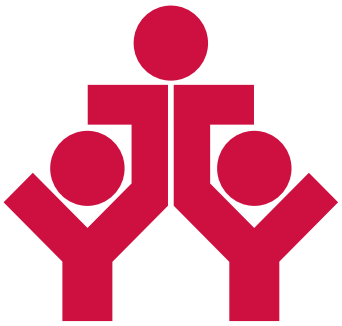
Vol. 17, No. 1



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

Summer / Été 2008 A publication of the ADR Institute of Canada, Inc. / Publié par l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada

INSIDE this issue

President's Message 1
Message du président

Message from the Editorial Board 2
Mot du Comité de rédaction 3

View from the Bench 4
Un point du vue du Banc 5

Lionel J. McGowan Awards 8
Prix d'Excellence à la Mémoire de Lionel J. McGowan

Multi-tiered Dispute Resolution 9
Résolution des différends à plusieurs niveaux 11

Resolving International Contract Disputes 14
La résolution des différends dans les contrats internationaux 16

Getting the Best Seats in International Arbitrations 19
Arbitrages internationaux: choisir les meilleurs sièges 22

Apologies in Mediation 26
Les excuses en médiation 28

Perceptions of the Impact of Mediator Background on the Mediation Process 30
Perceptions de l'influence sur le processus de médiation de la formation du médiateur 32

15th Annual Willem C. Vis Moot 35
15ème Comptérition Annuelle Willem C. Vis Moot ("Le Moot") 36

Interviewing Potential Arbitrators 38
Conseils pratiques relatifs à l'entrevue d'arbitres potentials 43

Bringing AMIF Back to Life 48
La renaissance de la Foundation

Get On Board for ADR!
Joignez-vous à la PRD!

October 17, 2008
Le 17 octobre 2008

Hyatt Regency Montréal

- 48 experts
- 5 Leading Judges / juges proéminents
- 8 Leading Law Firms / firmes d'Avocats de renom
- All the Key ADR Organizations / Toutes les organisation des PRD

To register call:
Pour vous inscrire appellez:

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

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.

2008 Annual General Meeting and Conference

Réunion Générale Annuelle

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

Register Now! / Inscrivez vous maintenant!

The ADR Institute of Canada is pleased to announce that the Annual General Meeting and Conference will take place in Montreal, Quebec.

L'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada vous invite à la Réunion Générale Annuelle de l'Institut et la conférence qui aura lieu à Montreal, Quebec.

Friday October 17, 2008 /
Vendredi 17 octobre 2008

Hyatt Regency Montreal

Call: Mena Peckan
416-487-4447
1-877-475-4353
mena@adrcanada.ca

To ensure your accommodation at the Hyatt call: 514-982-1234 or visit http://montrealregency.hyatt.com/
Pour réserver votre chambre au Hyatt, appellez 514-982-1234 ou visitez http://montrealregency.hyatt.com/

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

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

La publication officielle de l'Institut d'Arbitration et de Médiation du Canada Inc.

Vol. 17, No. 1
Summer / Été 2008

234 Eglinton Avenue East, Suite 500
Toronto, Ontario M4P 1K5
Tel/Tél: 416-487-4733
Toll Free/Sans frais: 1-877-475-4353
Fax/Téléc: 416-487-4429
E-mail/Courriel: admin@adrcanada.ca
Internet: www.adrcanada.ca

Executive Director / Directrice Exécutive
Mary Anne Harnick

Office Manager / Chef de Bureau
Mena Peckan

Program Manager / Directrice des Programmes
Nicole Troster

Layout / Misse en page
Whizard Graphics

Printer/Imprimeur d'édition
Pulsar Printing Ltd.

Canadian Arbitration and Mediation Journal (ISSN 1192-537X) is published twice a year by the ADR Institute of Canada, Inc. © 2008, All rights reserved. Reproduction or transmittal, in whole or in part, in any form or by any means, or its storage in a retrieval system, without prior permission of the copyright owner in writing, is forbidden.

Le Journal d'arbitration et de médiation Canadien (ISSN 1192-537X) est publié biannuellement par l'Institut d'Arbitration et de Médiation du Canada, Inc. © 2008, Touts droits réservés. Sa reproduction ou sa transmission en tout ou en partie en n'importe forme par n'importe méthode, ou son entreposage dans un système de récupération, sans permission de l'auteur par écrit, est défendu.

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

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

Donald E. Short

Message from the President

— Donald E. Short, FCIArb, C.Arb.
President, ADR Institute of Canada

A "Short" Note from the President

I am pleased to report that the ADR Institute has been very productive during the first half of my first year of service as your president. The space available only permits me to highlight three important initiatives.

Firstly, I am pleased to announce an ability for our mediators and arbitrators to obtain an intermediate designation that will soon be available through those provincial affiliates who choose to participate in the new accreditation program. The new designation will allow practitioners who have significant training and are gaining additional practical experience to indicate their accomplishment to potential users of ADR services.

Apart from being an accomplishment in itself, we hope the new designation will assist practitioners in obtaining work and the practical experience required to ultimately apply for the national Chartered Mediator or Chartered Arbitrator designation.

Secondly, I am extremely pleased to announce that discussions with a dynamic and interesting group of ADR practitioners in Quebec are ongoing. I see this as a terrific opportunity, holding the promise of a revitalized and a more active Quebec affiliate which will strengthen our coast-to-coast presence immeasurably.

Our Quebec colleagues are actively working on the 2008 National Conference scheduled for October 17 in Montreal. You are encouraged to register for this first-class conference immediately upon receipt of the registration form and to book your accommodation at the Hyatt Regency or one of the nearby hotels. This is a program that is not to be missed!

I am looking forward to seeing you all in Montreal.

Message du président

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

"Short" en bref

Je suis fier des premiers six mois de ma présidence à l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada Inc., lesquels ont été très riches. L'espace disponible ne me permet de souligner que trois initiatives importantes.

En premier lieu, je suis content de vous annoncer que nos médiateurs et nos arbitres pourront obtenir une désignation intermédiaire par l'entremise des filiales provinciales qui choisissent de participer au nouveau programme d'accréditation. La nouvelle désignation permettra aux avocats qui ont un entraînement substantiel et qui veulent développer leur expérience pratique d'indiquer leurs réalisations aux utilisateurs potentiels des services en PRD.

En plus d'être une réalisation en soi, nous espérons que cette nouvelle désignation aidera les praticiens en PRD à obtenir du travail et à acquérir l'expérience pratique requise pour ultimement demander la désignation canadienne de médiateur certifié ou d'arbitre certifié.

continued on page 3

William G. Horton

Message From the Editorial Board

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

On behalf of our editorial board, I hope you enjoy the current issue of the ADR Institute's *Canadian Arbitration and Mediation Journal* — enough to want to see your contribution in upcoming editions!

You may notice that contrary to our general decline in political influence and economic might, Ontario in general and Toronto in particular seems to have received rather more ink than other parts of the country this time around! Maybe it is just a spasm of creative energy before the equalization payments start to flow. Or perhaps, we in the formerly hallowed, but soon to be hollowed out, core are just too busy talking (and writing) about it -- while the rest of Canada is too busy doing it.

Whatever.

We would love to receive more contributions from across the country. If you have an idea for an article that you would like to see or write, feel free to contact a member of the editorial board to make sure that it is not already being worked on by someone else and perhaps to get some initial feedback.

In the meantime, I am happy to say that there are several excellent contributions from outside the "Golden Horseshoe".

You will particularly enjoy Mr. Justice Edward Chiasson's experiences and insights on his recent transition, from practice as a leading counsel and international arbitrator, to the British Columbia Court of Appeal. We all look forward to the benefits of having someone such as Justice Chiasson, who has a deep personal understanding of the arbitration process, involved in developing Canadian arbitration jurisprudence at the appellate level.

Shifting our perspective in the other direction from the lofty heights of appellate review, Bryan Duguid of Blake's in Calgary, cautions us to step carefully when designing multi-stage dispute resolution clauses. This article is a "must read" for anyone attempting to draft these well intentioned but possibly hazardous provisions.

Another practical checklist is provided by Gerry Ghikas of Borden Ladner Gervais in Vancouver on "designing dispute resolution processes". This will be of particular interest to corporate counsel who are looking for a general overview and guidance on key issues.

