, on a identifié que l'exception du jugement sommaire avait bien été appliquée, il n'y avait pas de question litigieuse, et la partie défenderesse a admis la somme exigible.[7] Dans d'autres affaires, les tribunaux ont déterminé que l'importance de la question justifiait le fait de ne pas accorder le jugement sommaire.[8]

Un tribunal a décrit la nécessité de « trouver l'équilibre entre une forte politique publique qui favorise la mise en application des conventions d'arbitrage, et une politique d'égale importance qui permet de régler les questions d'instance de la façon la plus juste et la plus rapide possible ».[9] [Traduction]

Néanmoins, l'exception du jugement sommaire ne tient sans doute pas compte de l'autonomie des parties lorsqu'elle permet aux tribunaux de prendre des décisions qui, autrement, relèveraient clairement de l'arbitrage.[10] Cette situation ne semble pas justifiable si on se réfère au principe de la politique. Rien ne prouve que les décisions ne peuvent pas être prises de façon aussi juste et rapide par le biais du processus arbitral, et par le jugement sommaire (le cas

National Arbitration and Mediation Rules

Les Règles nationales d'arbitrage et de médiation

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

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

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

échéant, et si elles ne sont pas prohibées par la convention d'arbitrage ou autres règles applicables). En fait, plusieurs diront que l'arbitrage a obtenu les meilleurs résultats sur la justesse et la rapidité de résolution des différends. Pourtant, le débat passe à côté de l'essentiel. Il se trouve que les parties *ont convenu* de faire trancher leurs différends par l'arbitrage, et non par le tribunal.

En fait, l'ALRI a recommandé que l'exception du jugement sommaire soit abrogée de la présente Loi de l'Alberta.[11] Cela voudrait dire qu'une partie qui a convenu d'aller en arbitrage ne pourrait se tourner vers le tribunal, mais pourrait demander un jugement sommaire à travers le processus d'arbitrage qu'elle avait convenu.

(c) Lorsque certaines parties ou certaines questions ne sont pas visées

Lorsque parmi plusieurs parties, certaines ne sont parties à la convention d'arbitrage, ou que parmi de nombreuses questions, certaines font appel à l'arbitrage alors que d'autres non, il peut être difficile de déterminer la tribune appropriée (c.-à-d. l'arbitrage, le tribunal ou les deux) pour entendre le différend. Les Lois uniformes permettent que ces situations multipartites ou comprenant de multiples questions soient traduites en justice dans certains cas. Il n'existe pas de telles dispositions expresses dans la Loi de la C.-B. Une divergence dans la jurisprudence canadienne est issue de cette différence fondamentale, puisqu'en vertu des Lois uniformes, les tribunaux interviennent parfois dans les différends qui normalement relèveraient de l'arbitrage.

(i) L'approche de la Colombie-Britannique

L'approche de la Colombie-Britannique semble être davantage axée sur l'arbitrage.

Par exemple, dans la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Gulf Resources*,[12] une des deux parties défenderesses a insisté sur le fait qu'elle n'était pas partie à la convention d'arbitrage. Le tribunal a souligné que la décision concernant à la fois la portée de la convention, et le fait qu'une partie à l'instance judiciaire soit partie à la convention d'arbitrage relève de la compétence du tribunal d'arbitrage. La Cour ajouta :

> Ce n'est que lorsqu'il est clair que le différend se trouve hors du champ d'application de la convention d'arbitrage, ou qu'une partie n'est pas partie à la convention d'arbitrage, ou encore qu'il y a prescription, que le tribunal doit rendre une décision finale à l'égard de ces questions lors d'une demande de sursis des procédures. [Traduction]

En fait, dans l'affaire *ABOP LLC*[13] de la Cour suprême de la C.-B., le tribunal a reconnu que l'arbitre n'avait pas compétence sur certaines des questions en litige. Le tribunal a néanmoins accordé le sursis des instances judiciaires, permis au processus arbitral de se dérouler, et déclaré que si un recours supplémentaire était requis après l'arbitrage, une action en justice pourrait être poursuivie.

De même, dans *James c. Thow*,[14] les parties à l'arbitrage étaient constituées de la partie demanderesse, de la partie défenderesse, et de leur société respective. La partie demanderesse avait également intenté une action distincte contre la partie défenderesse. Le tribunal a ordonné le sursis des instances judiciaires pour ladite action distincte parce que ses questions étaient étroitement liées à celles qui étaient sujettes à l'arbitrage.

La récente décision de *Strata Plan*,[15] a en outre confirmé l'approche de la Colombie-Britannique concernant toutes questions qui relèvent du champ d'application des clauses d'arbitrage, rendant clairement obligatoire le sursis des instances judiciaires, et le fait que le tribunal ne conserve aucune compétence résiduelle qui autrement lui permettrait de refuser une demande de sursis.

Dans l'ensemble, en Colombie-Britannique, en vertu de la loi de la C.-B., on fait preuve de considération à l'égard de l'arbitrage, et le tribunal est réticent à intervenir dans un processus de règlement de différend convenu d'avance.

(ii) L'approche selon les Lois uniformes

En vertu des Lois uniformes, bien que le tribunal accorde le sursis des instances judiciaires pour les différends qui relèvent clairement et entièrement du champ de compétence de l'arbitrage, des différends continuent d'être entendus devant le tribunal.

(I) Parties non visées

En l'occurrence, en vertu des Lois uniformes, lorsque des parties ont recours à une

Externalisation des services de l'IAMC

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

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

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

action judiciaire, et qu'elles ne sont pas partie à une convention d'arbitrage, les tribunaux ont adopté une approche davantage axée sur l'instance judiciaire.

Par exemple, dans l'affaire *Shaw Satellite*,[16] de la Cour suprême de l'Ontario, alors qu'un certain nombre de parties se trouvaient en dehors du champ de compétence de l'arbitrage, le tribunal a sursis à l'arbitrage au profit des instances judiciaires parce que les faits et questions entre les parties étaient étroitement liés. Le tribunal a déclaré qu'il n'était pas raisonnable qu'un sursis partiel ait lieu dans pareilles circonstances, et a utilisé son pouvoir de discrétion pour que la question soit entendue devant le tribunal.[17] De plus, dans les tribunaux de l'Alberta (comme dans les affaires *Lamb* et *Olymel SEC*), [18] lorsqu'une partie non visée par une convention d'arbitrage était incluse à une instance judiciaire, et que les questions entre les parties étaient étroitement liées, le tribunal a sursis à la procédure d'arbitrage, en concluant que le tribunal constituait la meilleure tribune pour entendre l'ensemble des questions en évitant de multiplier les instances.

Il est vrai que la participation des parties qui n'avaient pas convenu de l'arbitrage n'empêche aucunement la conduite d'un arbitrage en vertu des Lois uniformes. En Alberta, l'affaire *Yaworski*[19] en est un exemple. Dans cette affaire, le tribunal a sursis à l'action en justice d'une personne en attendant l'issue de l'arbitrage entre la société et le cabinet d'avocats.

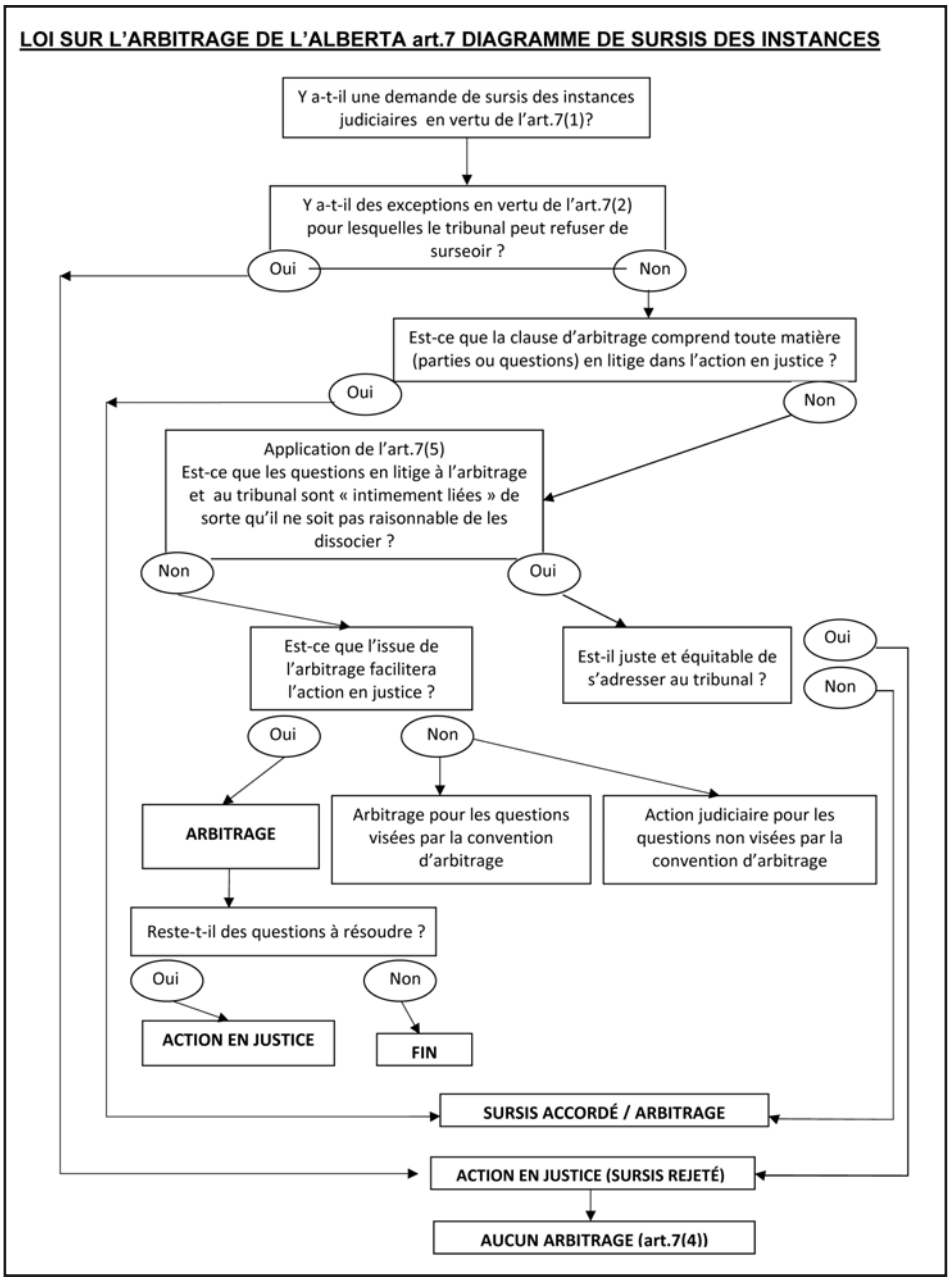
(II) Questions non visées

Le tribunal intervient également dans les cas impliquant les questions extra-arbitrales. Par exemple, dans l'affaire *New Era*[20] de la Cour d'appel de l'Alberta, et l'affaire *Griffin*[21] de la Cour d'appel de l'Ontario, les tribunaux ont jugé que les questions extra-arbitrales ne pouvaient être dissociées des questions arbitrales, et ont donc permis que les instances judiciaires se poursuivent, en même temps qu'un sursis des procédures d'arbitrage.[22]

Cependant, dans certains cas, les tribunaux ont dissocié les questions visées par l'arbitrage et les autres. Par exemple, dans *De Silva*,[23] le tribunal a jugé que la clause arbitrale visait les réclamations concernant les vices de construction, alors que la négligence et les autres questions étaient dévolues aux instances judiciaires. Le tribunal a jugé que le lien était « insuffisant » entre les questions visées par l'arbitrage et les autres réclamations pour justifier un sursis et ainsi, a dissocié les deux instances.[24]

(III) Manque d'autonomie des parties

En résumé, en vertu des Lois uniformes, si les faits et questions entre les procédures arbitrales et les instances judiciaires sont semblables, qu'il n'est pas raisonnable de les dissocier, et qu'il soit juste et équitable d'agir de la sorte,[25] le tribunal refusera un sursis des instances judiciaires. Dans de pareils cas, aucun arbitrage ne peut ni commencer, ni se poursuivre. Si le tribunal juge qu'il est raisonnable de dissocier les questions visées par l'arbitrage de celles visées par les instances, les questions seront tranchées dans leur tribune respective. Par conséquent, les dispositions comprises dans les Lois uniformes ont un impact négatif sur la mesure à laquelle le tribunal forcera les parties à respecter leurs conventions d'arbitrage, et ont créé plus de complexité et d'incerti-



tude quant à la tribune appropriée. Nous avons ajouté un diagramme dans cet article, à titre de guide pour déterminer la façon dont les demandes de sursis sont décidées en vertu des Lois uniformes.

Emboîtons le pas

Aux termes de la Loi de la C.-B., les tribunaux de la Colombie Britannique ont soutenu davantage l'autonomie des parties que l'intervention des tribunaux, à moins que la convention d'arbitrage ne soit caduque ou inopérante. L'intervention des tribunaux ne se produit qu'en de rares occasions.

En revanche, les tribunaux sous la juridiction d'une Loi uniforme, font plus souvent obstacle au processus d'arbitrage. Cette intervention a un impact négatif sur l'autonomie des parties, et elle a augmenté l'incertitude des parties qui envisagent d'utiliser l'arbitrage comme moyen de résoudre leur différend.

Récemment, l'ALRI a révisé ces dispositions dans les Lois uniformes. Après une vaste consultation, l'ALRI a jugé que l'approche empruntée en vertu des Lois uniformes nuisait au principe fondamental d'arbitrage – le contrôle des parties. L'ALRI a dénoncé ce cadre, et a spécifiquement recommandé l'abrogation des dispositions législatives sur l'exception du jugement sommaire et les sursis partiels.[26]

L'abrogation de ces dispositions législatives aurait des répercussions importantes et bénéfiques, car elle restreindrait l'intervention judiciaire, favoriserait l'autonomie des parties, et réduirait l'incertitude et les dédoublements en ce qui concerne les tribunes pour entendre les différends.[27] Il faut encourager cette évolution.

1 Par exemple, voir *Arbitration Act*, R.S.A. 2000, c. A-43 [*Alberta Act*] art.7(1); *The Arbitration Act*, 1992, S.S. 1992, c. A-24.1 [*Saskatchewan* Act] art.8(1); *The Arbitration Act*, S.M. 1997, c. 4 [*Manitoba Act*] art.7(1); *Arbitration Act*, 1991, S.O. 1991, c. 17 [*Ontario Act*] art.7(1); *Arbitration Act*, S.N.B. 1992, c. A-10.1 [*New Brunswick Act*] art.7(1) [collectivement, *les Lois uniformes*]. La Colombie-Britannique, le Québec, la Nouvelle-Écosse, l'Île-du-Prince-Édouard, Terre-Neuve et Labrador, le Yukon, le Nunavut et les Territoires du Nord-Ouest ont des versions différentes de leur loi sur l'arbitrage. Bien que la plupart des lois provinciales sur l'arbitrage comprennent un article similaire à l'article 6 de l'*Alberta Act*, qui comprend également certaines limites concernant l'intervention du tribunal, cet article se concentre sur les dispositions relatives aux sursis que l'on retrouve dans les lois.

2 *Arbitration Act: Stay and Appeal Issues*, Alberta Law Reform Institute, (Edmonton: The Institute, Septembre 2013), en ligne : < http://www.law.ualberta.ca/alri/docs/FR103.pdf> [Rapport de l'*ALRI*].

3 *Alberta Act*, *supra* art.7(2); *Ontario Act*, *supra* art.7(2); *Manitoba Act*, *supra* art.7(2); *Saskatchewan Act*, *supra* art.8(2); *New Brunswick Act*, *supra* art.8(2).

4 Nous n'avons trouvé aucune affaire au Canada dans laquelle l'exception du jugement par défaut aurait été employée.

5 Par exemple, voir *Balancing Pool c. TransAlta Utilities Corp.*, 2009 A.B.Q.B. 631, 492 A.R. 344 au paragraphe 47 [*Balancing Pool*].

6 *Sehdev c. Colours by Battistella Inc*, 2008 ABQB 248 au paragraphe 23.

7 *Dewshaf Investments Inc c. Buckingham Hospitality*, 2005 CarswellOnt 8585, 18 B.L.R. (4e) 272.

8 *Balancing Pool*, *supra*; *Yaworski c. Gowling Lafleur Henderson LLP*, 2012 ABQB 424, conf. 2013 A.B.C.A. 21 [*Yaworski*].

9 *Apotex Inc c. Virco Pharmaceuticals (Canada) Co*, [2007] OJ No 4817 (Ont SCJ) au paragraphe 17.

10 Rapport de l'ALRI, *supra* au paragraphe 84.

11 Rapport de l'ALRI, *supra* au paragraphe 84.

12 *Gulf Canada Resources Ltd/Ressources Gulf Canada Ltée c. Arochem International Ltd* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 [*Gulf Resources*].

13 *ABOP LLC c. Qtrade Canada Inc*, 2006 BCSC 2025, conf. dans *ABOP LLC c. Qtrade Canada Inc*, 2007 B.C.C.A. 290.

14 *James c. Thow*, 2005 B.C.S.C. 809.

15 *Strata Plan B.C.S. 3165 c. 1100 Georgia Partnership*, 2013 B.C.S.C. 1708 [*Strata Plan*].

16 *Shaw Satellite GP c. Pieckenhagen* 2011 ONSC 4360 (conf. 2012 O.N.C.A. 192) [*Shaw Satellite*].

17 *Idem* au paragraphe 40.

18 *Lamb c. AlanRidge Homes Ltd*, 2009 A.B.Q.B. 170 [*Lamb*], conf. *Lamb c. AlanRidge Homes Ltd*, 2009 A.B.C.A. 343, autorisation d'appel rejetée *AlanRidge Homes Ltd c. Brian Lamb et Melina Lamb*, 2010 CanLII 21660 (S.C.C.) ; *Olymel SEC c. Premium Brands Inc*, 2005 A.B.Q.B. 312 [*Olymel SEC*].

19 *Yaworski*, *supra* aux paragraphes 45, 46.

20 *New Era Nutrition Inc c. Balance Bar Co, 2004 A.B.C.A. 280, 357 A.R. 184* [*New Era*].

21 *Griffin c. Dell Canada Inc.* (2010) 98 O.R. (3d) 481 (CA) (autorisation d'appel rejetée *Dell Canada Inc. c. Griffin*, 2010 S.C.C.A. 75).

22 Les tribunaux sont réticents à surseoir aux procédures d'arbitrage quand les parties sont engagées dans l'arbitrage, comme pour l'affaire *Condominium Plan No. 0715560 c. Le Beau Developments Inc*, 2013 A.B.Q.B. 270. Le tribunal a statué que si des questions extra-arbitrales se produisaient, il serait préférable de les traiter à l'issue de la procédure d'arbitrage.

23 *Condominium Corp No. 012 5331 c. W De Silva Properties Inc*, 2009 A.B.Q.B. 650 [*De Silva*].

24 *De Silva*, *supra* au paragraphe 51.

25 *Yarowski*, *supra* au paragraphe 26, citant *The Law of ADR in Canada: An Introductory Guide*, (Glaholt, Duncan and Rotterdam, Markus LexisNexis, Canada 2011) page 101.

26 Rapport de l'ALRI, *supra* aux paragraphes 58, 84.

27 À quelques exceptions près, les Lois uniformes permettent aux parties de renoncer par contrat aux dispositions de ces lois, y compris l'exception du jugement sommaire et le sursis partiel. Par conséquent, de convention expresse, les parties peuvent (et doivent) parvenir au résultat que l'*ALRI* juge souhaitable, avant que ces modifications statutaires ne soient apportées (ou si les modifications ne sont pas apportées). Toutefois, il est rare que les parties s'attardent à ce niveau de détail dans la rédaction des clauses compromissoires ou des conventions d'arbitrage, de sorte que, en vertu des Lois uniformes, ces dispositions par défaut sont presque toujours intégrées par défaut, sans tenir compte des difficultés qui en résultent.

Mark your calendar to save the date!

ADRIC 2014:
The ADR Institute of Canada National Conference

For the first time, ADR Canada, in partnership with the **Canadian Corporate Counsel Association**, and in collaboration with the **International Chamber of Commerce, Canada**, presents one extraordinary event!

October 23 & 24, 2014,
Montreal, Canada

For further details, see Page 5.

Marquez votre calendrier et enregistrez la date !

IAMC 2014 : La Conférence nationale de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada

Pour la première fois, l'IAMC, en partenariat avec **l'Association canadienne des conseillers et conseillères juridiques d'entreprises**, et en collaboration avec **la Chambre de commerce internationale**, vous présente un événement extraordinaire!

les 23 et 24 octobre 2014,
Montréal, Canada

Pour plus de détails, voir la page 6.

Unconscious Blinders and Arbitrator Decision Making: Issues and Solutions

Edna Sussman

Edna Sussman, www.sussmanADR.com, is a full-time independent arbitrator and mediator specializing in international and domestic commercial disputes and the Distinguished ADR Practitioner in Residence at Fordham University School of Law. She serves on the arbitration and mediation panels of many of the leading dispute resolution institutions and serves as Vice Chair of the New York International Arbitration Center and on the board and the executive committee of the American Arbitration Association and of the College of Commercial Arbitrators. A frequent author and lecturer, she formerly chaired the Arbitration Committee of the American Bar Association's Section of International Law and the Dispute Resolution Section of the New York State Bar Association.

"Most studies of arbitration are devoted to discussions about the applicable law or the various procedural rules. It seems far more important to try to analyze how and why arbitrators make up their minds." Robert Coulson, President, American Arbitration Association, 1990.[1]

Mr. Coulson's discussion of what was known at the time about psychological influences on arbitrator decision-making presaged the vigorous discussion of that subject which developed recently, some 25 years later. With the explosion of best-selling books on decision-making and the popularization of the psychological learning on the subject,[2] attention has turned in conference after conference to its applicability to arbitrators.

I. INTRODUCTION

The literature which studies the psychological phenomena that are the subject of this article refers to them as "biases." Because the word "bias" has such profound negative connotations in the field of arbitration, this article borrows the nomenclature used by Professor Guthrie, and refers to biases as "blinders."[3] The biases/blinders discussed here are those that are simply human nature. While constraints imposed by the law to increase certainty and predictability, such as specifying elements for causes of action and establishing burdens of proof, are effective to some degree, ultimately decision are made by judges and arbitrators who are human beings. Their minds function anatomically just as do the minds of others. Legal training cannot and does not alter that fundamental reality.

The human brain has both an intuitive and a deliberative component, a fact long known and discussed as far back as Plato. It has been now scientifically proven. Recently Nobel Prize winner Kahnemann popularized what he refers to as System 1, our fast, automatic, high capacity, low effort, and intuitive mode, and System 2 our slow, deliberate, limited capacity and high-effort mode.[4] His modern research based analysis essentially posits that we cannot function without both and that human decision making operates with System 1 making intuitive judgments which are sometimes modified by System 2's deliberative process.

This dichotomy mirrors the two traditional models with which judging has traditionally been viewed: the "formalist" model pursuant to which it is believed that judges apply the law to the facts in a logical and deliberative way, and the "realist" model pursuant to which it is believed that judges follow their intuition to reach their judgment and later rationalize their judgment with reasoning.[5]

Scholars have explored System 1 and System 2 as it impacts legal decision-making. Research has shown that, as with all human beings, the intuitive reactions of System 1 play a significant role in judges' decision making.[6] Given the similarity of the tasks, one must conclude that those same impacts affect arbitrators' decision making also.

It is the unconscious intuitive processes, the blinders, which are addressed in this article with suggestions to foster a more robust deliberative overlay and improve the quality of decisions by arbitrators. In order to provide a context that reflects actual arbitrator decision making, the results of a survey of arbitrators I conducted in October of 2012 (the "2012 Arbitrators Survey") is reported. The survey, which was distributed both in the U.S. and to colleagues around the world, drew 401 responses.

I. UNCONSCIOUS BLINDERS

Guthrie, Wistrich and Rachlinski, in their leading works on the subject of judicial decision making, addressed the question of why it can be difficult to get a decision in a case right with studies conducted with hundreds of judges.[7] They identified three sets of blinders that are the psychological influences that can lead to erroneous decisions: informa-

tional blinders, cognitive blinders and attitudinal blinders.[8] These categorizations are useful and are adopted here.

A. Informational Blinders - Inadmissible Evidence

The 2012 Arbitrators Survey confirmed that arbitrators usually allow evidence to be introduced that would not be admissible in court. Yet studies with judges have confirmed that inadmissible evidence, once heard, has a profound impact on decisions made by judges. Judges who saw a clearly privileged document devastating to the case ruled for the other party about twice as often as those who had not seen it. Only 75% of Judges who saw a recall notice, an inadmissible subsequent remedial measure, ruled for the defense while 100% of the judges who had not seen it did so.[9] As one court put it, you can't "un-ring the bell."[10] Given the unconscious, this result is not surprising.

What can arbitrators do to try to overcome this blinder? First and foremost, arbitrators should really do what they say they will do and consciously weigh the reliability of evidence they have promised to assess as to weight. Reviewing preliminary conclusions of the case to see if the outcome would differ if unreliable evidence admitted on that basis had not been introduced may serve as a check by showing the arbitrators the extent to which such pieces of evidence have influenced their thinking.

B. Cognitive blinders – heuristics

Cognitive blinders are patterns of deviation in judgment which can lead to perceptual distortion, inaccurate judgment, or illogical interpretation. They include heuristics, mental short cuts that permit people to solve problems and make judgments and react to situations quickly and efficiently without constantly stopping to think about the next course of action.

1. Hindsight Blinder

Studies have shown that subsequent events color decision making. For example, in one study 57% of judges who were told a flood had taken place and no precautions had been taken found negligence while of the judges who were not told about the subsequent flood only 24% found negligence.[11] The very nature of arbitration calls for an evaluation of events after the fact thus making the process particularly vulnerable to the hindsight blinder. Hindsight has been described as the most "troublesome problem for judges."[12]

The burden of proof may in some instances be of assistance in countering hindsight. If one isolates and lists the facts that were proven as of the relevant time frame from later biasing events and apply the burden of proof just to the earlier facts, it should assist in minimizing the impact of hindsight.

2. Anchoring Blinder

Numbers wholly irrelevant to a decision can have a dramatic influence on damages findings**.** In one study judges who heard a demand in a settlement conference of $10 million awarded $2.2 million while other judges given the same facts but only told that there had been a request for a lot of money awarded $800,000.[13] In another study judges who heard a motion to dismiss for failure to meet the court's $75,000 jurisdictional minimum awarded a mean of $880,000 while those who had not heard the motion awarded a mean of $1,200,000 million on the same facts. [14] Study after study has proven that people will be anchored in their response by numbers that bear no relationship to the question they are asked to answer and will adjust from it.

The 2012 Arbitrator survey results demonstrated that many arbitrators find that quantifying damages is often more difficult than determining liability. There is often no clear right answer, perhaps opening the door for the influence of the anchoring blinder. Analyzing the damages evidence having in mind the influence of the anchoring blinder should assist arbitrators in avoiding falling prey to it.

3. Framing Blinder

In a fascinating experiment the same two sets of adjectives in a different order were used to describe two people.

Alan- intelligent-industrious-impulsive-critical-stubborn-envious
Ben- envious-stubborn-critical-impulsive-industrious-intelligent

The study found that the initial adjective colored the subjects assessment of the later adjectives, leading the experiment subjects to view Alan as an able person with certain shortcomings and Ben as a problem whose abilities are hampered by his serious difficulties.[15]

Arbitrators are conscious of the fact that differences in the quality of the lawyering can affect their decision. Arbitrators do try to look beyond the manner and style of presentations to ascertain the true story. Again, recognition of the psychological influence that a well-crafted presentation can have should serve to heighten arbitrator's ability to overcome well framed but faulty arguments.

4. Confirmation Blinder

In the context of arbitral decision-making the confirmation blinder is a particularly pernicious blinder. All arbitrators say that they keep "an open mind" until the close of the hearing and surely arbitrators honestly believe that to be true. However, the psychological learning suggests this to be a blinder in and of itself. Waites and Lawrence concluded in their foremost article on the subject of psychology and arbitrators: "A typical arbitrator concludes the initial phase with a single dominant story in mind… the actual arbitration presentation is a process of filtering through the evidence to test their individual hypothesis about the case… Arbitrators… will make every effort to fit their perceptions of the facts and circumstances of the case into the story they have formed….. "[16]

The 2012 Arbitrator Survey results support this conclusion. 88% of the arbitrators formed a preliminary view of the merits of the case at least 25% of the time after only receiving the prehearing submissions while 37% formed such views at least 50% of the time. 60% of the arbitrators changed their view from their preliminary determination only 30% or less of the time.