Professor Janet Walker of Osgoode Hall Law School has written a most helpful overview on the issues relating to the choice of a seat for an international arbitration, perhaps the most crucial decision

Editorial Board / comité de rédaction

Mary Comeau,
Macleod Dixon, Calgary

William G. Horton, FCIArb,
Barrister, Arbitrator, Mediator,
Barrister, Arbitre, Mediateur
Toronto

Gerry Ghikas, Q.C., C.Arb,
Borden Ladner Gervais, Vancouver

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

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

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

2007-2008 Board of Directors/ Conseil d'administration

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

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

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

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

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

Jeffrey Smith, CA • IFA, CIP
Director and Treasurer /
Directeur et Trésorier

Angus M. Gunn, Jr., LL.M, FCIArb
Corporate Director /
Directeur Corporatif – BC

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

Mary Comeau, LL.B. ACIArb
Corporate Director /
Directrice Corporative – AB

Derek H. Lloyd, Q.C.
Corporate Director /
Directeur Corporatif – AB

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

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

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

Allan Revich, M.Ed.
Director / Directeur – ON

Christine A. Fagan, Q.C., C.Arb.
Corporate Director /
Directrice Corporative – AP

Other Officers/ Autres officiers

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

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

in determining the successful completion of an arbitration and the enforcement of a resulting award.

Dr. Barbara Benoliel explores the relationship between apologies and the dynamics of dispute resolution. Her piece is timely in anticipating the Ontario *Apology Act* which will provide in essence that saying "I'm sorry" doesn't mean saying "I owe you."

Judy Neger explores the fascinating question of the perceived relationship between the effectiveness of a mediator and his or her professional background and qualifications.

Joel Richler of Blake's in Toronto provides a short report on the Vis Arbitration Moot in Vienna, one of the most exciting and extraordinary events law students from around the world can experience.

Last but not least, our roundtable discussion tackles the thorny subject of interviewing prospective arbitrators and making financial arrangements. It is a lively and candid discussion.

Once again, we hope you will enjoy the authors and articles we bring to you in this edition and we look forward to hearing from you.

Mot du comité de rédaction

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

Au nom de notre comité de rédaction, j'espère que vous apprécierez cette édition du journal d'arbitrage et de médiation Canadien au point de vouloir participer à la prochaine édition!

Vous avez peut-être remarqué que l'Ontario en général et Toronto en particulier ont reçu cette fois-ci plus d'attention que les autres parties du pays. Cet intérêt est inversement proportionnel au déclin général de leur influence politique et de leur pouvoir économique. C'est peut-être aussi un dernier élan de créativité avant que les paiements de péréquation n'entrent en jeu. Ou encore, nous, les nostalgiques de cette époque où nous étions les bien-aimés du pays, sommes réduits à commenter ... les exploits du reste du Canada.

Quoi qu'il en soit, nous aimerions recevoir plus de contributions de tous les coins du pays. Si vous avez une idée d'article que vous aimeriez lire ou écrire, n'hésitez pas à communiquer avec un membre du comité de rédaction afin de vous assurer que ce n'est pas en train d'être fait par quelqu'un d'autre et pour recevoir les premiers commentaires.

Entretemps, je suis heureux de constater qu'il y a plusieurs excellentes contributions qui viennent de partout au pays.

Je crois que vous apprécierez particulièrement le compte-rendu et les commentaires de monsieur le juge Edward Chiasson sur sa nomination: de la pratique privée où il exerçait en tant qu'avocat principal et arbitre international à la magistrature, plus précisément juge de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Nous avons tous hâte de voir l'impact de la participation de monsieur le juge Chiasson, qui a une profonde connaissance du processus d'arbitrage, au développement de la jurisprudence canadienne en matière d'appel.

Des nobles considérations abstraites de l'examen en appel, nous passons à d'autres beaucoup plus terre à terre: Bryan Duguid de Blakes à Calgary nous conseille la prudence lors de l'élaboration et de la rédaction de clauses de règlement de différends à plusieurs étapes. Cet article est un incontournable pour quiconque tente de rédiger ces dispositions si bien intentionnées et aussi si hasardeuses.

Un autre aide-mémoire pratique est fourni par Gerry Ghikas de Borden Ladner Gervais de Vancouver: il concerne l'élaboration du processus de règlement de différends. Il présente un intérêt particulier pour les conseillers juridiques d'entreprises qui veulent un aperçu général et des conseils sur des questions clés.

La professeure Janet Walker de Osgoode Hall a écrit un aperçu très utile sur les questions concernant le choix du siège d'un arbitrage international, peut-être la décision la plus importante et qui a le plus d'impact sur le déroulement harmonieux d'un arbitrage et sur l'exécution de la sentence.

La docteure en droit Barbara Benoliel étudie le lien entre une déclaration de regrets et la dynamique de règlement de différends. Son article est opportun car il précède l'adoption de la Loi sur la présentation d'excuses de l'Ontario qui établira succintement que «pardon» ne veut pas dire «je vous dois quelque chose».

Judy Neger étudie la fascinante question du lien perçu entre l'efficacité d'un médiateur et ses antécédents professionnels et qualités.

Joel Richler de Blakes de Toronto présente un court rapport sur le tribunal-école «Vis Arbitral Moot» tenu à Vienne, une des expériences les plus palpitantes et extraordinaires que des étudiants en droit de partout peuvent connaître.

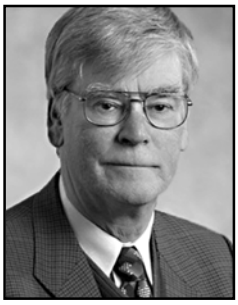
Enfin, notre table ronde s'attaque au sujet épineux des entrevues d'arbitres éventuels et de la conclusion des ententes financières. La discussion est animée et candide.

Encore une fois, nous espérons que vous apprécierez les auteurs et les articles que nous vous présentons dans ce numéro et nous attendons vos commentaires.

continued from page 1

En deuxième lieu, je suis très fier d'annoncer que les discussions sont en cours avec un groupe dynamique et intéressant de practiciens en PRD au Québec. Je vois en cela une excellente occasion, car la possibilité d'une section québécoise revitalisée et plus active consoliderait notre présence d'un océan à l'autre.

Nos collègues québécois travaillent activement à l'organisation de la conférence nationale 2008 qui aura lieu le 17 octobre à Montréal. Nous vous encourageons à vous y inscrire sur réception des formulaires d'inscription et à réserver l'hébergement au Hyatt Regency ou à un autre hôtel des environs. C'est un programme à ne pas manquer!



The Honourable Edward Chiasson

View from the Bench

— The Honourable Edward Chiasson, Justice of the British Columbia Court of Appeal

I was pleased to be asked to write these comments, but somewhat puzzled about what I could say. Judges are supposed to opine on the law only in judgments and it is best to avoid controversy. Fortunately, I was assisted with a list of items, hopefully non-controversial and not involving legal advice. The focus is on my experience of the transition from practitioner, arbitrator to judge.

The first thing that is a tad jarring is to be booted out of the Law Society. Although our life is the law, we cannot practice it; probably just as well.

My view is from an appellate bench. It is a somewhat different landscape from the trial bench. Judges there operate more like arbitrators than do appellate judges. Although everyday is a learning experience for me, my years as an arbitrator have given me some of the background that is of great assistance to those who are appointed from trial courts to appellate courts. In the absence of that experience I would not have expressed a preference for appointment to the Court of Appeal.

Understanding the tasks undertaken by trial judges and administrative tribunals is essential at the appellate level. Appeal courts are courts of error, but they are obliged to respect the boundaries of appellate review, just as trial judges must do, for example, in those jurisdictions that provide for appeals from arbitral awards on a point of law. On appeal, questions of fact can be overturned only if there were palpable and overriding error. Questions of the construction of agreements are matters of mixed fact and law which engage the need to identify what is fact and what is law. Trial judges have inherent jurisdiction and exercise discretion in many areas of decision making. Appeal courts are creatures of statute with limited inherent jurisdiction.

Although arbitrators function in a world that more closely resembles the trial process, it also involves aspects of both trial and appellate proceedings. Arbitrators decided issues of fact and law, but their jurisdiction is constrained by the boundaries of the commitment to arbitrate and the nature of the dispute. An appreciation of the process which has given rise to an appeal often is very helpful in discerning the issue that needs to be addressed or, indeed, whether it can be addressed.

In arbitration, jurisdiction is everything. Trial courts seldom are concerned with it. My arbitration background makes me quite sensitive to issues of jurisdiction. The issue often arises in appeals from decisions made by the trial court on judicial review or directly from administrative tribunals.

Arbitrators, like trial judges, decide issues of fact and law. That experience is most helpful for anyone contemplating life on the bench. What arbitrators do not have is jury experience, although the presentations of some United States counsel appears to proceed on the basis the arbitral tribunal is a jury in need of much didactic explanation.

Those who are appointed, as I was, "from-the-street", also labour under a lack of understanding of the jargon of some areas of practice: matrimonial, criminal and labour are examples. Lawyers and judges familiar with the field, often talk in code: "he filed a false form 41"; "a Vetrovic warning is required"; etcetera. This increases the learning curve. Understanding comes, but slowly.

How Does Life Differ?

The most significant aspect of life on the bench is judicial independence. Ironically, that independence likely is the most personally constraining feature of the job. An independent judiciary is at the heart of our democratic system. It lies at the root of the judicial system. Without it, we all are at risk. Prior to appointment I did not fully understand this. Once appointed, I realized that a judge has a public persona. Some things are obvious: Superior court judges cannot opine on the law, cannot raise money or become involved in partisan politics, but the reach of the effect of judicial independence goes much further. Many daily decisions require some thought whether the position of the judge could be engaged. While I have and must have complete freedom to do my job, I also must not act in any way to compromise that essential privilege for myself or my colleagues. The need to protect judicial independence from external erosion is coupled with the personal obligation of each judge to avoid conduct that can erode from within.

For me, unlike my colleagues on the trial court, there is little travel. I miss it not at all. The Court sits out of town a few times a year, but different judges are involved each time.

Hours! There are lots of them. I told a former partner who was concerned with ensuring his billable hours were up to snuff that he should become a judge: lots of hours; you just don't get paid for them.

The work of an appellate judge is relentless. Hearing times have been shortened. For the process to be effective, the judges must be prepared. In my Court we sit two weeks on and two weeks off. This means

that all of the material for cases to be heard two weeks hence is delivered to my chambers two weeks in advance. That is, when I return to my chambers after sitting on the Friday of the second week, all of the material for the cases coming in two weeks greets me. In addition to preparing, we write judgments. It is quite a bit of work, but it is great work.

The analytical mind-set of a judge differs from that of a practitioner. Often when a law student presented to me an opinion my client was likely to lose, I would say "wrong answer; I cannot walk into court and say, 'good morning' I am here to tell you my client loses'". The advocate's job is to advocate and there are very, very few cases where nothing can be said to support a client's case in the civil courts. Appellate judges have the luxury of reviewing the law fully and from many perspectives. It is the law itself that is the focus of the judge.

For the vast majority of cases, the provincial appellate court is the end of the road. All of the judges take this responsibility and privilege very seriously. We consider it our task to get it right. Although there are recognized protocols for the timing of the delivery of judgments, no judge is pressured to deliver a judgment until he or she considers it ready.

Cases Involving Arbitration

How did I feel when I first heard a case involving arbitration? Not much. It was in my first week. The trial court had overturned an arbitral award as wrong in law. I was responsible for the case. I agreed. The case was quite straightforward. Other cases have been less so. Recently, I probed the underlying basis for appeals from arbitral awards on a point of law with leave of the court. I suspect my experience as an arbitrator and as counsel in arbitrations, gave me an increased sense of the need to foster finality while balancing the statutory policy in the domestic context that matters of law may require consideration by the court.

There is little doubt my intellectual antenna pick-up when I see a case involving arbitration and particularly will do so when cases involve international arbitration. There are few of them and the jurisprudential field remains quite open. Guiding judges through these matters with an eye to the history and practice of international arbitration is essential. There has been a growing trend for the development of practice and substantive norms, an institutionalization, of international arbitration. This leads to the potential of a parallel jurisprudential system, but, often at the end of the day, the result of that system must be dealt with by a domestic court. Domestic courts and international arbitrators ignore each other at their peril, or, perhaps more accurately, at the peril of parties who arbitrate internationally.

From the bench I see many very good advocates. I also see a need to ground issues in first principles, especially at the appellate level. Judges need help to get to where counsel wants them to go. The less rocky and more straight the path, the more likely the court will get there. Questions of jurisdiction both in the tribunal from which the appeal is taken and in the appellate court itself – can we do this – should be considered and addressed if necessary. Appellate courts do not want to and usually cannot, retry cases. Their jurisdiction is statutory and prescribed by law. Thinking like a good arbitrator or arbitral counsel will be of assistance to those who appear in appellate courts. Good arbitrators and arbitral counsel must focus on the issues that are within the jurisdiction of the tribunal: what is the breach of contract; how will it be established; what is the relief that either legally or practically can be granted? This is the stuff of everyday arbitrations. It also is the bread and butter of appellate courts.

I enjoyed my life as counsel and arbitrator. It took many years, but in the spring of 2005, I crossed the intellectual and emotional bridge to seek the view from the bench. It is a wonderful vista.

The Honourable Edward Charles Chiasson, partner with the firm Borden Ladner Gervais in Vancouver, was appointed judge of the Court of Appeal for British Columbia in September 2006.

Mr. Justice Chiasson received a Bachelor of Laws in 1966 from the University of British Columbia and was admitted to the Bar of British Columbia in 1967. His expertise is in the areas of civil litigation, arbitration and mediation. He is or has been a member of the Hong Kong Arbitrators Institute, the Advisory Committee to the Federal Department of Justice on Private International Law and a chartered arbitrator of the Canadian Institute of Arbitrators. As well, Mr. Justice Chiasson has been active in academic life as an adjunct professor at the University of British Columbia and the Hunter Professor of Arbitration and Dispute Resolution, City University, Hong Kong. He is active in the community and was Chair of the Board of Directors of the Vancouver Symphony Orchestra and is a director of the Bowen Island Community Foundation.

Un point du vue du Banc

—L'honorable juge Edward Chiasson, Cour d'appel de la Colombie-Britannique

J'ai été heureux d'être invité à rédiger ces commentaires, mais un peu perplexe quant à ce que je pourrais dire. Les juges ne sont censés se prononcer sur le droit que dans leurs jugements et il est préférable qu'ils évitent la controverse. Heureusement, on m'a aidé en me fournissant une liste de questions qui, je l'espère, ne sont pas trop controversées car il ne s'agit pas ici de donner des avis juridiques. L'accent est mis sur ma propre expérience de transition entre mon rôle de praticien à celui d'arbitre puis de juge.

La première chose qui est un peu choquante est d'avoir été mis à la porte de la Law Society. Bien que notre vie soit dédiée au droit, nous ne pouvons pas pratiquer; ce qui est probablement tout aussi bien.

Mon point de vue provient d'une cour d'appel. Il s'agit d'un environnement quelque peu différent de celui du tribunal de première instance. Les juges agissent davantage comme des arbitres que ne le font les juges d'appel. Bien que ma vie soit un

apprentissage quotidien, mes années comme arbitre m'ont donné une expérience qui est d'une grande utilité pour ceux qui sont nommés des tribunaux de première instance aux cours d'appel. Si je n'avais pas eu cette expérience, je n'aurais pas exprimé de préférence pour une nomination à la Cour d'appel.

Il est essentiel, en appel, de comprendre les fonctions assumées par les juges de tribunaux de première instance et administratifs. Les Cours d'appel sont des tribunaux de l'erreur, mais elles sont tenues de respecter les limites de la révision en appel, tout comme les juges de première instance doivent le faire, par exemple, dans les juridictions qui prévoient des appels de sentences arbitrales sur un point de droit. En appel, les questions de fait ne peuvent être renversées que s'il y a erreur manifeste et dérogatoire. La manière dont les ententes sont bâties soulève des questions mixtes de faits et de droit qui nécessitent d'identifier ce qui est un fait et ce qu'est le droit. Les juges de première instance ont une compétence propre pour exercer un pouvoir discrétionnaire décisionnel dans de nombreuses obligations non respectées. Les Cours d'appel sont des créations de la loi dont la juriction propre est limitée.