Making sure that both "stories" are played

for discussion throughout the proceeding would help to counter this blinder. Consider whether it would be useful to have the co-arbitrators sum up the evidence each day over lunch, but have them switch which side's evidence they are marshaling from time to time to assure that all perspectives are being fully considered throughout the process.

II. ATTITUDINAL BLINDERS – BACKGROUND AND EXPERIENCE

In a striking study researchers worked with staunch supporters of candidates in the 2004 U.S. presidential elections. Statements by the candidates were played for them. The study demonstrated that the reasoning part (System 2) remained completely inactive; any negative information about their candidate was simply filtered out automatically. The information simply never reached the deliberative part of the brain.[17]

Each arbitrator is uniquely influenced by his or her lifetime experiences and cultural influences and like judges is influenced by that background. Summing up these influences on arbitrators making, Shari Diamond referenced the "affinity effect" which occurs when "decision-makers are influenced by their cultural backgrounds, their prior experiences, and their personal associations in formulating their understanding of and judging the behavior they must consider in reaching their decisions." And the "expectancy effect" which causes "beliefs about the world and preconceived notions about the likely credibility of particular types of witnesses affect how decision-makers evaluate evidence" and causes decision-makers to be more "likely to reject information that is inconsistent with their beliefs and expectations."[18]

III. IMPROVING ARBITRATOR DECISION MAKING

The following suggestions are offered to arbitrators to assist in assuring the active engagement of the brain's deliberative faculties and of unconscious blinders. Many arbitrators already take many of these steps, but there is value in developing a list :

- As you consider your decision and as you write the award consider the opposite side, assuming each to be correct.
- Identify why you may be wrong, what are the important pieces of evidence that go the other way and why are they not reliable or credible.
- Consult your co-arbitrators.
- Make sure you elicit the independent thinking of each member of the tribunal.
- Create a checklist with columns for each party and list the facts that favor that party.
- Create a checklist listing the legal claims and the elements of each claim and review how and whether they have been met looking at it from each side's perspective.
- Reduce your reliance on memory; look for record citations for all of the important facts.
- Replay how you reached your conclusion and think about what evidence you rejected and why.
- Write down your reasoning, even if you are issuing a bare award.
- Estimate the odds of being wrong. If they are too high, rethink the case.
- Try to identify any significant evidence that would be inadmissible or is unreliable that may have influenced you and consider the outcome without that evidence.
- Focus on the blinders and consciously consider whether you may have been influenced by them.
- Don't take too many cases. Make sure you leave enough time to think through all of the issues both factual and legal.
- Leave time to sleep on the award so that you can go back and review it with fresh eyes.
- Consider what you would have needed to have presented to you to have come to the opposite conclusion and consider whether in fact such evidence was presented.
- Ask yourself what the losing party would feel that you overlooked in your analysis.
- Consider, if somebody were to have concluded the other way, how would they write it, where and how would they differ.

As arbitrators learn more about the blinders that affect their thinking, best practices to foster a more engaged deliberative process is likely to evolve to improve the quality of decision making.

IV. ADVICE FOR ARBITRATION COUNSEL

Many sources offering guidance for effective advocacy have been published. Such tips as reading everything a prospective arbitrator has written, developing an appealing "story," tailoring the manner and substance of the presentation to appeal to the specific arbitrators, are all practices which are, in fact, designed to understand and/or play to the unconscious of the arbitrator. To the wealth of literature on the subject consider three additional thoughts for counsel addressed specifically to uncovering and addressing or deflecting unconscious blinders.

A. How Many Arbitrators

If the size of the case warrants it and the accuracy of the decision is paramount, consideration should be given to having three arbitrators rather than one. The suggestion in the literature that "group decision-makers might be better equipped to combat some of the more pernicious cognitive blinders like hindsight bias"[19] should not be ignored. Groups can remember more facts than individuals and in deliberating with one another can share remembered information leading to a more accurate determination. Three arbitrators bring different backgrounds and experiences to the arbitration and bring to the deliberations "differing insights and views of the events and motivations" which "provide the group with a more complete perspective out of which a better quality decision can be made." [20]

B. Tapping the Social Scientists

Jury consultants have long been employed in the United States as a response to the importance of selection and messaging in winning cases. Users of jury consultants find them useful and their widespread use is a testament to their utility. The arbitration community is just beginning to explore the arbitrators' psychology. In cases that warrant such an additional expendi-

ture, utilizing the services of social scientists to assist with an understanding of the psychological dimensions may be useful. Waites and Lawrence concluded in the foremost article on the subject of psychology and arbitrators that, like the mock jury used to prepare for a jury trial, "the most useful scientific tool we have in preparing for an arbitration hearing is a mock arbitration panel study."[21]

C. Enhanced Arbitrator Interviews

There is general approval of interviews of prospective arbitrators in the arbitral community with only 12 % of the respondents to the *2012 Queen Mary and White & Case International Arbitration Survey* considering them inappropriate.[22] However there was lack of agreement as to precisely what kinds of questions were permissible. Can we and should we now ask questions tailored to the dispute to flush out psychological drivers. While it might be argued that allowing an expansion of permissible questions would open a Pandora's Box and counsel could easily find themselves, even inadvertently, contaminating the neutrality of the prospective arbitrator, in the wake of the new information about psychology and the arbitrator a more detailed discussion of what should or should not be permissible in an arbitrator interview may be inevitable.

V. CONCLUSION

While legal principles and precedents impose some rigor on decision making by arbitrators, subconscious factors that inevitably influence every person also play a significant role. With the current recognition of the psychological influences, a reexamination of best practices in arbitrator decision making is in order and concrete debiasing steps that arbitrators can take to improve the quality of their decisions should be considered.

This article is adapted from a more comprehensive article on the subject: Edna Sussman, *Arbitrator Decision Making: Unconscious Psychological Influences and What you can do About Them*, American Review of International Arbitration, Vol. 24. No. 3 (2013).

1 Robert Coulson, *The Decisionmaking Process*, 45 Arbitration Journal 37, 37 (1990).
2 Recent best-selling books on the subject include: Daniel Kahneman, Thinking, Fast and Slow (2011); Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein, Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness (2009).
3 See, Chris Guthrie, *Misjudging*, 7 Nev. L. J. 420, 420 (2007) (hereafter "Misjudging').
4 Kahneman, *supra* note 2 at 19-105.
5 Chris Guthrie/Jeffrey Rachlinski/Andrew Wistrich, *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*, 93 Cornell L. R. 101, 102-103 (2007) (hereinafter "Blinking on the Bench"); Dan Simon, *A Psychological Model of Judicial Decision Making*, 30 Rutgers L. J. 1 (1998)
6 *Id.*
7 Andrew Wistrich/Chris Guthrie/Jeffrey Rachlinski, *Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding* 153 U. Pa. L R. 1251, 1279-81 (2005) (hereafter "Inadmissible Information").
8 Misjudging, *supra* note 3 at 421.
9 Inadmissible Information, *supra* note 7 at 1294-98. Misjudging, *supra* note 3 at 422-24
10 *See, National Labor Relations Board v Jackson Hospital Corp.*, 257 F.R.D. 302, 307 (D. Col. 2009).
11 Misjudging, *supra* note 3 at 432-33.
12 Chris Guthrie/ Jeffrey J. Rachlinski/ Andrew J. Wistrich, *Inside the Judicial Mind*, 86 Cornell L. Rev. 777, 825 (2001) (hereafter "Inside the Judicial Mind").
13 Inadmissible Information, *supra* note 7 at 1288-91.
14 Misjudging, *supra* note 7, at 43.
15 Inadmissible Information, *supra* note 7 at 1266.
16 Richard C. Waites/James E. Lawrence, *Psychological Dynamics in International Arbitration Advocacy*, in The Art of Advocacy IN INTERNATIONAL ARBITRATION, 109-110, 114 (Doak Bishop and Edward G. Kehoe eds. 2010). *supra* note 23 at 109-110, 114.
17 Drew Westen/Pavel S. Blagov/ Keith Harenski, Clint Kilts/ Stephan Hamann, *Neural Bases of Motivated Reasoning: An fMRI Study of Emotional Constraints and Partisan Political Judgment in the 2004 U.S. Presidential Election*, 18:11 Journal of Cognitive Neuroscience, 1947 (2006).
18 Shari Seidman Diamond, *The Psychological Aspects of Dispute Resolution*, International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, ICCA Congress Series, No. 11, 631-633, London 2002 (Albert Jan van den Berg ed., 2003).
19 Misjudging, *supra* note 3 at 452-53.
20 *Waites/Lawrence, supra* note 16 at 115.
21 *Id.* at 118,119.
22 Queen Mary University of London/White & Case, *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices and the Arbitral Process*, at 6.

Préconceptions inconscientes et prise de décision de l'arbitre : Problèmes et solutions

« La plupart des études d'arbitrage se consacrent aux discussions concernant la loi applicable ou les diverses règles de procédure. Il semble encore plus important d'essayer d'analyser la manière dont les arbitres prennent leurs décisions et les raisons qui les y poussent » [Traduction] Robert Coulson, Président, Association américaine d'arbitrage, 1990.[1]

À cette époque, la discussion de monsieur Coulson sur ce qu'on connaissait des influences psychologiques sur la prise de décision de l'arbitre présageait le débat vigoureux sur ce sujet qui s'est récemment développé, quelque 25 ans plus tard. Avec l'explosion des livres à succès sur la prise de décision et la vulgarisation de l'apprentissage psychologique sur le sujet,[2] les regards se sont portés vers une série de conférences, jusqu'à ce qu'on l'applique aux arbitres.

I. INTRODUCTION

La documentation qui étudie les phénomènes psychologiques qui font l'objet de cet article s'y réfère en tant que « préjugés ». Parce que le mot « préjugé » a une connotation si profondément négative dans le

Edna Sussman, www.sussmanADR.com, est arbitre et médiatrice indépendante à temps plein et se spécialise dans les différends commerciaux internationaux et nationaux, et est la distinguée praticienne résidente du RED à l'école de Droit de l'Université Fordham. Elle contribue aux groupes d'experts en arbitrage et en médiation de plusieurs grandes institutions de règlement des différends, et agit à titre de vice-présidente du Centre d'arbitrage international de New York ainsi que sur le comité de direction et le conseil exécutif de l'Association américaine d'arbitrage et le Collège des arbitres commerciaux. Avant d'être régulièrement auteure et conférencière, elle présidait le comité d'arbitrage de la section de Droit international de l'Association du Barreau américain et la section de règlement des différends de l'Association du Barreau de l'État de New York.

domaine de l'arbitrage, cet article emprunte la nomenclature qu'utilise le Professeur Guthrie, et se réfère au préjugé comme des « préconceptions ».[3] Les préjugés/préconceptions dont il est question ici relèvent simplement de la nature humaine. Bien que les contraintes imposées par la loi pour amener plus de certitude et de prévisibilité, comme préciser les éléments des motifs de plainte et établir le fardeau de la preuve, sont efficaces jusqu'à un certain point, il reste qu'ultimement ce sont des juges et des arbitres, donc des êtres humains, qui rendent les décisions. Du point de vue de l'anatomie, leur esprit fonctionne comme celui des autres. Une formation en droit ne peut aucunement modifier cette réalité fondamentale.

Le cerveau humain combine un élément intuitif et un élément logique, réalité connue et discutée depuis aussi longtemps que l'époque de Platon. C'est maintenant prouvé scientifiquement. Lauréat du prix Nobel, Kahneman a récemment popularisé ce qu'il appelle le Système 1, soit notre mode de pensée rapide, automatique, instinctif, de grande capacité et demandant peu d'effort, et le Système 2 notre mode de pensée lent, réfléchi, à capacité limitée et qui demande une grande énergie.[4] Son analyse fondée sur la recherche moderne pose essentiellement comme principe que nous ne pouvons fonctionner sans les deux, et que le processus de prise de décision humain fonctionne avec le Système 1, en portant des jugements intuitifs qui sont parfois modifiés par le processus logique du Système 2.

Cette dichotomie reflète les deux modèles traditionnels avec lesquels on a habituellement considéré le jugement : le modèle « formaliste » en vertu duquel on croit que les juges appliquent la loi selon les faits d'une manière logique et délibérée, et le modèle « réaliste » en vertu duquel on croit que les juges suivent leur intuition pour poser leur jugement et rationalisent ensuite leur jugement pas le raisonnement.[5]

Des chercheurs ont exploré les effets du Système 1 et du Système 2 sur la prise de décision judiciaire. La recherche a démontré que, comme pour tous les êtres humains, les réactions intuitives du Système 1 jouent un rôle crucial dans la prise de décision des juges.[6] Compte tenu de la similitude des tâches, c'est donc dire que les mêmes effets se retrouvent également sur la prise de décision des arbitres.

Cet article traite des processus intuitifs inconscients, les préconceptions, et apporte des suggestions pour favoriser une meilleure intégration de la logique, et améliorer la qualité des décisions prises par les arbitres. Afin de fournir un contexte qui reflète la prise de décision arbitrale, je présente les résultats d'un sondage que j'ai mené en octobre 2012 (le « sondage 2012 sur les arbitres »). Le sondage, qui a été distribué aux États-Unis et à des collègues dans le monde entier, a suscité 401 réponses.

I. PRÉCONCEPTIONS INCONSCIENTES

Dans leurs principaux travaux sur le sujet de la prise de décision judiciaire, Guthrie, Wistrich et Rachlinski ont abordé la question de savoir pourquoi il peut être difficile d'obtenir une décision juste dans une affaire au moyen d'études menées auprès de centaines de juges.[7] Ils ont identifié trois ensembles de préconceptions qui constituent les influences psychologiques pouvant conduire à des décisions erronées : les préconceptions dérivées de l'information, de la connaissance et de l'attitude; [8] Ces catégorisations sont utilisées comme telles dans cet article.