Bien que les arbitres fonctionnent dans un monde qui ressemble davantage au procès de première instance, on y retrouve aussi à la fois certains aspects de la procédure première instance et de la procédure d'appel. Les arbitres décident des questions de faits et de droit, mais leur compétence est limitée par la convention d'arbitrage et la nature du différend. Il est très utile d'évaluer le processus qui a donné lieu à un appel afin de discerner si la question doit ou même peut être traitée.

En arbitrage, la compétence est ce qu'il y a de plus important. Les juridictions de première instance sont rarement préoccupées par cela. Mon expérience comme arbitre me rend très réceptif aux questions de compétence. La question se pose souvent dans les appels des décisions rendues par la juridiction de première instance en matière de révision judiciaire ou directement auprès des tribunaux administratifs.

Les arbitres, comme les juges de première instance, décident des questions de faits et de droit. Cette expérience est très utile pour ceux qui envisagent la vie sur le Banc. Mais les arbitres n'ont pas l'expérience du jury bien que les exposés de certains avocats américains semblent prendre pour acquis que le tribunal arbitral est un jury qui a besoin de beaucoup d'explications didactiques.

Ceux qui sont nommés mais qui, comme moi, ne viennent pas du système judiciaire, travaillent également dans un milieu où il leur manque la compréhension du jargon de certains champs de spécialité comme par exemple les domaines du droit de la famille, du droit pénal et du droit du travail. Les avocats et les juges qui connaissent bien ces domaines, parlent souvent en langage codé: «il a déposé un faux formulaire 41»; «un avertissement Vetrovic est nécessaire»; etc. Ceci augmente la difficulté de l'apprentissage. On finit par arriver à comprendre mais lentement.

Dans quelle mesure la vie est-elle différente?

L'indépendance judiciaire est l'aspect le plus significatif de la vie sur le Banc. Paradoxalement, cette nécessité d'indépendance est la caractéristique de l'emploi la plus contraignante au niveau personnel. Un pouvoir judiciaire indépendant est au cœur de notre système démocratique. Il est à la base du système judiciaire. Sans elle, nous sommes tous en danger. Avant ma nomination je n'avais pas bien compris ce que cela impliquait. Une fois nommé, j'ai réalisé que le juge devient un personnage public. Certaines choses sont évidentes: le juge d'une cour supérieure ne peut discuter le droit, ne peut recevoir d'argent ni s'impliquer dans la politique partisane. La portée de l'effet de l'indépendance de la magistrature est toutefois beaucoup plus grande. Beaucoup de décisions quotidiennes exigent une réflexion afin de savoir si le juge peut se prononcer. Alors que j'ai et dois avoir la liberté totale de faire mon travail, je ne dois, en aucun cas, agir d'une quelconque manière à compromettre, pour moi ou mes collègues, ce privilège essentiel. La nécessité de protéger l'indépendance judiciaire de l'extérieur va de pair avec l'obligation personnelle de chaque juge d'éviter des comportements qui peuvent miner ce principe de l'intérieur.

Contrairement à mes collègues des tribunaux de première instance je voyage peu. Cela ne me manque pas du tout. La Cour siège en dehors de la ville plusieurs fois par année, à chaque fois avec différents juges.

Les heures de travail! Il y en a beaucoup. J'ai dit à un ancien collègue qui voulait s'assurer qu'il aurait assez d'heures facturables pour pouvoir devenir un juge, qu'il y a beaucoup d'heures de travail; la seule différence c'est qu'elles ne sont pas toutes payées.

Le travail d'un juge d'appel est sans relâche. La durée des auditions a été raccourcie. Pour que le processus soit efficace, les juges doivent être préparés. Dans ma Cour, nous siégeons deux semaines sur quatre. Cela signifie que l'ensemble du matériel des causes à être entendues est transmis à mon bureau deux semaines à l'avance.

Ainsi lorsque je retourne à mon bureau, après la séance du vendredi de la deuxième semaine, tout le matériel des causes à venir dans les deux semaines suivantes m'attend. En plus de préparer, nous devons rédiger les jugements. C'est beaucoup de travail, mais c'est très intéressant.

L'esprit d'analyse d'un juge n'est pas le même que celui d'un praticien. Souvent, quand un étudiant en droit me disait que mon client était susceptible de perdre, je répondais «mauvaise réponse, je ne peux pas arriver au tribunal et dire: bonjour, je suis ici pour vous dire que mon client va perdre» L'avocat a pour mission de défendre son client et il y n'a que très, très peu de cas où rien ne peut être dit pour défendre la cause d'un client devant les tribunaux civils. Les juges d'appel, quant à eux, ont la possibilité de revoir entièrement le droit et sous plusieurs angles. Pour un juge, c'est le droit lui-même qui est le centre de son attention.

Dans la majeure partie des causes, la Cour d'appel d'une province est le dernier recours. Tous les juges prennent cette responsabilité et ce privilège très au sérieux. Nous considérons qu'il est de notre devoir de prendre les bonnes décisions. Bien qu'il existe des protocoles reconnus concernant les délais pour le prononcé des jugements, aucun juge n'est poussé à prononcer un jugement jusqu'à ce qu'il ou elle estime être prêt.

Qu'ai-je ressenti la première fois que j'ai entendu une cause en arbitrage? Pas grand chose. Cela est arrivé durant ma première semaine. Le tribunal de première instance avait annulé une sentence arbitrale aux motifs qu'elle était mal fondée en droit. J'ai été chargé de l'affaire. J'ai accepté. L'affaire était assez simple. D'autres cas l'ont moins été. Récemment, j'ai vérifié sur un point de droit, avec l'autorisation du tribunal, les fondements sous-jacents des appels des sentences arbitrales. Je pense que mon expérience comme arbitre et comme conseiller dans les arbitrages m'a donné un sens accru de la nécessité d'encourager le caractère définitif et en même temps d'équilibrer l'aspect statutaire dans le cadre national selon lequel les questions de droit peuvent avoir besoin d'être examinées par le tribunal.

Il est certain que mon côté intellectuel s'active quand je vois une cause concernant un arbitrage et surtout lorsqu'il s'agit d'un arbitrage international. Il en existe peu et la jurisprudence dans ce domaine est assez large. Il est indispensable de guider les juges sur ces questions avec un regard sur l'histoire et la pratique de l'arbitrage international. Il y a une tendance croissante, dans le domaine de l'arbitrage international, à l'élaboration de pratiques et de règles de fond et à une institutionnalisation. Ceci permet d'implanter un système parallèle de jurisprudence. Mais souvent le résultat de ce système doit, en fin de compte, être traité par un tribunal national. Les tribunaux nationaux et les arbitres s'ignorent les uns les autres. Ils le font à leurs risques et périls, ou, pour être plus précis, au péril de parties qui pratiquent l'arbitrage international.

Sur le banc, je vois beaucoup de très bons avocats. Je vois aussi un besoin d'asseoir les questions sur des principes de base, en particulier au niveau de l'appel. Les juges ont besoin d'aide pour arriver là où les avocats veulent les mener. Moins le chemin est rocailleux et plus il est direct, plus il sera facile pour le tribunal d'y arriver. Il faut traiter des questions de compétence à la fois du tribunal d'où émane l'appel et de la Cour d'appel elle-même (est-il possible de le faire?). Les Cours d'appel ne veulent et ne peuvent habituellement pas refaire le procès d'une cause. Leur compétence est statutaire et prescrite par la loi. Penser comme un bon arbitre ou un conseiller en arbitrage peut aider ceux qui comparaissent devant les Cours d'appel. Ils doivent en effet se concentrer sur les questions qui relèvent de la compétence de la Cour: quelle est la nature du bris de contrat, comment cela va-t-il être prouvé; quelle réparation peut être accordée que ce soit d'un point de vue pratique ou juridique. Ce sont les problèmes traités quotidiennement dans des arbitrages. Ce sont aussi ceux des tribunaux d'appel.

J'ai apprécié ma vie comme avocat et arbitre. Il m'a fallu de nombreuses années pour me décider, mais au printemps de 2005, j'ai traversé le pont intellectuel et sentimental qui me permet d'avoir un point de vue du Banc. Et c'est une formidable perspective.

L'honorable Edward Charles Chiasson, associé au sein du cabinet Borden Ladner Gervais à Vancouver, a été nommé juge de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en septembre 2006.

Monsieur le juge Chiasson a obtenu un Baccalauréat en droit en 1966 de l'Université de la Colombie-Britannique et a été admis au Barreau de cette province en 1967. Il est spécialisé dans les domaines du contentieux civil, de l'arbitrage et de la médiation. Il a été membre, ou l'est encore, du Hong Kong Arbitrators Institute, du comité consultatif sur le droit international privé auprès du ministère fédéral de la Justice de et arbitre agréé du Canadian Institute of Arbitrators. De plus, Monsieur le juge Chiasson a œuvré activement dans le milieu universitaire à titre de professeur adjoint à l'Université de la Colombie-Britannique et à titre de Hunter Professor of Arbitration and Dispute Resolution à la City University de Hong Kong. Il est actif au sein de la communauté et a été président du conseil d'administration de l'Orchestre symphonique de Vancouver. Il est aussi administrateur de la Bowen Island Community Foundation.

Le 17 octobre
Conférenciers de marque:

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

- L'honorable Louise Otis, Cour d'appel du Québec
- L'honorable Wally Oppal, procureur général et ministre responsable du Multiculturalisme, la Colombie-Britannique
- L'honorable Pierre Dalphond, Cour d'appel du Québec
- L'honorable Hélène de Kovachich, présidente et juge administratif en chef du Tribunal administratif du Québec
- Monsieur le protonotaire Calum MacLeod, Cour supérieure de justice, Ottawa
- David Cliche, ancien ministre de l'Environnement, Gouvernement du Québec; Directeur de projets, Le Groupe S.M. International Inc.
- Pierre Renaud, président, Bureau d'audiences publiques sur l'environnement

Lionel J. McGowan Awards

Call for Nominations for 2008

The ADR Institute of Canada, Inc. is calling for nominees for the Lionel J. McGowan Awards of Excellence in Dispute Resolution. The awards are named in recognition and honour of Lionel J. McGowan, the first Executive Director of the Arbitration Institute of Canada. The presentation of the McGowan Awards will take place at the Institute's Annual General Meeting to be held in Montreal, Quebec on Friday, October 17, 2008. There are two awards: one for contributions to the Institute and the field at the regional level, and one for contributions at the national level.

Regional Award of Excellence

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

National Award of Excellence

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

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

Prix d'Excellence à la Mémoire de Lionel J. McGowan

Demande des nominations pour 2008

L'Institut d'arbitrage et de médiation cherche des nominations pour le Prix d'Excellence en prévention et ue différends. 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 17 octobre 2008. Deux prix sont décernés lors de la présentation: l'un d'eux en raison des contributions à l'Institut et au domaine au niveau régional, et l'autre, en raison des contributions au niveau national.

Prix d'Excellence Régional

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

Prix d'Excellence National

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

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 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.

L.J. McGowan Award of Excellence / Prix d'Excellence de L.J. McGowan

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

	National/Nationaux	Regional/Régionaux
2007	**Bill Remmer** (AAMS)	**Mary E. Satterfield** (ADRIO)
2006	**Gerald Ghikas** (BCAMI)	**Kenneth A. Gamble** (ADRIS)
2005	**Gervin L. Greasley** (ADRIO)	**Gary Furlong** (ADRIO)
2004	**S. Noel Rea** (AAMS)	**Gary Fitzpatrick** (BCAMI)
2003	**P. David McCutcheon** (ADRIO)	**Randy Pepper** (ADRIO)
2002	**Barry C. Effler** (AMIM)	**Bernie McMullan** (AMIM)
2001	**Bill Hartnett** (CORP)	**Annette Strug** (ADRIA)
2000	.....	**Kent Woodruff** (BCAMI)
1999	**Roman Evancic** (BCAMI)	**Harry Hunter** (BCAMI)

Bryan C. Duguid

Multi-tiered Dispute Resolution: Stepping Carefully

— Bryan C. Duguid, Cert. Arb., LL.B, B.Admin.
Partner, Blake, Cassels & Graydon LLP Calgary, Alberta[1]

Increasingly common are dispute resolution clauses requiring the use of ADR processes in sequence. Such "stepped" or "multi-tiered" dispute resolution provisions ("Stepped Clauses") may stipulate, as prerequisites to a binding determination through arbitration or litigation, any combination of processes including negotiation, mediation, neutral evaluation, or expert determination.

Significant substantive benefits may result when solutions are crafted by the parties themselves, as opposed to third parties, where opportunities can arise for win-win outcomes and increased creativity. In addition, procedurally, though Stepped Clauses may prolong the dispute and escalate costs in cases where settlement is not reached, well drafted Stepped Clauses increase the chances of settlement, a net savings in cost and time, and a decreased focus on the inherently backward looking nature of litigation and arbitration. That is especially the case for substantial and complicated disputes, where the early stage processes are drafted in a manner that keeps them on a relatively short leash.

There is the risk of potholes on the path to the potential benefits. If not avoided through a properly structured process, these pitfalls can lead to negative consequences, ranging from a net increase in delay and cost, to more fundamental problems including, at worst, a complete loss of the right to pursue resolution of the dispute.

Thin is the case law in Canada on Stepped Clauses. This article identifies some of the relevant Canadian decisions. The main thrust of this article, however, is to provide practical drafting solutions, on the theory that parties would prefer to avoid the issues, rather than becoming contributors to a more robust body of Court decisions in this area.

Three key issues will be addressed: limitation periods; interim relief in urgent cases; and the triggers and standards stipulated for each dispute resolution step.

I. LIMITATION PERIODS

A. The Issue

A conflict may arise between an obligation to participate in a non-binding dispute resolution process, versus the expiry of the relevant limitation period. In some circumstances, it may not be possible to complete the predecessor dispute resolution step(s) before the loss of the right to arbitrate or litigate.

Some practitioners suggest that the safe and sure fire way to address this concern is to commence the arbitration or court action within the limitation period, pending satisfaction of the preliminary dispute resolution steps. That is most likely not correct.

This view is reinforced by a relatively recent decision of the Alberta Court of Appeal, *in Babcock and Wilcox Canada Ltd. v. Agrium Inc.*[2] That case involved the filing of a statement of claim before the relevant limitation period expired, and the issuance of notices of arbitration and selection of arbitrator after the limitation period expired. Based on the section of the *Arbitration Act* (Alberta)[3] requiring the court to stay parallel litigation when the parties have agreed to arbitration,[4] the Alberta Court of Appeal found that the arbitral clause in the agreement implicitly made arbitration a condition precedent to litigation, effectively eliminating any remaining distinction between "ordinary" arbitration clauses and *Scott v. Avery*[5] clauses. In the result, the statement of claim was dismissed as a nullity, and the arbitral process was commenced out of time and therefore statute barred. The right to a binding determination was lost.

It is true that the *Babcock* decision did arise in the arbitration versus litigation scenario, and was based, in part, on the statutory provisions of the *Arbitration Act* (Alberta). However, there is no principled reason why this result would not apply to sufficiently well defined, objective and certain obligations to negotiate or mediate, as conditions precedent to either arbitrating or litigating. Common law contractual principles and the remedy of specific performance would be expected to arrive at the same result, requiring a party to honour its agreement to participate in such a process. Indeed, the author of this article was counsel in a matter before the Alberta Court of Queen's Bench in the fall of 2006, in which the Court decided that the opposing party was prohibited from commencing the arbitral process before fulfillment of the contractual obligation to undertake direct negotiation between senior management over a specified period of time. As a result, the Court ordered that the parties not return to Court to have the arbitral process commenced through the appointment of an arbitrator until the expiry of the timelines stipulated for the negotiation process.[6]

B. The Solution

Fortunately, the solution to this fundamental concern is straightforward: **Include a "standstill" clause that stops the clock on any applicable limitation period or deadline, pending completion of any prerequisite dispute resolution process.**

Sometimes, Stepped Clauses stipulate that a party may terminate the preliminary dispute resolution process simply by providing written notice to the other parties. While this certainly would deal with the limitation period issue, this would defeat, at least to a great extent, the parties' intention of forcing themselves to focus their attention on trying to develop a consensual solution. Although disputing parties cannot be compelled to reach a settlement, in many circumstances, if parties are locked into a process, there are increased chances that the dispute will be solved nonetheless.

II. INTERIM RELIEF IN URGENT CASES

A. The Issue

Similar issues can arise in circumstances requiring urgent interim relief. Whether the Stepped Clause stipulates negotiation, mediation, or any other form of ADR, an application to a court for urgent injunctive or other interim relief might be met with a response that the parties had contracted out of the right to bring such an application before completion of the pending ADR process(es). In that scenario, the potential advantages of a Stepped Clause would undoubtedly be seen as greatly overshadowed by the certain and irreparable harm being suffered in the meantime.