A. Préconceptions dérivées de l'information – Preuve irrecevable

Le sondage 2012 sur les arbitres a confirmé que les arbitres admettent généralement des preuves qui n'auraient pas été recevables en cour. Pourtant, les études menées auprès des juges ont confirmé que les preuves irrecevables, un coup entendues, ont une incidence profonde sur la décision rendue par les juges. Les juges qui ont vu un document clairement privilégié pouvant être préjudiciable à l'affaire se prononcent deux fois plus souvent en faveur de l'autre partie que ceux qui ne l'ont pas vu. Seulement 75 % des juges qui ont vu un avis de rappel, une mesure corrective subséquente irrecevable, se prononcent pour la défense alors que 100 % des juges qui ne l'ont pas vu en font autant.[9] Comme un tribunal l'a dit, vous ne pouvez pas « dés-entendre ce que vous avez entendu ». [Traduction][10] Si on tient compte de l'inconscient, ce résultat n'est pas surprenant.

Que peuvent faire les arbitres pour essayer de surmonter cette préconception ? Tout d'abord, les arbitres devraient vraiment faire ce qu'ils ont dit qu'ils feraient et consciemment, peser la fiabilité des éléments de preuve qu'ils ont promis d'évaluer pour fins de pondération. L'examen des conclusions préliminaires du dossier, visant à voir si le résultat aurait été différent si un élément de preuve reconnu comme peu fiable n'avait pas été présenté, peut servir de contrôle en montrant aux arbitres dans quelle mesure de tels éléments de preuve ont influencé leur réflexion.

B. Préconceptions dérivées de la connaissance – Heuristique

Les préconceptions dérivées de la connaissance sont des modèles de déviation du jugement pouvant mener à une distorsion de la perception, un jugement inexact ou une interprétation illogique. Ils comprennent l'heuristique, des raccourcis mentaux qui permettent aux gens de résoudre des problèmes, de porter des jugements et de réagir à des situations rapidement et efficacement sans s'arrêter constamment pour penser aux prochaines options.

1. Préconception par la rétrospection

Des études ont démontré que les événements subséquents faussent la prise de décision. Par exemple, dans une étude, 57 % des juges à qui on a informé qu'une inondation avait eu lieu alors qu'aucune précaution n'avait préalablement été prise, ont conclu à une négligence alors que parmi les juges à qui on n'a rien mentionné concernant l'inondation qui s'en est ensuivie, seulement 24 % ont conclu à une négligence.[11] La nature même de l'arbitrage prévoit une évaluation des événements après coup, ce qui rend donc le processus particulièrement vulnérable à la préconception par la rétrospection. On décrit la rétrospection comme « le pro-

blème le plus compliqué pour les juges ».[12]

Dans certains cas, le fardeau de la preuve peut être utile pour contrer la rétrospection. Si on dresse une liste des faits prouvés dans la période de temps pertinente, qu'on les isole des événements subséquents pouvant influencer, et qu'on applique le fardeau de la preuve aux faits antérieurs, ça devrait aider à minimiser l'impact de la rétrospection.

2. Préconception par l'ancrage

Des chiffres dénués de pertinence pour une décision peuvent avoir une influence considérable sur un verdict de dommages-intérêts. Dans une étude, les juges qui, dans une conférence de règlement amiable, ont entendu une réclamation de 10 millions $ en ont attribué 2,2 millions $ alors que les autres juges, avec les mêmes faits mais à qui on a simplement mentionné que la réclamation comportait un montant élevé, ont alloué 800 000 $.[13] Dans une autre étude, des juges qui ont entendu une requête en irrecevabilité pour défaut de rencontrer le montant juridictionnel minimum du tribunal de 75 000 $ ont attribué une moyenne de 880 000 $ alors que ceux qui n'ont pas entendu la requête ont attribué une moyenne de 1,2 million $ avec les mêmes faits.[14] Les nombreuses études ont prouvé que les gens resteront ancrés dans leur réponse en raison des chiffres qui n'ont aucun rapport avec la question qu'on leur demande de répondre, et vont s'y ajuster.

Les résultats du sondage 2012 sur les arbitres ont démontré que de nombreux arbitres trouvent que de quantifier les dommages est souvent plus difficile que de déterminer la responsabilité. Il n'y a souvent pas de bonne réponse claire, ce qui ouvre peut-être la porte à l'influence de la préconception par l'ancrage. Analyser la preuve des dommages en ayant en tête l'influence de la préconception par l'ancrage devrait aider les arbitres à éviter de tomber dans ce piège.

3. Préconception par l'encadrement

Dans une expérience fascinante, on a utilisé la même série d'adjectifs dans un ordre différent pour décrire deux personnes.

> Alan – intelligent – adroit – impulsif – critique – têtu – envieux
> Ben – envieux – têtu – critique – impulsif – adroit – intelligent

L'étude a révélé que le premier adjectif faussait l'évaluation des sujets par rapport aux derniers, conduisant les sujets de l'expérience à voir Alan comme quelqu'un de compétent avec quelques lacunes, et Ben comme une personne à problèmes dont les habiletés sont entravées par de graves difficultés.[15]

Les arbitres sont conscients que les différences de qualité dans la pratique du droit peuvent affecter leur décision. Les arbitres essaient de voir au-delà de la méthode et du style de présentations pour déterminer la véritable histoire. Encore une fois, le fait de reconnaître l'influence psychologique qu'une présentation bien structurée peut avoir devrait contribuer à renforcer la capacité de l'arbitre à surmonter les arguments erronés, même s'ils sont bien encadrés.

4. Préconception par la confirmation

Dans le contexte de la prise de décision arbitrale, la préconception par la confirmation est une préconception particulièrement pernicieuse. Tous les arbitres disent qu'ils gardent « un esprit ouvert » jusqu'à la fin de l'audience et il est certain que les arbitres considèrent honnêtement que c'est vrai. Cependant, l'apprentissage psychologique démontre qu'il s'agit là d'une préconception en soi. Waites et Lawrence ont conclu dans leur principal article sur le sujet de la psychologie et des arbitres : « un arbitre typique conclut la phase initiale avec en tête une seule histoire qui prédomine… en réalité la présentation arbitrale est un processus de filtration des éléments de preuve pour tester leur hypothèse individuelle concernant l'affaire … Les arbitres … mettront tout en œuvre pour faire adhérer leurs perceptions des faits et circonstances de l'affaire dans l'histoire qu'ils se sont forgée… »[16] [Traduction]

Le sondage 2012 sur les arbitres appuie cette conclusion. 88 % des arbitres se font une opinion préliminaire sur le bien-fondé de l'affaire dans au moins 25 % du temps après n'avoir entendu que la conférence préparatoire à l'audience tandis que 37 % se sont forgé de telles opinions dans au moins 50 % du temps. 60 % des arbitres ont changé d'opinion à partir de leur définition initiale dans seulement 30 % du temps, ou moins.

Pour contrer cette préconception, il serait utile de s'assurer que les deux « histoires » soient utilisées à des fins de discussion tout au long de la procédure. On peut envisager la pertinence que les co-arbitres résument les éléments de preuve chaque jour pendant le dîner, mais de temps en temps, voir à ce qu'ils changent de côté les éléments de preuve qu'ils réunissent pour s'assurer que tous les points de vue sont pleinement pris en compte tout au long du processus.

II. PRÉCONCEPTIONS DÉRIVÉES DE L'ATTITUDE – ANTÉCÉDENTS ET EXPÉRIENCE

Dans une étude saisissante, des chercheurs ont travaillé avec de fervents partisans des candidats aux élections présidentielles américaines de 2004. On leur a fait écou-

« La norme idéale pour les disputes Canadiennes »

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

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

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

ter les déclarations des candidats. L'étude a démontré que la partie du cerveau qui raisonne (le Système 2) est restée totalement inactive; tout renseignement négatif à propos de leur candidat était automatiquement éliminé. Les renseignements n'atteignaient jamais la partie logique du cerveau.[17]

Chaque arbitre est influencé uniquement par ses propres expériences de vie et influences culturelles tout comme les juges sont influencés par leurs propres antécédents. Pour résumer ces influences sur ce que font les arbitres, Shari Diamond fait référence à « l'effet d'affinité » qui surgit lorsque les « décideurs sont influencés par leurs antécédents culturels, leurs expériences antérieures et leurs associations personnelles quand ils formulent leur compréhension et jugement d'un comportement qu'ils doivent prendre en considération afin de parvenir à leurs décisions ». [Traduction] Puis « l'effet d'anticipation » qui entraîne des « croyances sur le monde et des idées préconçues en ce qui concerne la crédibilité probable de certains types de témoins qui affectent la façon dont les décideurs évaluent les éléments de preuve » [Traduction] et fait en sorte que les décideurs sont davantage « enclins à rejeter les renseignements incompatibles avec leurs croyances et attentes ».[18] [Traduction]

III. AMÉLIORATION DE LA PRISE DE DÉCISION ARBITRALE

Les suggestions suivantes sont destinées à aider les arbitres à assurer la participation active des facultés logiques de leur cerveau et des préconceptions inconscientes. Bon nombre d'arbitres suivent déjà plusieurs de ces étapes, on peut cependant ajouter de la valeur en développant une liste :

- Au moment d'écrire votre jugement lorsque vous réfléchissez à votre décision, tenez compte du côté opposé en supposant que chaque côté est de bonne foi.
- Identifiez pourquoi vous pourriez avoir tort, quels sont les éléments de preuve pertinents qui pourraient ne pas l'être, et pourquoi ils ne sont pas fiables ou peu crédibles.
- Consultez vos co-arbitres.
- Assurez-vous de susciter la pensée indépendante de chaque membre du tribunal.
- Créez une liste contenant des colonnes pour chaque partie et énumérez les faits qui sont en faveur de chaque partie.
- Créez une liste pour énumérer les revendications juridiques et les éléments de chaque revendication et révisez la façon dont ils ont été considérés, le cas échéant, en regardant à partir du point de vue de chaque partie.
- Éviter de trop vous fier à votre mémoire; cherchez les citations consignées au dossier concernant tous les faits pertinents.
- Repassez la façon dont vous êtes parvenu à votre conclusion et pensez aux éléments de preuve que vous avez rejetés, et aux raisons pour lesquelles vous les avez rejetés.
- Écrivez votre raisonnement, même si vous prononcez une simple sentence.
- Estimez les risques d'être en tort. S'ils sont trop élevés, révisez le dossier.
- Essayer d'identifier d'importants éléments de preuve qui pourraient être irrecevables ou non fiables qui auraient pu vous influencer, et estimer le résultat sans cette preuve.
- Concentrez-vous sur les préconceptions et de façon consciente, estimez la probabilité d'avoir été influencé par elles.
- N'acceptez pas trop de dossiers. Assurez-vous d'avoir suffisamment de temps pour réfléchir à toutes les questions, tant factuelles que juridiques.
- Accordez-vous du temps pour dormir sur votre décision pour que vous puissiez y revenir et la réviser avec un regard neuf.
- Pensez à ce dont vous auriez eu besoin qu'on vous présente pour en arriver à la conclusion opposée, et envisagez la possibilité qu'une telle preuve vous ait été présentée.
- Demandez-vous comment la partie perdante se sentirait si vous aviez négligé quoique ce soit dans votre analyse.
- Si quelqu'un d'autre en était arrivé à la conclusion inverse, pensez à la façon dont ils l'auraient rédigée et en quoi résiderait la différence.

Tandis que les arbitres en apprennent davantage sur les préconceptions qui affectent leur façon de penser, les meilleures pratiques pour favoriser l'implication d'un processus logique sont susceptibles d'évoluer pour améliorer la qualité de la prise de décision.

IV. CONSEILS POUR AVOCAT SPÉCIALISÉ EN ARBITRAGE

Il existe de nombreuses publications qui donnent des conseils pour défendre une cause efficacement. Ces trucs tels que lire tout ce qu'un arbitre potentiel a écrit, développer une « histoire » attrayante, adapter la méthode et le contenu de la présentation pour séduire les arbitres spécifiques, sont toutes des pratiques qui, en fait, visent à comprendre et/ou jouer sur l'inconscient de l'arbitre. Et pour ajouter à l'abondante documentation sur le sujet, explorez trois autres idées destinées aux avocats qui visent expressément à découvrir et à traiter ou dévier les préconceptions inconscientes.

A. Nombre d'arbitres

Si l'ampleur du dossier le justifie et que l'exactitude de la décision est primordiale, il faut envisager d'avoir trois arbitres plutôt qu'un seul. On suggère dans la documentation de ne pas ignorer que « les groupes de décideurs peuvent être mieux outillés pour lutter contre certaines des préconceptions dérivées de la connaissance les plus pernicieuses comme le préjugé par la rétrospection ».[19] Les groupes peuvent se souvenir d'encore plus de faits que les individus, et en délibérant les uns avec les autres, ils peuvent partager les renseignements dont ils se souviennent, menant ainsi à une décision plus précise. Trois arbitres amènent des antécédents et expériences différents à l'arbitrage, amenant aux délibérations « une divergence

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

des idées et points de vue par rapport aux événements et motivations », ce qui « offre au groupe une perspective plus large d'où peut émerger une meilleure qualité de décision ».[20]

B. Recours aux spécialistes des sciences sociales

On embauche des consultants spécialisés en formation de jury depuis longtemps aux États-Unis en réponse à l'importance qu'on accorde à la sélection et à la transmission des messages pour gagner les causes. Ceux qui embauchent ces consultants les trouvent utiles, et leur grande utilisation en témoigne. Le milieu de l'arbitrage commence à peine à explorer la psychologie des arbitres. Dans les cas qui justifient une telle dépense supplémentaire, le recours aux services de spécialistes des sciences sociales peut être avantageux pour aider à comprendre les dimensions psychologiques. Waites et Lawrence ont conclu dans le principal article sur le sujet de la psychologie et des arbitres que, tout comme la simulation du jury prépare à un procès devant jury, « l'outil scientifique de préparation à l'audience d'arbitrage le plus utile qui soit est une étude par simulation d'un groupe d'arbitrage». [Traduction] [21]

C. Amélioration des entrevues d'arbitre

On s'accorde généralement à approuver la tenue d'entrevues pour les arbitres potentiels dans le milieu de l'arbitrage, où seulement 12 % des répondants au sondage *Queen Mary and White & Case International Arbitration* réalisé en 2012 les jugent inappropriées.[22] Cependant, on ne s'entendait pas tout à fait sur le genre de questions acceptables. À présent, on se demande si on peut et si on doit poser des questions adaptées au différend pour éliminer les motifs psychologiques. Bien qu'on puisse soutenir que le fait de permettre l'élargissement de questions acceptables pourrait ouvrir une boîte de Pandore et qu'un avocat pourrait facilement contaminer la neutralité de l'arbitre potentiel, même par inadvertance, par suite de la nouvelle information concernant la psychologie et l'arbitre, une discussion plus détaillée de ce qui devrait ou ne devrait pas être admis dans une entrevue d'arbitre pourrait être inévitable.

V. CONCLUSION

Bien que les principes et la jurisprudence imposent une certaine rigueur dans la prise de décision par les arbitres, les facteurs inconscients qui influencent inévitablement chaque personne jouent un rôle important. Par suite de la reconnaissance actuelle des influences psychologiques, on peut admettre un réexamen des meilleures pratiques de prise de décision arbitrale, et on devrait considérer les mesures concrètes que les arbitres peuvent prendre, qui leur permettraient de sortir des préjugés et d'améliorer la qualité de leurs décisions.

Cet article est adapté d'un article plus complet sur le sujet : Edna Sussman, *Arbitrator Decision Making: Unconscious Psychological Influences and What you can do About Them*, American Review of International Arbitration, Vol. 24. No. 3 (2013).

1 Robert Coulson, *The Decisionmaking Process*, 45 Arbitration Journal 37, 37 (1990).
2 Quelques récents livres à succès sur le sujet : Daniel Kahneman, Thinking, Fast and Slow (2011); Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein, Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness (2009)
3 Voir : Chris Guthrie, *Misjudging*, 7 Nev. L. J. 420, 420 (2007) (ultérieurement « Misjudging »).
4 Kahneman, *supra* note 2 à 19-105.
5 Chris Guthrie/Jeffrey Rachlinski/Andrew Wistrich, *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*, 93 Cornell L. R. 101, 102-103 (2007) (Ci-après « Blinking on the Bench »); Dan Simon, *A Psychological Model of Judicial Decision Making*, 30 Rutgers L. J. 1 (1998)
6 *Id.*
7 Andrew Wistrich/Chris Guthrie/Jeffrey Rachlinski, *Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding* 153 U. Pa. L R. 1251, 1279-81 (2005) (Ultérieurement « Inadmissible Information »).
8 Misjudging, *supra* note 3 à 421.
9 Inadmissible Information, *supra* note 7 à 1294-98. Misjudging, *supra* note 3 à 422-24
10 *Voir, National Labor Relations Board c Jackson Hospital Corp.*, 257 F.R.D. 302, 307 (D. Col. 2009).
11 Misjudging, *supra* note 3 à 432-33.
12 Chris Guthrie/ Jeffrey J. Rachlinski/ Andrew J. Wistrich, *Inside the Judicial Mind*, 86 Cornell L. Rev. 777, 825 (2001) (ultérieurement « Inside the Judicial Mind »).
13 Inadmissible Information, *supra* note 7 à 1288-91.
14 Misjudging, *supra* note 7, à 43.
15 Inadmissible Information, *supra* note 7 à 1266.
16 Richard C. Waites/James E. Lawrence, *Psychological Dynamics in International Arbitration Advocacy*, in The Art of Advocacy IN INTERNATIONAL ARBITRATION, 109-110, 114 (Doak Bishop and Edward G. Kehoe eds. 2010). *supra* note 23 à 109-110, 114.
17 Drew Westen/Pavel S. Blagov/ Keith Harenski, Clint Kilts/ Stephan Hamann, *Neural Bases of Motivated Reasoning: An fMRI Study of Emotional Constraints and Partisan Political Judgment in the 2004 U.S. Presidential Election*, 18:11 Journal of Cognitive Neuroscience, 1947 (2006).
18 Shari Seidman Diamond, *The Psychological Aspects of Dispute Resolution*, International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, ICCA Congress Series, No. 11, 631-633, London 2002 (Albert Jan van den Berg ed., 2003).
19 Misjudging, *supra* note 3 à 452-53.
20 *Waites/Lawrence*, *supra* note 16 à 115.
21 *Id.* à 118,119.
22 Queen Mary University of London/White & Case, *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices and the Arbitral Process*, 6.

Advertise
Affichez votre publicité

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

Advertise in the Canadian Arbitration and Mediation Journal
Ask for a rate card: *JOURNAL@adrcanada.ca*

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

416-487-4733 • 877-475-4353

Lionel J. McGowan Awards of Excellence in Dispute Resolution — Call for Nominations for 2014

The ADR Institute of Canada, Inc. is calling for nominees for the Lionel J. McGowan Awards of Excellence in Dispute Resolution.

The awards are named in recognition and honour of Lionel J. McGowan, the first Executive Director of the Arbitrators' Institute of Canada. The presentation of the McGowan Awards will take place at the Institute's Annual General Meeting to be held in *Montreal, QC on October 23, 2014*. There are two awards: one which recognizes outstanding contribution to the support, development and success of the ADR Institute of Canada, Inc. and/or development of alternative dispute resolution nationally and one which recognizes contribution to a Regional Affiliate and within a Region.

Regional Award of Excellence

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

National Award of Excellence

This award is similar to the Regional award, but given for contributions to the ADR Institute of Canada. A candidate's contributions to the support, development and/or progress of the ADR Institute of Canada and its policies and programs, and to promotion of ADR on a national scale, would be relevant. Professional ADR teaching, hearing ADR cases and other ADR practice activities do not qualify. Similarly, simply being on the Board of the ADR Institute of Canada does not qualify unless it included major contributions to the Institute through development of the Institute's structure, National-Regional relationships, national programs or materials, funding, or other significant Institute initiatives.

Deadline

Nominations will be accepted until Friday, September 12, 2014. You are encouraged to submit nominations at any time prior to this date. Please send nominations to the McGowan Nomination Committee at the ADR Institute's national office, by fax or e-mail.

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

Risky Business: Why Family Mediator-Arbitrators Should Take Risk Screening Seriously

Hilary Linton, J.D., LL.B., LL.M. (ADR), Acc. FM

Hilary is a Toronto lawyer, mediator, arbitrator and adjunct law professor. Her company, Riverdale Mediation Ltd., specializes in designing fair, safe and empowering client-focused ADR processes, including mediation, arbitration, med-arb and parenting coordination. She is also the President of Toronto's provider of free and subsidized family mediation services (mediate393 inc.). Hilary writes and speaks extensively on issues of mediation, arbitration, negotiation power, family violence, and dispute resolution process design. Hilary is past-chair of the ADR section of the Ontario Bar Association and a past-director of the Ontario Association of Family Mediation.

A recent Ontario Superior Court of Justice decision illustrates the need for clearer guidelines for "screening for power imbalances and domestic violence", a mandatory component of Ontario family arbitration. It also demonstrates the benefits for parties, lawyers and arbitrators in understanding that some methods of screening are more effective than others; and in ensuring that screening is done in accordance with the best practices before the mediation in a mediation-arbitration.

Important case on "screening" in family mediation-arbitration

A recent Ontario S.C.J. decision illustrates the need for clearer regulation of "*screening for power imbalances and domestic violence*", a mandatory component of Ontario family arbitration. *Regulation 134/07*.

It also demonstrates that notwithstanding the latitude permitted family arbitrators under the regulation, screening should be done by the mediator-arbitrator, and not the parties' lawyers, before mediation begins.

Screening is a form of early triage to identify those cases where private dispute resolution is not likely to be fair, effective or safe.

Docherty v Catherwood is a trial decision that followed a failed mediation-arbitration.

The arbitrator, a highly respected retired judge, began mediation in a mediation-arbitration before both parties had been screened for power imbalances and domestic violence. The lawyers—both very experienced— had provided certificates of Independent Legal Advice as required. The husband's lawyer certified that the husband "had been" screened; the wife's lawyer certified that the wife "would be" screened. All of the above is permitted under the regulation.

Three months and many tens of thousands of dollars later, when the mediation failed and the parties were preparing for arbitration, the wife met with a respected screening specialist. She identified the wife as a procedurally vulnerable victim of domestic violence and recommended against arbitration.

The arbitrator resigned and the parties went to trial. The judge found that the wife was victimized by violence, often in the presence of the children and awarded her custody. (Mr. Docherty was successful on all other issues and awarded substantial time with the children.)

If the screening had been done differently, could the entire costly process have been avoided? Was the case ever appropriate for private med-arb? Ought it to have been screened back into court from the start?

Docherty is not the first SCJ case to deal with this topic. Screening was discussed at length in *Wainwright v Wainwright (2012)*, a seminal decision on the process, its purpose and the best way to do it. (*Wainwright* was not mentioned in *Docherty.)*

There are good reasons for parties to try mediation, arbitration or med-arb. The record is private, and it can be fast. In med-arb, if the case does not settle, the same trusted professional will make a decision based on evidence and in a process the parties have designed.

However, if there is a significant imbalance of negotiation power, particularly one that arises from violence, private dispute resolution can be dangerous, ineffective and needlessly expensive.

Risks include processes that do not meet the parties' needs; inaccurate assessments of credibility (because victims of violence can

be difficult people) which can be highly prejudicial in the intimate context of mediation and arbitration; outcomes that are coerced; a party, child, lawyer, or mediator/arbitrator being threatened, harmed or killed; or simply expensive, failed processes.

These risks are present even when the parties have lawyers. Unlike arbitrators, lawyers have no duty to take screening training. There are legitimate barriers between lawyer and client when it comes to disclosing such things as mental illness, depression, a history of violence. (Read *this story* for more.)

Regulation 134/07 requires arbitrators to be trained to identify the types of family violence; the factors and behaviours that predict post-separation harm or murder; the steps to take when a mediator-arbitrator believes such risks are present; and the ways to support both parties in finding a process that will be better for them ("safe termination"). It requires family arbitrators to certify that they have screened the parties themselves or that someone else has done the screening. Family arbitrators must pay attention to the results of the screening process throughout the arbitration.

Why is screening essential in family arbitration?

1. Domestic homicides increase exponentially at separation. A legal consultation alone increases the chance that an abused spouse will be murdered. Adversarial processes escalate risk further.

2. Arbitrators provide a private service with a hefty price tag. It requires parties to opt out of many rights: a court hearing with full appeal options, a public record, security, access to quick restraining orders, easy enforceability of orders, access to family court support (domestic violence) workers, the authority of a sitting judge, access to duty counsel, access to free or heavily subsidized court-connected mediation that includes extensive screening, and other features that benefit the vulnerable.

3. Once a party agrees to arbitrate, they cannot change their mind. In a med-arb, they can quit the mediation– but not the arbitration unless both consent.

Since family arbitration screening was mandated many mediator-arbitrators have relied on the lawyers to certify that their clients were screened. This is a poor practice. Lawyers meet only their own clients; the arbitrator cannot meaningfully "consider the results of the screening"; and confidentiality cannot be maintained if each lawyer is reporting results of screening to the arbitrator. Any violation of screening confidentiality can put a client's safety at risk.

Those of us who do our own screening (everyone who is an accredited family mediator must screen) we find it makes for a much better process for everyone. We meet each client confidentially, before taking the case, to learn what each person needs procedurally to fully participate. If our risk assessment suggests the case is not suitable for med-arb, we will refer the parties to a process that we feel is better suited to them. Screening is supportive of each person; non-judging, non-fact-finding and purely focused on risk assessment and safety planning.

Can confidential meetings with mediation clients who may become arbitration clients lead to a biased arbitrator? Probably not; it really is no different from caucusing, something we all do routinely. And if it does, I would argue that the case is probably inappropriate for private med-arb.

Those mediator-arbitrators who are uncomfortable with the idea should, as a second-best option, send both clients to the same respected third party screener, and receive a *confidential* report from that person, rather than rely on counsel.

Risks of family lawyers screening their own clients under the Arbitration Act Regulation

Those of us working in family law can count on one thing never changing: we are in a danger zone.

The percentage of separations involving some form of family violence/abuse has remained steady at about 50%. The numbers are higher among cases in court. There are more cases still involving violence plus mental illness, job loss, substance abuse, depression or other significant imbalance of negotiation power that can indicate a safety or other risk.

The first six months post-separation, when the parties are often dealing with lawyers, are the time of highest risk to personal safety.

We know that victims of domestic violence are often too afraid, embarrassed or unaware of the seriousness of the risk they face to disclose it to their lawyers. The higher the incomes and social status, the more obstacles to disclosure.

And we also know that if you only ask questions about violence, you will miss a large number of potentially highly dangerous cases, because the dangerous power imbalances arise in relationships based on coercion and control; violence may be a relatively minor factor.

Cases may not be appropriate for private dispute resolution for many reasons: the parties are too far apart; they are too high conflict; one or both lacks insight; the parties are not governable enough to comply with the rules; one party lives in fear for their life or that of their children; one party is too depressed to participate effectively, etc., and the oversight of the court is required.

Under Ontario's Arbitration Act Regulation, only family arbitrators are required to take training in assessing whether a case is suitable for private ADR, known as screening. Screening is a process of identifying, assessing and managing these forms of power imbalance, family violence and risk. Many family lawyers have not taken this training.

Most of us who provide ADR processes believe that we have the responsibility to provide, to the best of our ability, a safe, effective and appropriately-designed process of negotiation and/or determination. This duty can be implied by the Standards of Practice and Codes of Conduct of our governing organization (eg. the Abuse Policy of the Ontario Association of Family Mediation) or the law (eg. the regulation

under Ontario's Arbitration Act; in British Columbia, s. 8 of the Family Law Act).

If neither the lawyers nor the mediator/arbitrator knows about a significant power imbalance resulting from coercive controlling violence, for example, the safety of clients or their children could be at risk by something as seemingly benign as sitting together in the waiting room.

Parties may participate in a process for which they are poorly suited, ungovernable, or incapable of participating effectively. Victims of violence may, unbeknownst to the mediator-arbitrator or lawyers, be coerced. Subtle threats of retaliation, undetected by anyone but the victim, may prompt unbalanced agreements or irrational behaviours. Victims may be seen as difficult, unpredictable, inconsistent, unreliable, unreasonable, and judged critically because they are terrorized or traumatized… with none of the lawyers nor mediator-arbitrator understanding why.