B. The Solution

Again, there is an easy solution to this fundamental concern: **Include a provision expressly stating that, pending any preliminary ADR process, any party shall be at liberty to make an application to the court for injunctive, provisional, conservatory, or other interim or emergency relief.** That would eliminate the need for a party to argue that, despite the Stepped Clause, the inherent jurisdiction of the Court remains available to grant urgent interim relief.

It would also be prudent to stipulate that such an application to a court shall not be deemed to be a waiver of a party's right to insist upon adherence to the Stepped Clause.

III. TRIGGERS AND STANDARDS

There are many difficulties that can be created inadvertently, by the manner in which one drafts the triggers and standards for a Stepped Clause. Land mines of this nature are common. Indeed, Stepped Clauses suggested by some significant international and other arbitral institutions are problematic from this perspective.

A. The Issue

It is trite that, as with all contractual provisions, Stepped Clauses should be clear and concise. Otherwise, one might thwart the intended goal of saving time and cost.

Before the dispute about the substance even begins, parties might face disputes about the interpretation of the Stepped Clause, involving jurisdictional issues, or what each process is to involve. Other fertile ground for ambiguity relates to how and when each process is commenced, and how and when each is completed.

Unanticipated results can flow, for example, if a Stepped Clause is found to be unenforceable, such that the dispute is unexpectedly governed by the default court process. That may be fundamentally unacceptable to a party who, for instance, loses an arbitral blanket of confidentiality that, if anticipated at the time of contracting, may well have caused them not to contract at all. This may result from a "house of cards" effect. If, for example, either negotiation or mediation is a condition precedent to arbitration, but the obligation to negotiate or mediate is unenforceable and remains unfulfilled, that may well mean that there is no binding obligation to arbitrate.

B. The Solution

As there are a number of potential issues in this respect, there are many drafting suggestions to keep in mind:

- **Make clear whether a mandatory, directory, or permissive interpretation is intended:**
  There is a continuum involving "must", "shall", and "may", and "shall" has a hybrid nature, permitting either a mandatory or directory interpretation. Say "must" if you mean it. "Shall" may not be sufficient. That applies, for instance, to whether certain steps in the dispute resolution process must be followed, and whether certain time limits must be met.
- **Do not use subjective or ambiguous requirements:**
  This is quite commonly seen, such as clauses that require "good faith", "best efforts", or "meaningful" negotiations, or that state that a negotiation or mediation process is completed when it becomes no longer productive or fruitful. Clauses of this nature are likely unenforceable, both practically and technically. An application for specific performance of an obligation to negotiate in good faith would be less than clear. For instance, the Alberta Court of Appeal has commented on the duty of good faith by stating: "... the common law duty to perform in good faith is breached when a party acts in bad faith ...".[7] While Canadian case law does provide other descriptions of the duty of good faith, there remains an understandable absence of anything resembling a black and white test.

  Such nebulous obligations leave open to dispute the required duration of negotiations, what is to occur during the negotiations, and how one might demonstrate fulfillment of such an obligation. One party may have no intention of negotiating or mediating in good faith, and might attempt to rely on alleged failure by the opposing party to do so as a tool to avoid or delay a binding determination.
- **Use simple and clear time periods, that permit an objective determination of the start and end point for each period:**
  To start the clock ticking for any particular timeframe, the clause should specify that unilateral action by one party is all that is required (for instance, through the issuance of a notice to the

other parties), with no need for mutual agreement, third party cooperation, or the occurrence of an external event. In addition, there should be a clear default process set out for the appointment of any third party (such as a mediator or an expert), for example, by a designated appointing authority.

- **Specify the level of management to be involved in any mandatory negotiation:**
  When choosing the required level of seniority, consider that, often, specifying a level of management above the position of the individual(s) most involved with the implementation of the contract will lead to a bigger picture view, increased authority to resolve, and a decreased personalized attachment to the issues in dispute.
- **Stipulate that an individual serving as a mediator shall not serve as the arbitrator for the same dispute, unless all parties agree:**
  While there are different schools of thought as to whether the mediation and arbitration functions should be performed by the same individual, addressing this issue in this manner is a clean way to avoid that debate.

IV. CONCLUSION

If one "steps" carefully around the potholes, multi-tiered dispute resolution clauses can provide significant potential net benefits.

Bryan C. Duguid joined Blakes in 1992 and became a Partner in 1999. His practice has run the gamut of corporate and business dispute resolution. Bryan has extensive arbitral experience, holds the Certificate in Arbitration for the Alberta Arbitration and Mediation Society and is a member of its Board of Directors, and has been appointed to the roster of arbitrators for various institutions. He has substantial experience in particular specialty areas including Construction Disputes, International Dispute Resolution, and Oil and Gas Disputes. He is a frequent speaker at professional conferences and seminars. He has authored and co-authored a number of publications.

1 The author would like to extend a sincere thank you to William G. Horton, Barrister, Arbitrator, Mediator, ADR Chambers for his advice in respect of the preparation of this article, and to Kevin S. Long, a Blake's articling student, for his research assistance.
2 2005 ABCA 82.
3 R.S.A. 2000, c. A-43, section 7.
4 The arbitration acts in most of the provinces and territories in Canada contain a provision to the same effect.
5 (1856), 5. H.L. Case. 811, [1843-1860] All E.R. 1.
6 To similar effect are the decisions in Canada (Minister of Transport) v. Marineserve.MG Inc. (2002), 204 N.S.R. (2d) 385 (S.C.), Toronto Truck Centre Ltd. v. Volvo Trucks Canada Inc. (1998), 163 D.L.R. (4th) 740 (Ont. Gen. Div.), and Bridgepoint International (Canada) Inc. v. Ericsson Canada Inc., [2001] Q.J. No. 2470 (Que. S.C.).
7 Mesa Operating Ltd. v. Amoco Canada Resources Ltd. (1994), 19 Alta. L.R. (3d) 38 (C.A.)

Résolution des différends à plusieurs niveaux: procéder avec prudence.

— Par Bryan C. Duguid, Cert. Arb., LL.B, B. Admin.
Associé, Blake, Cassels & Graydon LLP, Calgary, Alberta[1]

Il est de plus en plus fréquent de trouver des clauses de résolution des différends nécessitant l'application de divers processus de PRD. Les dispositions des règlements des différends «par étapes» ou «à plusieurs niveaux» («Clauses par étapes») peuvent exiger toute une combinaison de procédés tels que la négociation, la médiation, l'évaluation neutre, ou la décision d'expert, comme pré requis obligatoire à l'obtention d'une décision par voie d'arbitrage ou par jugement.

Il peut être avantageux que les solutions soient élaborées par les parties elles-mêmes et non par des tiers, car de nouvelles possibilités peuvent naître et permettre une amélioration de la créativité et des résultats où toutes les parties sont gagnantes. En outre, d'un point de vue procédural, une clause par étapes bien rédigée améliore les possibilités de règlement, permet des économies de temps et de coûts, et permet de réduire l'accent sur la nature passéiste du litige et de l'arbitrage, même si ce genre de clause peut prolonger le différend et augmenter les coûts lorsqu'un règlement n'est pas atteint. C'est particulièrement le cas des litiges importants et complexes, où les premières étapes du processus sont rédigées de manière à en garder le contrôle.

Mais avant de tirer les bénéfices de ce genre de clauses, il y a le risque de tomber dans des pièges qui, à moins qu'ils ne soient évités grâce à un processus bien structuré, peuvent avoir des conséquences négatives, que ce soit par l'étirement des délais, l'augmentation des coûts, ou plus grave encore, la perte complète du droit de poursuivre la résolution du différend.

Au Canada, il y a peu de jurisprudence portant sur les clauses par étapes. Cet article identifie certaines des décisions canadiennes pertinentes. L'idée maîtresse de cet article, cependant, est de fournir des solutions pour la rédaction de ces clauses, prenant pour acquis que les parties préfèrent éviter les problèmes plutôt que de contribuer à augmenter le nombre de décisions des cours dans ce domaine.

Nous aborderons ici trois questions principales: les délais de prescription; les mesures provisoires d'urgence, et les déclencheurs et normes prévues pour chaque étape du règlement du différend.