A mediator in a mediation-arbitration, not having conducted a risk assessment, may confront or "take on" a bullying aggressor, unknowingly exposing a victim or children to retaliatory harm after the proceeding. Mediators and arbitrators may be charmed by the professionalism and reasonableness of an abuser and, unconsciously, align with him or her to the detriment of a victim and/or the children. A depressed or angry client who has risk markers that have not been identified by the mediator or arbitrator, unable to effectively manage his or her emotions, may attack the other party in the parking lot afterwards; or may come back to the mediation room with a knife or gun; may take his or her own life after a meeting with the mediator or arbitrator; or arrange for someone to stalk and beat up the mediator-arbitrator. (Recall the *recent case in Arizona* where a party and his lawyer were murdered in the mediator's building following a mediation.)

These are some of the reasons why mediators, arbitrators and the parties' lawyers may want to ensure that effective risk assessment is done before a case is accepted. Otherwise, one runs the risk that, part way through an arbitration, the identification and assessment of risk is made and the arbitration must be aborted. (We routinely advise our arbitration clients that the on-going requirement of screening means there is no guarantee that an arbitration will proceed or be completed.)

Experts will tell you that it can often be difficult to accurately assess power imbalances, and the assessment may not be made correctly right away, if ever.

This is why, under the Regulation, arbitrators must consider the results of the screening not only before the process begins, but also throughout.

There are two common arguments made against screening in family arbitration, aside from the concerns about bias and costs noted in the first post in this series.

First: judges don't screen so why should we? The answer is easy: we are not judges. We are taking people's money, in a private process, presumably because we can offer something better.
Second: we are lawyers, not mental health professionals. Again, the answer is easy. Screening is not mental health work; it is risk assessment, a valuable step in contemporary family dispute resolution.

It is important to acknowledge that none of us is perfect. The best screening processes provided by the most experienced screening professionals can still result in parties entering processes to which they are not suited. We do not guarantee safety or accuracy of assessment; we can only conscientiously and consistently implement the best practices we know.

What is, then, the best practice for screening in family mediation-arbitration? The community of those who teach and practice screening have agreed on this. They will be discussed in the next section.

Best Practices in Screening in Family Med-Arb

There is a consensus among those who teach and practice screening for power imbalances and domestic violence that some ways of doing it are better than others.

The best practice has been established and used for years in the context of mediation, and is adapted for family arbitration.

We suggest that family arbitrators should take responsibility for the integrity of the screening processes that are used in their arbitrations, and follow these guidelines:

1. Before starting the mediation phase of a mediation-arbitration, mediator-arbitrators should meet with each party, separately and confidentially, to assess whether the case is appropriate for mediation-arbitration. The mediator-arbitrator will seek to learn the concerns each client has about procedure; it is not a fact-finding exercise.
2. A key element of screening is its confidentiality. A person who has been threatened with death or fears for their life, or that of their children, will not disclose this fear unless they feel safe. The risk of retaliation for letting the 'cat out of the bag' in such cases is too great. Parties must be able to trust mediator-arbitrators to respect the confidentiality of all disclosures made in a screening process.
   Screening is supportive of the needs of both parties. It is not for the purpose of finding out who is truthful, who is "good" or who is 'bad." It is a non-judging, supportive procedural risk assessment, designed to inform the mediator arbitrator sufficiently to decide whether to take the case and, if so, how to structure it well and safely for all.
   It is the mediator-arbitrator's job to find out what is needed to do this, and to get that information in a safe way. If the mediator-arbitrator relies on the lawyers to do the job, then each party will be screened by a different person, making it obvious who disclosed information that caused the arbitrator to decide to terminate the process. This breach of confidentiality can be dangerous to someone in a coercive controlling relationship.
   No one, other than the mediator-arbitrator, should know who "caused" the process to not proceed.
   This is why the best and safest practice is for the mediator-arbitrator to do his or her own screening; or, alternately, send both clients to the same expert on screening processes, who will meet with them each separately and confidentially,

and ask that person to provide a single confidential report back to the arbitrator with procedural recommendations that do not disclose which party provided what information.

Neither party should know when the other was screened, or what the results of that person's screening meeting was. A "Confidential Screening Report", for example, should not be made an exhibit at a trial, or made public in any way. Such reports are provided to arbitrators in confidence, strictly for the purpose of helping the mediator-arbitrator decide whether to take the case and, if so, how to structure it safely and well for all.

If a mediator or arbitrator feels that a case is inappropriate for mediation-arbitration because one party is afraid or other power imbalances that cannot be addressed through adaptions in the process, the mediator-arbitrator should simply decline the case as being inappropriate. To disclose any more could put a victim of coercive controlling violence at risk of retaliatory harm.

3. If the mediator-arbitrator decides to proceed, he or she should design the process with the safety of the parties in mind. Should they be allowed to wait together? Should lawyers be present at all times? Should they come and leave at different times? Should there be referrals to counselling, anger management or court support workers for one or both, to assist their ability to manage the negotiation or the giving of evidence in the arbitration? Should there be security? Does this impact the decision about whether a reporter should be present? Is there a risk to the mediator-arbitrator's safety? Should special precautions be taken? These procedural "safety planning" decisions should be made in a non-judgemental way, blaming neither party, and seeking to meet the individual needs that both parties will have expressed in their respective screening meetings.

   It is a process that supports them both, blames neither, and seeks to give them a safe and effective mediation-arbitration process, one that is more likely to help them reach a fair settlement and enable them to participate fully and effectively in a safe mediation-arbitration.

4. These steps should be taken whether the parties have lawyers or not. Many assume that lawyers understand the risks faced by their own clients but the facts may not support this assumption. Lawyers often do not ask their own clients essential questions about risk and safety; victims of violence sometimes have been so focused on getting out of the relationship safely that they do not appreciate the risks they face until they are interviewed by a trained professional. Abusive clients often hide behind their stature in the community, their compelling personalities, their cultural or religious identity or their seemingly reasonable, rational behaviours. They are often able to credibly portray their traumatized spouse as "crazy", "irrational", "over-protective parent" or even an "alienator". Lawyers can be the last to know.
5. In those cases where the case is going directly to arbitration, with no mediation component, the Regulation requires the arbitrator to have the screening done by a third party. The best practice is for the arbitrator to require both parties to meet with the same professionally trained "screener" who understands family law, mediation, arbitration, the dynamics of power and control, and screening procedures. The arbitrator should trust this person to provide him or her with a reliable sense of the suitability of the case for arbitration. This "screener" should meet both parties, separately and confidentially, and provide the arbitrator, in confidence, with a report that gives the arbitrator enough information to design a safe process and comply with his or her duty of identifying, assessing and managing the power dynamics at the start and throughout the arbitration process.

Relying on the lawyers to screen their own respective clients, or having each party screened by a different third party, although permitted, presents the arbitrator with considerable challenges in ensuring reliable and early risk assessment and maintaining confidentiality.

Screening for power imbalances and domestic violence is an important first step in all family law dispute resolution; and more so in mediation-arbitration than any other process. It is our hope that this discussion will reinforce the value of arbitrators implementing consistent and reliable screening protocols.

Affaires risquées : Pourquoi les médiateurs et arbitres agissant en matière familiale devraient prendre au sérieux le dépistage des risques

Par : Hilary Linton, J.D., LL.B., LL.M. (PRD), Acc. FM[1]

Une récente décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario illustre la nécessité de se doter de lignes directrices plus claires pour « *dépister le déséquilibre du pouvoir et la violence familiale* », une composante obligatoire de l'arbitrage familial en Ontario. Cette décision démontre également les avantages, à la fois pour les parties, les avocats et les arbitres, de comprendre que certaines méthodes de dépistage sont plus efficaces que d'autres; et de s'assurer que le dépistage soit effectué suivant les meilleures pratiques avant la médiation dans un processus de médiation-arbitrage.

Hilary est avocate, médiatrice, arbitre et professeure auxiliaire de droit à Toronto. Son entreprise, Riverdale Mediation Ltd., se spécialise dans l'élaboration de processus de PRD équitables, sécuritaires et centrés sur l'autonomisation du client. Ces processus comprennent la médiation, l'arbitrage, le méd/arb, et la coordination parentale. Elle est également la présidente du fournisseur de services de médiation familiale gratuits et subventionnés (mediate393 inc.) situé à Toronto. Hilary écrit énormément sur des questions touchant la médiation, l'arbitrage, le pouvoir de négociation, la violence familiale et l'élaboration de processus de résolution des différends, et elle en parle abondamment. Hilary a été la présidente de la section MERC2 de l'Association du Barreau de l'Ontario, et directrice de l'Ontario Association of Family Mediation.

Importante affaire de « dépistage » en médiation-arbitrage familial

Une récente décision de la C.S.J.[3] de l'Ontario illustre la nécessité de se doter d'un règlement plus clair pour « *dépister le déséquilibre du pouvoir et la violence familiale* », une composante obligatoire de l'arbitrage familial en Ontario. *Règlement 134/07*.

Elle démontre également que, malgré la latitude que le règlement donne aux arbitres familiaux, c'est le médiateur-arbitre qui devrait effectuer la démarche de dépistage avant le début de la médiation, non pas les avocats des parties.

Le dépistage est une forme de sélection précoce qui permet d'identifier les cas où il y peu de chance que des mécanismes privés de résolution des différends soient justes, efficaces ou sécuritaires.

Docherty c Catherwood est une décision d'un tribunal de première instance suite à un processus de médiation-arbitrage qui a échoué.

L'arbitre, un juge à la retraite très respecté, a entrepris la médiation dans un processus de médiation-arbitrage avant que les deux parties n'aient participé à la démarche de dépistage, dans le but de détecter un déséquilibre du pouvoir et de la violence familiale. Les avocats – tous deux chevronnés – avaient remis leurs certificats d'avis juridique indépendant comme il se doit. L'avocat de l'époux a déclaré que ce dernier « avait participé » à la démarche de dépistage; l'avocat de l'épouse a déclaré, pour sa part, que celle-ci « participerait » à la démarche de dépistage. Le règlement autorise ces types de déclaration.

Trois mois et plusieurs dizaines de milliers de dollars plus tard, alors que la médiation avait échoué et que les parties se préparaient à aller en arbitrage, l'épouse a rencontré une spécialiste reconnue dans le domaine du dépistage. Celle-ci a estimé que l'épouse, sur le plan procédural, était susceptible d'être victime de violence familiale et s'est prononcée contre l'arbitrage.

L'arbitre s'est récusé et les parties se sont rendues devant le tribunal. Le juge a constaté que l'épouse avait été victime de violence, souvent en présence des enfants, et lui a accordé la garde. (M. Docherty a eu gain de cause sur toutes les autres questions, y compris beaucoup de temps avec les enfants.)

Si la démarche de dépistage avait été faite autrement, aurait-il été possible d'éviter un processus aussi onéreux ? Est-ce que le méd/arb était approprié dans cette situation ? Est-ce que le dépistage aurait dû être refait au tribunal dès le début ?

Docherty n'est pas la première affaire de la CSJ à ce sujet. Le dépistage a été étudié à fond dans *Wainwright c Wainwright (2012)*, une décision majeure sur le processus, son but et la meilleure façon de l'effectuer (l'affaire *Wainwright* n'a pas été citée dans *Docherty.)*

Il y a de bonnes raisons pour que les parties tentent la médiation, l'arbitrage ou le méd/arb. Le dossier reste privé, et ça peut être rapide. En méd-arb, si l'affaire ne se résout pas, le même professionnel de confiance rendra une décision selon la preuve et suivant un processus que les parties ont élaboré.

Cependant, s'il se trouve un déséquilibre important du pouvoir de négociation, en particulier venant d'un contexte de violence, il peut être dangereux, inefficace et inutilement onéreux d'avoir recours à un mécanisme privé de résolution des différends.

Parmi les risques encourus, on peut compter des processus qui ne rencontrent pas les besoins des parties; des évaluations de la crédibilité inexactes (puisque les personnes victimes de violence peuvent être récalcitrantes) pouvant être hautement préjudiciables dans le cadre intime que constituent la médiation et l'arbitrage; des résultats forcés; une partie, un enfant, un avocat ou un médiateur/arbitre menacé, blessé ou même assassiné; ou simplement des processus onéreux et voués à l'échec.

Ces risques sont présents même lorsque les parties font appel à des avocats. Contrairement aux arbitres, les avocats ne sont pas tenus de suivre une formation sur le dépistage. Il existe des obstacles légitimes entre avocat et client lorsqu'il s'agit de divulguer de l'information telle que la maladie mentale, la dépression, des antécédents de violence. (Lisez *cette histoire* pour en apprendre davantage.)

Le règlement 134/07 exige que les arbitres soient formés à l'identification des types de violence familiale; les facteurs et comportements permettant de prédire des coups et blessures ou un meurtre suite à une séparation; les mesures à prendre si un médiateur-arbitre estime être en présence de tels risques; et les façons de soutenir les deux parties dans la recherche d'un processus qui leur convient mieux (« séparation sans danger »). Ce règlement oblige les arbitres familiaux à attester qu'ils ont effectué le dépistage eux-mêmes ou que quelqu'un d'autre l'a fait. Les arbitres familiaux doivent prêter attention aux résultats du dépistage tout au long du processus d'arbitrage.

Pourquoi le dépistage est-il essentiel en arbitrage familial ?

1. Les homicides au sein de la famille augmentent de façon exponentielle au moment d'une séparation. Une simple consultation juridique augmente le risque qu'un/e conjoint/e victime de violence soit assassiné/e. Les processus accusatoires aggravent les risques encore davantage.
2. Les arbitres offrent un service privé à un coût excessif. Le fait d'y recourir demande aux parties de renoncer à certains droits : une audience offrant des options d'appel, un dossier public, de la sécurité, un accès rapide aux ordonnances d'interdiction, une facilité d'exécution des ordonnances, un accès au personnel de soutien du tribunal de la famille (violence familiale), l'autorité d'un juge, un accès à un avocat de service, un accès à une médiation gratuite ou subventionnée en grande partie, qui est relié au tribunal et comprend un dépistage approfondi, et autres options dont pourraient bénéficier les personnes vulnérables.

3. Quand les parties conviennent d'aller en arbitrage, elles ne peuvent plus faire marche arrière. Dans un méd/arb, elles peuvent se désister de la médiation – mais pas de l'arbitrage à moins que les deux n'y consentent.

Depuis qu'on impose le dépistage en arbitrage familial, plusieurs médiateurs-arbitres se sont fiés aux avocats pour attester que leurs clients avaient participé au dépistage. Il s'agit d'une mauvaise pratique. Les avocats ne rencontrent que leurs propres clients; l'arbitre ne peut véritablement « tenir compte des résultats du dépistage »; et la confidentialité ne peut être maintenue si chaque avocat présente les résultats du dépistage à l'arbitre. Toute violation de la confidentialité du dépistage peut présenter un risque pour la sécurité du client.

Ceux d'entre nous qui effectuons notre propre dépistage (tous les médiateurs familiaux accrédités doivent le faire) trouvons que cette façon de faire constitue un meilleur processus pour tout le monde. Nous rencontrons chaque client de manière confidentielle, avant d'accepter le dossier, pour connaître les besoins de chaque personne sur le plan procédural pour les faire participer pleinement. Si notre évaluation du risque indique que le dossier ne convient pas au méd/arb, nous référons les parties à un processus qui, à notre avis, est mieux adapté à leur situation. La démarche de dépistage soutient chaque personne : elle est sans jugement, ce n'est pas une enquête, c'est strictement axé sur l'évaluation des risques et elle vise à planifier la sécurité.

Est-ce que les rencontres confidentielles avec les clients de la médiation, qui peuvent potentiellement devenir des clients de l'arbitrage, peuvent risquer la partialité de la part de l'arbitre ? Probablement pas; ce n'est pas vraiment différent des caucus, que nous avons tous l'habitude de faire. Et si c'était le cas, j'affirmerais que le dossier n'est probablement pas approprié au méd/arb privé.

Ces médiateurs-arbitres qui ne sont pas à l'aise avec l'idée doivent, comme deuxième meilleure option, diriger les deux clients vers la même tierce personne habilitée à la démarche de dépistage, et recevoir un rapport *confidentiel* de cette personne, plutôt que de se fier à un avocat.

Risques encourus par les avocats familiaux qui effectuent la démarche de dépistage auprès de leurs propres clients en vertu du règlement de la Loi sur l'arbitrage

Ceux d'entre nous qui travaillons en droit de la famille pouvons nous appuyer sur une chose immuable : nous œuvrons en zone dangereuse.

Le pourcentage des séparations impliquant une forme ou une autre de violence familiale ou d'abus se maintient bon an, mal an, à environ 50 %. Les chiffres sont plus élevés pour les affaires traitées devant les tribunaux. Dans certains, en plus de la violence, il y a présence de maladie mentale, perte d'emploi, abus d'alcool et d'autres drogues, dépression ou autre déséquilibre important du pouvoir de négociation qui peuvent prédire un risque, entre autres, pour la sécurité.

Les premiers six mois qui suivent une séparation constituent la période où les parties consultent des avocats, et c'est à ce moment où les risques pour la sécurité personnelle sont les plus élevés.

Nous savons que les victimes de violence familiale sont souvent trop effrayées, embarrassées ou n'ont pas conscience de la gravité des risques auxquels elles sont confrontées pour en faire part à leurs avocats. Plus leur revenu et statut social sont élevés, plus ils ont de la difficulté à dévoiler leur situation.

Et nous savons aussi que si vous posez des questions seulement au sujet de la violence, vous manquerez un grand nombre de cas potentiellement très dangereux, parce que le danger dans les déséquilibres du pouvoir surgit dans les relations fondées sur la coercition et le contrôle; la violence peut n'être qu'un facteur relativement mineur.

Il n'est pas possible de recourir à une démarche privée de résolution des différends dans certains cas, pour différentes raisons : trop de distance entre les parties; le conflit est trop grave; manque d'introspection de la part d'une des deux ou des deux parties; les parties peuvent être réfractaires à se conformer aux règles; une partie vit dans la crainte pour sa vie ou celle de ses enfants; l'état de dépression d'une partie peut l'empêcher de participer de façon efficace, etc.; la surveillance du tribunal est donc requise.

En vertu du règlement de la Loi sur l'arbitrage de l'Ontario, seuls les arbitres familiaux sont tenus de suivre une formation pour évaluer si un cas est adapté aux démarches privées de PRD, qu'on appelle dépistage. Le dépistage est le processus permettant d'identifier, d'évaluer et de gérer ces formes de déséquilibre du pouvoir, de violence familiale et tout risque qui y est relié. Plusieurs avocats en droit de la famille n'ont pas suivi cette formation.

La plupart d'entre nous qui fournissons des processus de PRD croyons qu'il est de notre responsabilité d'offrir, au meilleur de notre capacité, un processus de négociation et/ou de détermination qui soit sécuritaire, efficace, et qui s'adapte à la situation.

Cette obligation découle des Normes de pratique et Codes de conduite qui gouvernent notre organisation (p. ex. la politique en matière de violence de l'Association ontarienne de médiation familiale) ou de la loi (p. ex. le règlement en vertu de la Loi sur l'arbitrage en Ontario, en Colombie-Britannique, art. 8 de la Loi sur le droit de la famille).

Dans l'éventualité où ni les avocats, ni le médiateur/arbitre ne savent qu'il y a un grand déséquilibre du pouvoir issu, par exemple, du contrôle coercitif, la sécurité des clients, ou de leurs enfants, peut être compromise par quelque chose qui semble aussi anodin que le fait de s'asseoir ensemble dans la salle d'attente.

Les parties risquent de participer à un processus mal adapté, ingérable, ou encore ne pas être en mesure de participer efficacement. Il est possible qu'on ait fait pression sur les victimes de violence, sans que le médiateur-arbitre ou les avocats n'en

Prix d'Excellence à la Mémoire de Lionel J. McGowan — Demande des nominations pour 2014

L'Institut d'Arbitrage et de Médiation cherche des nominations pour le Prix d'Excellence en Résolution Extrajudiciaire de Disputes.

Comité des Nominations McGowan
Institut d'Arbitrage et
de Médiation du Canada, Inc.
234, rue Eglinton est, bureau 405
Toronto (Ontario) M4P 1K5
Téléc. : 416-487-4429
admin@adrcanada.ca

Le prix est accordé en honneur et en reconnaissance de Lionel J. McGowan, le premier Directeur exécutif de l'Institut d'Arbitrage du Canada, une des organisations fondatrices de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada. La présentation se fera lors de la Réunion Générale Annuelle de l'Institut à *Montréal, Québec, le 23 octobre 2014*. Deux prix sont décernés lors de la présentation : l'un en raison des contributions à l'Institut et au domaine au niveau national, et l'autre, en raison des contributions au niveau régional.

Prix d'Excellence Régional

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

Prix d'Excellence National

Ce prix est semblable au prix régional, mais est décerné en raison des contributions à l'Institut National. Les contributions du candidat à l'appui, le développement, et/ou le progrès de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc. et ses politiques et programmes, et de promouvoir la PRD au niveau national, sont pertinent. Enseigner la PRD professionnellement, écouter aux cas de PRD, et d'autres activités de la pratique de la PRD, ne comptent pas. En plus, étant sur le Conseil d'administration de l'Institut national ne compterait pas, à moins que ça incluse des contributions majeures à l'Institut à travers le développement de la structure de l'Institut, des relations régionales-nationales, des programmes ou matériaux nationaux, du financement, ou d'autres initiatives significatives de l'Institut.

Date de soumission

La date limite pour recevoir les nominations est vendredi le 12 septembre 2014.
Nous vous encourageons de soumettre vos nominations dès que possible, au Comité des Nominations McGowan, au bureau de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, par télécopieur ou courriel électronique.

soient conscients. De subtiles menaces de représailles, que seules les victimes peuvent déceler, peuvent entraîner des ententes qui ne sont pas équilibrées, ou des comportements irrationnels. Les victimes peuvent être perçues comme récalcitrantes, imprévisibles, incohérentes, peu fiables, déraisonnables, et faire l'objet de critiques parce qu'elles sont terrorisées ou traumatisées… sans que les avocats et le médiateur-arbitre ne comprennent pourquoi.

Si un médiateur en médiation-arbitrage n'a pas procédé à une évaluation des risques, il peut devoir affronter ou encore « admettre » un auteur d'intimidation, inconscient qu'il expose une victime ou des enfants à une vengeance suite au processus. Les médiateurs et les arbitres peuvent être séduits par l'apparence professionnelle et le caractère raisonnable d'un agresseur et, inconsciemment, se concerter avec lui ou elle, au détriment d'une victime et/ou des enfants. Un/e client/e en dépression ou en colère dont les indicateurs de risque n'ont pas été décelés par le médiateur ou l'arbitre, qui est incapable de gérer ses émotions efficacement, peut attaquer l'autre partie dans le stationnement par la suite; ou peut revenir à la salle de médiation avec un couteau ou une arme à feu; peut s'enlever la vie après une rencontre avec le médiateur ou l'arbitre; ou s'organiser pour que quelqu'un traque et batte le médiateur-arbitre. (Rappelons-nous *la récente affaire en Arizona* où une partie et son avocat ont été assassinés sur les lieux d'affaires du médiateur suite à une médiation.)

Voici quelques unes des raisons pour lesquelles les médiateurs, arbitres et avocats des parties peuvent vouloir s'assurer qu'une évaluation du risque efficace soit effectuée avant d'accepter un dossier. Sinon, l'identification et l'évaluation du risque peut n'être faite qu'en cours d'arbitrage, qu'on pourrait devoir interrompre. (Nous informons systématiquement nos clients en arbitrage que l'exigence d'un dépistage en continu ne donne aucune garantie qu'un arbitrage suivra son cours ou se rendra à la fin.)

Les experts vous diront qu'il peut être souvent difficile d'évaluer les déséquilibres du pouvoir avec précision, et si on l'effectue, l'évaluation peut ne pas être faite correctement du premier coup.

C'est pourquoi, en vertu de la réglementation, les arbitres doivent prendre les résultats du dépistage en compte non seulement avant que ne débute le processus, mais également tout au long.

Il y a deux arguments souvent invoqués qui s'opposent au dépistage en arbitrage familial, à part les préoccupations concernant la partialité et les coûts, dont on fait mention dans le premier élément.

Premier argument : les juges ne font aucun dépistage, alors pourquoi devrions-nous le faire ? La réponse est simple : nous ne sommes pas des juges. Nous facturons les gens pour un processus privé, c'est alors la moindre des choses d'offrir mieux.

Deuxième argument : nous sommes des avocats, pas des professionnels en santé mentale. Encore une fois, la réponse est simple. Le dépistage n'est pas un travail en santé mentale, il s'agit d'évaluation de risque, qui à notre époque, est une étape importante de la résolution des différends familiaux.

Il est important de reconnaître qu'aucun de nous n'est parfait. Les meilleures démarches de dépistage que les professionnels les plus chevronnés dans le domaine offrent peuvent encore faire en sorte que les parties entreprennent un processus mal adapté à leur situation. Nous ne garantissons ni la sécurité ni la précision de l'évaluation; nous ne pouvons qu'appliquer les meilleures pratiques que nous connaissons, de façon consciencieuse et cohérente.

Alors, quelles sont les meilleures pratiques de dépistage en médiation-arbitrage familial ? La communauté des gens qui enseignent et pratiquent le dépistage se sont mis d'accord sur le sujet. Elles seront traitées à la prochaine section.

Les meilleures pratiques de dépistage en méd-arb familial

Ceux qui enseignent et pratiquent le dépistage des déséquilibres du pouvoir et de la violence familiale partagent l'avis unanime que certains façons de faire sont meilleures que d'autres.

La meilleure pratique a été mise en place et est utilisée depuis des années dans le cadre de la médiation, et a été adaptée pour l'arbitrage familial.

Nous proposons que les arbitres familiaux prennent la responsabilité de l'intégrité des démarches de dépistage qui sont effectuées pour leurs arbitrages, et qu'ils suivent ces lignes directrices :

1. Avant de commencer l'étape de médiation d'un processus de médiation-arbitrage, les médiateurs-arbitres devraient rencontrer chaque partie, séparément et en toute confidentialité, afin d'évaluer si leur situation convient au processus de médiation-arbitrage. Le médiateur-arbitre cherchera à connaître les préoccupations de chaque client concernant la procédure; il ne s'agit pas d'une enquête.
2. Un élément-clé du dépistage est sa confidentialité. Une personne qu'on a menacé d'assassiner ou qui craint pour sa vie, ou celle de ses enfants, ne divulguera rien sauf si elle se sent en sécurité. Le risque de représailles après « avoir dévoilé le pot aux roses » dans de telles situations est trop élevé. Les parties doivent pouvoir faire confiance que les médiateurs-arbitres respectent la confidentialité de tout ce qu'ils révèlent durant la démarche de dépistage. Le dépistage profite aux deux parties. Il ne s'agit pas de trouver qui dit vrai, qui est le « bon » et qui est le « méchant ». C'est une évaluation du risque, sans jugement, dont le but est de soutenir le processus, conçu exprès pour donner suffisamment de renseignements au médiateur-arbitre pour qu'il décide s'il doit prendre le dossier et, le cas échéant, pour qu'il puisse élaborer le processus tout en assurant la sécurité et le bien de tous.
   C'est le travail du médiateur-arbitre de trouver ce qui est nécessaire pour effectuer cette tâche, et d'obtenir ces renseignements de façon sécuritaire. Si le médiateur-arbitre compte sur les avocats pour effectuer cette tâche, chaque partie sera évaluée par une personne différente, ce qui mettra en évidence la

source du renseignement qui a mené l'arbitre à décider de mettre fin au processus. Ce manquement au devoir de confidentialité peut être dangereux pour une personne se trouvant dans une relation de contrôle coercitif.

Personne d'autre que le médiateur-arbitre ne devrait savoir qui a « causé » l'arrêt du processus.

Voilà pourquoi la meilleure pratique, et la plus sécuritaire, est celle où le médiateur-arbitre procède à son propre dépistage; ou comme autre alternative, celle où il envoie ses deux clients rencontrer le même spécialiste du dépistage, qui les rencontrera séparément et en tout confidentialité, et demandera à ce spécialiste de lui remettre un seul rapport confidentiel indiquant ses recommandations sur la plan des procédures à privilégier, ce qui ne dévoile aucunement quel renseignement vient de quelle partie.

Aucune partie ne doit savoir le moment où l'autre partie a été rencontrée pour le dépistage, ni ce qu'a donné cette rencontre de dépistage. Un « rapport confidentiel de dépistage » ne doit pas, par exemple, être déposé comme pièce à conviction au tribunal, ni rendu public d'aucune façon. De tels rapports sont destinés aux arbitres à titre confidentiel, dans le seul but d'aider le médiateur-arbitre à décider s'il prend le dossier et, le cas échéant, comment bien élaborer son processus pour la sécurité et le bien de tous.

Si un médiateur ou un arbitre estime qu'un cas se ne prête pas au processus de médiation-arbitrage parce qu'une partie a peur ou pour une autre cause de déséquilibres du pouvoir, et qu'il ne pourrait pas aborder cela en cours de processus, le médiateur-arbitre doit simplement décliner le cas le considérant inapproprié pour ce processus. Le fait de divulguer quoi que ce soit d'autre peut mettre une victime de violence par contrôle coercitif à risque de faire l'objet d'une vengeance.

3. Si le médiateur-arbitre décide de procéder, il doit élaborer le processus en gardant la sécurité des parties à l'esprit. Devrait-on les laisser attendre ensemble ? Est-ce que les avocats devraient être présents en tout temps ? Devraient-ils arriver et repartir à différentes heures ? Devrait-on les référer pour un suivi psychologique, pour la gestion de la colère ou au personnel de soutien du tribunal, pour une ou l'autre des parties, ou les deux, pour les aider à la négociation ou à la remise de la preuve lors de l'arbitrage ? Devrions-nous avoir un service de sécurité ? Est-ce que ça influe sur la décision concernant la présence ou non d'un rapporteur ? Y a-t-il un risque pour la sécurité du médiateur-arbitre ? Devrait-on prendre des précautions particulières ? Ces décisions portant sur le plan procédural concernant la « planification de la sécurité » doivent être prises sans jugement ni reproche à l'une ou l'autre des parties, en cherchant à satisfaire les besoins individuels que les deux parties auront exprimés pendant leur rencontre de dépistage respective.

   C'est une démarche qui soutient les deux parties, qui ne vise pas à faire de reproche à qui que ce soit, mais plutôt à leur offrir un processus de médiation-arbitrage sécuritaire et efficace, plus susceptible de les aider à atteindre un règlement juste, en leur permettant de participer pleinement et efficacement à un processus de médiation-arbitrage sécuritaire.

4. Ces mesures doivent être entreprises, que les parties aient consulté un avocat ou non. Plusieurs tiennent pour acquis que les avocats comprennent les risques auxquels sont confrontés leurs propres clients, mais les faits ne soutiennent pas cet a priori. Souvent, les avocats ne demandent pas à leurs clients les questions fondamentales concernant le risque et la sécurité; parfois, les victimes de violence veulent tellement sortir de cette relation en toute sécurité qu'ils ne se rendent pas compte des risques qu'ils encourent jusqu'à ce qu'ils soient interrogés par un professionnel compétent. Les clients violents se cachent souvent derrière leur notoriété dans la communauté, leur personnalité éloquente, leur identité culturelle ou religieuse, ou leur comportement qui parait raisonnable et rationnel. Ils sont souvent crédibles lorsqu'ils décrivent leur conjoint/e traumatisé/e comme étant une personne « folle », « irrationnelle », « surprotectrice pour les enfants » ou même « opprimante ». Les avocats peuvent être les derniers à le savoir.

5. Dans les cas où le dossier va directement à l'arbitrage, sans médiation, le règlement exige que l'arbitre ait exigé une démarche de dépistage par un tiers. La meilleure pratique pour l'arbitre est de demander aux deux parties de rencontrer le même professionnel formé comme « dépisteur » qui comprend le droit de la famille, la médiation, l'arbitrage, la dynamique du pouvoir et du contrôle, et les procédures de dépistage. L'arbitre devrait avoir confiance que cette personne lui donnera l'heure juste sur la pertinence de l'arbitrage dans le cas qui les concerne. Ce « dépisteur » devrait rencontrer les deux parties, séparément et en toute confidentialité, et remettre ensuite un rapport à l'arbitre, à titre confidentiel, dans lequel celui-ci trouve assez de renseignements pour lui permettre d'élaborer un processus sécuritaire qui se conforme à son devoir d'identifier, d'évaluer et de gérer la dynamique du pouvoir au début et tout au long du processus d'arbitrage.

Le fait de compter sur les avocats pour procéder au dépistage de leur client respectif, ou de faire en sorte que chaque partie soit rencontrée en dépistage par des personnes différentes, même si c'est permis, donne du fil à retordre aux arbitres dans leur rôle d'assurer une évaluation du risque fiable, qui doit être effectuée tôt dans le processus, et pour laquelle on maintient la confidentialité.

Le dépistage des déséquilibres du pouvoir et de la violence familiale est une première étape dans les différends en droit de la famille; et plus encore dans le processus de médiation-arbitrage que tout autre. Nous espérons que cette analyse renforcera l'importance de l'implantation, par les arbitres, de protocoles de dépistage cohérents et fiables.

1 NDT : Médiatrice familiale accréditée

2 NDT : L'Association du Barreau de l'Ontario utilise l'appellation « Mécanismes extrajudiciaires de règlement des conflits » (MERC) pour leur équivalent anglais « ADR ».

3 NDT : Cour supérieure de justice

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

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

New C.Meds / Nouveaux Méd.A :
Dora Quyen Khai Dang, C.Med (AB)

Phillip C. Kravetsky, C.Med (ON)

Christopher Freeman, C.Med (MB)

Coreen Lawrence, C.Med (AB)

New C.Arbs / Nouveaux Arb.A :
Guy G. Couturier, Q.C., C.Arb (Atlantic)

Sheila F. Hart, C.Arb (SK)

Pamela Large-Moran, C.Arb (Atlantic)

Gary W. Selby, C.Arb (AB)

New Q.Meds / Nouveaux Méd.Q :
Karen Archibald, Q.Med (Atlantic)

John David Ashworth, Q.Med (ON)

Nina Beresford, Q.Med (AB)

Allison Braun, Q.Med (AB)

James R. Donato, Q.Med (ON)

Mardi Edelstein, Q.Med (ON)

Sarah E. FitzGerald, Q.Med (AB)

Paula Heinemann, Q.Med (ON)

Carmen Hivon, Q.Med (Atlantic)

Michael J.M. Hokanson, Q.Med (AB)

Mohammad Hamdan, Q.Med (Atlantic)

Valerie E. Hunter, Q.Med (AB)

Bahar Karbakhsh-Ravari, Q.Med (ON)

Stafford Paul Kelley, Q.Med (ON)

Shawna Kinkade, Q.Med (ON)

Susan J.M. Lambert, Q.Med (AB)

Donald A. MacLean, Q.Med (Atlantic)

Ovi Matin, Q.Med (ON)

Gregg Monteith, Q.Med (AB)

Chinwe P. Okelu, Q.Med (AB)

Judy Olson, Q.Med (AB)

Ghislain Poirier, Q.Med (Atlantic)

Pegg Quinn, Q.Med (AB)

Mary Anne Richer, Q.Med (ON)

Nadini Sankarsingh, Q.Med (ON)

Meenakshi Tewari, Q.Med (ON)

Wendy Thorne, Q.Med (AB)

Miles A. Thorson, Q.Med (AB)

Mary L. Trottier, Q.Med (ON)

Paul E. Tufts, Q.Med (ON)

Michael Walker, Q.Med (ON)

Jeffrey N. Westman, Q.Med (AB)

New Q.Arbs / Nouveaux Arb.B :
Andrew Banack, Q.Arb (AB)

Mila Chavez Wong, Q.Arb (ON)

Ivan Docker, Q.Arb (AB)

Terry W. Hainsworth, Q.Arb (ON)

Susan Houston, Q.Arb (ON)

Lynne Hutchinson, Q.Arb (AB)

Harlene James, Q.Arb (ON)

Jeffrey J. Jessamine, Q.Arb (AB)

Laura Loewen, Q.Arb (BC)

Rena Novotny, Q.Arb (BC)

Laurie Ponsford-Hill, Q.Arb (ON)

Gerrit Roosenboom, Q.Arb (AB)

Joseph Rosselli, Q.Arb (AB)

David Seto, Q.Arb (ON)

Charlotte St. Dennis, Q.Arb (AB)

Benefits of Membership

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

Designations:

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

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

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

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

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

For more information on these designations www.adrcanada.ca/resources/designation.cfm

Practice standards and a regulatory framework:

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

In addition, Institute members are held accountable to practice standards that include a Mediator's Code of Conduct and a National Code of Ethics. Practitioners not associated with any organization are accountable to no one, making them a more risky choice for ADR users.

Complaints about members who breach the standards set out in these documents can be brought to the attention of the Board of Directors of the affiliate or national for investigation and potential discipline as per the procedure set out in Regulations issued under the By-laws of the ADR Institute of Canada, or by disciplinary processes set by the province. There is, therefore, an avenue of redress for users of ADR services who feel the service they have received breaches ADRIC's practice standards.

In effect, the Institute provides an infrastructure that allows ADR practitioners to be self-regulating professionals.

Canada's largest association of ADR professionals:

Listing on our national database, ADR Connect, is now free with the cost of membership - and there is no better way of getting your name in front of thousands of potential users - nationally and internationally. You can list your areas of expertise, your designations, biographical details or add your resume and calendar to your listing. Users can search by name, geographic area, practice area and language. This web site provides our members with invaluable national and international advertising opportunities.

Preferred liability insurance coverage:

ADR Institute of Canada has negotiated a competitive professional liability insurance rate for our members with Encon Group Inc. through Marsh Canada. *For rates, applications and further information* www.adrcanada.ca/resources/insurance.cfm

Canadian Arbitration and Mediation JOURNAL:

With a cross-Canada editorial Board of some of the foremost mediators and arbitrators in Canada, the Canadian Arbitration and Mediation JOURNAL provides insights and information on issues of central concern to ADR professionals from all provinces. To write for the JOURNAL contact Janet McKay, Executive Director.

The annual national conference:

Each year, ADR Canada brings together leading professionals from across the country to discuss the ADR issues of immediate and long-term relevance to members and friends of the Institute. The conference is an invaluable networking and learning opportunity that is available to members at a reduced rate.

ADR Institute of Canada Fellows

Past Presidents/ Anciens présidents

1974-1975 **L. J. McGowan**
1975-1976 **J. T. Fisher**
1977-1979 **W. E. Hickey**
1979-1981 **P. B. Walters**
1981-1981 **B. V. Orsini**
1981-1984 **Joseph W. Myers**
1984-1985 **W. John C. Stikeman**
1985-1986 **Norman A. Richards**
1986-1988 **William G. Geddes**
1988-1990 **C. H. Laberge**
1990-1991 **D. C. Andrews**
1991-1994 **H. J. Wilkinson**
1994-1995 **Joanne H. Goss**
1995-1997 **Roman Evancic**
1997-1999 **Gervin L. Greasley**
1999-2000 **Heather A. de Berdt Romilly**
2000-2001 **Allan Stitt**
2001-2002 **Kent Woodruff**
2002-2004 **Barry C. Effler**
2004-2007 **P. David McCutcheon**
2007-2009 **Donald E. Short**
2009-2012 **R.J. (Randy) Bundus**

Fellows/ Distingués

Archie M. Doyle, BSc (EE), MEIC, PEng.
Basil V. Orsini, CMP, CIE, MCIQS, FCIArb
Carson F. Morrison, BE, MSc, FEIC, PEng.
Charles H. Laberge, BComm, MBA, C.Arb.
David C. Elliott, C.Arb.
David Lemco, C.Arb.
Donald M. Batten, FCIArb., FIIC, FAIC
E. Leonard Weldon, Q.C.
H.D.C. Hunter, BA, MA, C.Arb.
Harold J. Wilkinson, PEng.
John A. Tuck, Q.C.
Joseph W. Myers
Lionel J. McGowan
Paul B. Walters, BASc, MBA, MEIC, PEng.
Philippe Ferland
Professor Roger Fisher
W. John Stikeman, MBE
William G. Geddes, LL.B., BSc, Civil Eng, C.Arb., Mediator
William R. Kay
Winston E. Hickley, LLD, FEIC, PEng.

Honorary Fellows/ Distingués honoraires

B.W. Vigrass
Past Director and Secretary,
The Chartered Institute of Arbitrators

Cedric Barclay
Past President
The Chartered Institute of Arbitrators

Robert Coulson
Past President
American Arbitration Association

Richard J. Soper
Past President
The Chartered Institute of Arbitrators

Directors Emeritus/ Directeurs émérite

Alex S. Hamilton
Andrew G. Farquharson, BSc, PEng.
Angus McClaskey
Archie M. Doyle, BSc (EE), MEIC, PEng.
Carson F. Morrison, BE, MSc, FEIC, PEng.
Clifford A. Lincoln, FCIArb, FCII, FHC.
D.M. Batten, FCIArb., FIIC.
David L. Campbell, BSc, PEng.
Douglas V. Gonder
Francois Beauregard
Frank A. Wright, LLB, FCIArb, FCIS.
Gervin L. Greasley, C.Arb.
H.D.C. Hunter, BA, MA, C.Arb.
R.F. Legget, O.C. Deng, FRSC
W.F. James, PhD, FRSC, PEng
William J. Hartnett, Q.C.
William R. Kay
Winston E. Hickley, LLD, FEIC, PEng.

ADR Institute of Canada, Inc.

Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc.

National Office / Bureau national

ADR Institute of Canada, Inc.
L'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc.
Suite 405, 234 Eglinton Avenue East
Toronto, ON M4P 1K5

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

Affiliates / Affiliées

BRITISH COLUMBIA
British Columbia Arbitration and Mediation Institute
510 - 700 West Pender St.
Vancouver, BC V6C 1G8
Toll-free: 1-877-332-2264 (in BC)
Tel: 604-736-6614
Fax: 604-736-6611
Email: *info@bcami.com*
Internet: *www.bcami.com*

ALBERTA
ADR Institute of Alberta
Room CE 223A -
Ralph King Athletic Centre
Concordia University Campus
7128 Ada Boulevard
Edmonton AB, T5B 4E4
Toll-free: 1-800-232-7214
Tel: 780-433-4881
Fax: 780-433-9024
Email: *info@adralberta.com*
Internet: *www.adralberta.com*

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

MANITOBA
ADR Institute of Manitoba Inc.
Toll-free: 1-877-489-7452
Fax: 1-855-487-4429
Email: *admin@adrmanitoba.ca*
Internet: *www.adrmanitoba.ca*

ONTARIO
ADR Institute of Ontario, Inc.
Suite 405, 234 Eglinton Avenue East
Toronto, ON M4P 1K5
Tel: 416-487-4447
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
Email: *admin@adratlantic.ca*
Internet: *www.adratlantic.ca*