I. LES DÉLAIS DE PRESCRIPTION

A. La question

Il peut y avoir un problème entre l'obligation de participer à un processus de règlement des différends qui n'est pas obligatoire et l'expiration d'un délai de prescription. En effet, dans certaines circonstances, il se peut qu'il ne soit pas possible de mener à terme l'étape précédente de résolution des différends avant que ne soit prescrit le droit de recourir à l'arbitrage ou à la procédure judiciaire.

Certains praticiens suggèrent que le moyen le plus sûr de régler ce problème est de débuter l'arbitrage ou l'action en justice dans les délais, en attendant d'obtenir satisfaction dans les premières étapes de résolution du différend. Cette approche est incorrecte.

Ce point de vue est renforcé par une ré-

cente décision de la Cour d'appel de l'Alberta, *Babcock and Wilcox Canada Ltée c. Agrium Inc.*[2] Cette affaire portait sur le dépôt d'une demande en réclamation avant que le délai de prescription ait expiré, et la délivrance d'un avis d'arbitrage et de sélection de l'arbitre après l'expiration du délai de prescription. S'appuyant sur la section de *l'Arbitration Act* (Alberta)[3] qui requiert au tribunal de demeurer à l'écart du litige lorsque les parties ont convenu d'un arbitrage[4], la Cour d'appel de l'Alberta a constaté que la clause d'arbitrage dans la convention d'arbitrage, reconnaissait implicitement que l'arbitrage était une condition préalable à la voie judiciaire, éliminant ainsi toute distinction résiduelle entre les clauses d'arbitrage «ordinaires» et les clauses *Scott c. Avery*[5]. En conséquence, la demande de réclamation a été rejetée comme nulle et non avenue, et le processus d'arbitrage étant hors-délai et donc prescrit, le droit à une décision ayant force obligatoire a été ainsi perdu.

Il est vrai que la décision *Babcock* a été rendue dans le contexte d'un arbitrage vs un litige. Elle est fondée, en partie, sur les dispositions statutaires de la Loi sur l'arbitrage (Alberta). Cependant, il n'y a aucune raison pour que ce résultat ne s'applique pas à des objectifs suffisamment bien définis et à certaines obligations de négocier ou de recourir à la médiation, comme condition préalable à l'arbitrage ou au litige. Les principes contractuels de common law et les demandes sont censés produire le même résultat, en obligeant une partie à respecter un engagement à participer à un tel processus. En effet, l'auteur de cet article a été avocat dans une affaire portée devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, à l'automne de 2006, dans laquelle la Cour a décidé que la partie adverse ne pouvait débuter la procédure d'arbitrage avant que ne soit respectée l'obligation contractuelle d'entreprendre, dans un délai spécifié, des négociations directes avec la direction. En conséquence, la Cour a ordonné aux parties de ne pas revenir en cour pour débuter le processus d'arbitrage par la nomination d'un arbitre jusqu'à l'expiration du délai prévu pour la négociation.[6]

B. La solution

Heureusement, la solution à cette préoccupation fondamentale est assez simple: **il suffit d'inclure une clause «d'arrêt» qui stoppe le décompte de tout délai de prescription applicable ou de son échéance, le temps que toutes les étapes du processus de résolution du différend soient achevées.**

Les clauses par étapes stipulent parfois qu'une partie peut mettre fin au processus de règlement des différends en transmettant simplement un avis écrit aux autres parties. Bien qu'une telle clause traiterait certainement des délais de prescription, elle permettrait, dans une large mesure, aux parties de s'obliger à concentrer leur attention sur la nécessité de développer une solution consensuelle. Bien que les parties à un différend ne puissent être contraintes à arriver à un tel règlement, il y a toutefois de fortes chances que le litige soit résolu si les parties sont tenues à un processus de résolution.

II. MESURES D'URGENCE DE REDRESSEMENT PROVISOIRE

A. La question

Des questions similaires peuvent se poser dans des circonstances nécessitant l'adoption de mesures d'urgence de redressement provisoire. Si la Clause par étape prévoit la négociation, la médiation ou toute autre forme de PRD, il se peut qu'une demande en injonction ou autres mesure de redressement provisoire puisse être rejetée par le tribunal aux motifs que l'accord entre les parties ne leur permet pas de déposer une telle demande avant que la (les) procédure (s) de PRD ai(en)t pris fin. Dans ce cas, les avantages potentiels d'une clause par étapes seraient sans aucun doute eclipsés par le préjudice certain et irréparable subi entretemps.

B. La solution

Là encore, il existe une solution simple à cette préoccupation fondamentale: **Inclure une disposition expresse précisant que, dans le cours de toute procédure de PRD, toute partie est libre de faire une demande au tribunal en injonction provisoire, ou mesure conservatoire ou autre recour provisoire**. Ainsi, les parties n'auront pas besoin de faire valoir que, malgré la clause par étapes, la Cour est compétente pour accorder des mesures provisoires.

Il serait également prudent de préciser que cette demande au tribunal ne doit pas être considérée comme une renonciation par une partie au droit de faire respecter la clause par étapes.

III. ÉLÉMENTS DÉCLENCHEURS ET NORMES

La manière dont sont rédigés les éléments déclencheurs et les normes d'une clause par étapes sont à l'origine de nombreuses difficultés. Elles agissent fréquemment comme des bombes à retardement. En effet, les clauses par étapes suggérées par certaines importantes organisations internationales et autres institutions arbitrales posent, de ce point de vue, des problèmes.

A. La question

Il est évident que les clauses par étapes doivent être claires et précises, comme c'est le cas pour toute clause contractuelle, faute de quoi elles peuvent contrecarrer l'objectif visant à faire des économies de temps et de coûts.

Avant même que le litige sur le fond dé-

Submit Your Proposals

Présenter une proposition

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

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

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

Mary Anne Harnick, Executive Director,
ADR Institute of Canada,
234 Eglinton Ave. E, Suite 500,
Toronto, Ontario
M4P 1K5.

bute, les parties peuvent avoir un différend sur l'interprétation de la clause par étapes sur des questions de compétence ou sur l'interprétation de chaque étape du processus. La question de savoir quand et comment débute et se termine chaque phase du processus est un autre terrain propice à l'ambiguïté.

Si, par exemple, une clause par étapes est jugée inapplicable, aux motifs que le différend est, de manière inattendue, régi par défaut par le processus judiciaire, il peut en découler des résultats inattendus. Cela peutêtre fondamentalement inacceptable pour une partie qui, par exemple, perdrait la protection arbitrale de confidentialité alors qu'elle aurait pu ne pas contracter, si elle avait été au courant de cela au moment de la signature. Il peut en résulter un effet de domino. Si par exemple, la négociation ou la médiation est une condition préalable à l'arbitrage, mais si l'obligation de négocier ou d'avoir recours à la médiation ne peut être exécutée et demeure inutilisée, ceci peut signifier qu'il n'y aura pas d'obligation contraignante d'arbitrer.

C. La solution

Compte tenu des problèmes potentiels dans ce domaine, il est donc important de garder à l'esprit certaines suggestions pour la rédaction des clauses. Il convient donc de:

- **Dire clairement si l'intention pour l'interprétation concerne une obligation, une suggestion ou une autorisation**: il existe une différence entre «doit», «peut» ou «devrait» et «doit» a un caractère hybride, permettant soit une suggestion soit une obligation. Dites «doit» si c'est ce que vous voulez dire. «Devrait» peut ne pas être suffisant. C'est le cas, par exemple, de la question de savoir si certaines étapes du processus de règlement des différends doivent être suivies et si certains délais doivent être respectés[7]
- **Ne pas utiliser d'obligations subjectives ou ambigües:** on remarque couramment des clauses exigeant la «bonne foi», les «meilleurs efforts», des négociations «significatives», ou qui précisent qu' «une négociation ou une médiation prend fin quand elle n'est plus productive ou fructueuse ». Les clauses de cette nature ne sont applicables ni d'un point de vue pratique ni d'un point de vue technique. Il n'est pas facile de demander l'exécution d'une obligation de négocier de bonne foi. La Cour d'appel de l'Alberta a fait, par exemple, des observations sur l'obligation de bonne foi en disant: «... l'obligation de common law d'agir de bonne foi est violée lorsqu'une partie agit de mauvaise foi[8] ...». Bien que la jurisprudence canadienne fournisse d'autres descriptions de l'obligation de bonne foi, il y a toutefois une absence bien compréhensible de mesure claire et nette de ce qu'est la bonne foi.
  Une obligation aussi peu précise laisse la place à une contestation possible sur la durée des négociations, l'interprétation de ce qui doit se passer au cours des négociations, et comment une partie peut démontrer s'être acquitté d'une telle obligation. Une partie pourrait ne pas avoir l'intention de négocier ou de participer à la médiation en toute bonne foi, et dénoncer alors un manquement chez l'autre partie comme moyen d'éviter ou de retarder une issue obligatoire.
- **Utiliser des délais simples et clairs qui permettent une évaluation objective du point de départ et d'arrivée de chaque période**: ainsi, pour que démarre le compte à rebours de tout délai, la clause devrait spécifier que seule est nécessaire l'action unilatérale d'une des parties (par exemple, par la transmission d'un avis aux autres parties), sans que ne soit requis un accord mutuel, la coopération d'un tiers, ou l'intervention d'un événement extérieur. En outre, il faudrait définir un processus clair par défaut pour la nomination d'une tierce partie (comme un médiateur ou un expert), par exemple, par une autorité de nomination désignée.
- **Préciser le niveau d'ancienneté requis pour toute négociation obligatoire:** au moment de choisir le niveau d'ancienneté, prenez pour acquis que, souvent, en spécifiant un niveau plus élevé que celui du ou des individus (s) le (s) plus impliqué(s) dans la mise en œuvre du contrat, peut conduire à devoir gérer une vision plus élargie, une autorité accrue, et une diminution de l'attachement personnel à la résolution du différend.
- **Préciser qu'une personne agissant comme un médiateur ne peut agir comme arbitre pour le même différend, sauf accord de toutes les parties**: bien qu'il existe différentes écoles de pensée sur la question de savoir si les fonctions de médiateur et d'arbitre doivent être exercées par la même personne, aborder la question de cette manière est un moyen très clair d'éviter ce débat.

IV. CONCLUSION

Les clauses par étapes de résolution des différends peuvent offrir des d'importants avantages potentiels, si l'on travaille soigneusement à aplanir les difficultés.

Bryan C. Duguid s'est joint au cabinet Blakes en 1992 et est devenu associé en 1999. Ses activités ont porté sur tous les aspects du litige du droit des affaires. Bryan Duguid a une expérience considérable dans le domaine de l'arbitrage. Il détient le certificat d'arbitrage de la Alberta Arbitration and Mediation Society dont il est également membre du conseil d'administration; il a été nommé comme arbitre auprès de diverses institutions. Il a acquis une grande expérience particulièrement dans les domaines de spécialités, notamment les différends dans le secteur de la construction, la résolution de différends internationaux et dans le secteur du pétrole et du gaz. Il intervient fréquemment à titre de conférencier dans le cadre de conférences et séminaires à l'échelle internationale. Il est l'auteur ou coauteur de nombreuses publications.

1 L'auteur aimerait étendre un merci sincère à William G. Horton, advocat, arbitre, médiateur, ADR Chambers pour son conseil en respect de la préparation de cet article, et à Kewn S. Long, un étudiant d'articling de Blakes, pour son assistance de rechenehe.

2 2005 ABCA 82.

3 R.S.A. 2000, c. A-43, section 7.

4 Les lois sur l'arbitrage de la plupart des provinces et territoires du Canada contiennent une disposition identique à cet effet.

5 (1856), 5. H.L. Case. 811, [1843-1860] All E.R. 1.

6 Dans le meme sens voir les decisions *Canada (Minister of Transport) v. Marineserve.MG Inc.* (2002), 204 N.S.R. (2d) 385 (S.C.), *Toronto Truck Centre Ltd. v. Volvo Trucks Canada Inc.* (1998), 163 D.L.R. (4th) 740 (Ont. Gen. Div.), et *Bridgepoint International (Canada) Inc. v. Ericsson Canada Inc.*, [2001] Q.J. No. 2470 (Que. S.C.).

7 Note de la traduction: les nuances de «must» «shall» et «may» ne sont pas les mêmes en anglais et en français, ce qui rend ce paragraphe inapplicable à la terminologie française. Nous avons toutefois conservé et adapté le sens. Il est important de lire la version anglaise pour comprendre l'importance du choix de la terminologie en français.

8 *Mesa Operating Ltd. v. Amoco Canada Resources Ltd.* (1994), 19 Alta. L.R. (3d) 38 (C.A.).

Gerry Ghikas

Resolving International Contract Disputes – Five Key Steps for Corporate Counsel

— Gerald Ghikas, Q.C., C.Arb, Head of the Borden Ladner Gervais Arbitration Group

It is false economy to leave the dispute resolution provisions of complex international agreements to be dealt with by last-minute boilerplate. The time and expense devoted to negotiating and recording rights and obligations is wasted if they cannot effectively be enforced. There are five basic steps to identify and implement an appropriate dispute resolution process for international agreements.

Step One - Identify Your Priorities

The first step is to identify and rank the desired attributes of the dispute resolution process. This is best done through a detailed discussion between counsel and management or operations personnel, to identify the kinds of disputes most likely to arise and their potential operational, financial and economic implications.

In the context of an international business relationship, the list of desirable attributes might include some of the following, in some cases mutually exclusive, characteristics:

- Incentives to reach a negotiated solution, avoiding adversarial proceedings if possible
- Disincentives for frivolous claims
- Access to prompt, enforceable, temporary relief to minimize business disruption pending a final resolution
- The ability to achieve a final result without undue delay
- The ability to obtain an award or judgment that will be enforceable easily in a particular place (such as the country in which the other party has assets)
- A process that will not consume undue corporate resources
- Limits on the risk of political interference in the process (especially where the other party is a foreign state entity)
- A neutral forum for dispute resolution, to avoid litigating in the other party's "home court"
- A process that will resolve the dispute according to law
- A process that will resolve the dispute according to specific business principles or general principles of fairness
- Procedures to ensure that the dispute is resolved on its merits after a full presentation of all evidence and legal argument
- Procedures that allow for rougher, but more timely, justice, at lower cost
- The right to appeal errors of fact
- The right to appeal errors of law
- No right to appeal
- A process that is confidential in all or certain respects
- A process that protects against the disclosure of proprietary information to the other party and/or third parties
- A decision-maker who has particular scientific, business or dispute resolution experience
- A decision-maker who is neutral and independent
- A process in which the cost will be proportionate to the importance of the dispute
- A process that allows third-party participation

Step Two – Identify the Process Most Consistent with Your Top Priorities

No single dispute resolution process has all these characteristics. Often the best course will be to identify the process that is most likely to deliver the desired characteristics, and then refine it to achieve other benefits. Usually the main contenders are negotiation, mediation, arbitration and litigation, or some combination of them.

Negotiation and Mediation

It is usually better to resolve disputes through agreement, *if* agreement can be reached on acceptable terms within an acceptable period of time. Particularly when they still are filled with optimism about the future business relationship, many business people have a high level of confidence that any future disputes will be resolved amicably. The issue for corporate counsel is whether negotiation or mediation should be mandatory.

Neither negotiation nor mediation will in all instances result in the settlement of a dispute. There is a school of thought that commercial parties will settle their differences if it is in their interests to do so, and that agreeing in advance to negotiate or mediate adds little in the way of incentive, and much in the way of risk. Mandatory negotiation and mediation can be a hollow, time-consuming exercise if one party cannot, or will not, settle.

At the very least, "agreements to agree" should never be the sole means of dispute resolution. They should be a precursor, or contemporaneous alternative, to arbitration or litigation.

If a "tiered" dispute resolution process is chosen, corporate counsel should avoid several common pitfalls:

- If possible, avoid making mediation or arbitration a condition precedent to the

right to arbitrate or litigate;

- If they must be a condition precedent, make sure that there is no room for disagreement about whether the condition has been satisfied. Do not require "good faith" negotiation or allow the process to continue until it is apparent that "no agreement can be reached". Such expressions open the door to preliminary wrangling about whether positions were taken in good faith and whether it is possible to reach agreement if both parties act in good faith. Instead, require written notice to initiate the negotiation or mediation process, and provide that the pre-condition to the next phase is satisfied if no agreement is reached within a specific period of time *for any reason*;
- Deal with the right to obtain interim relief pending the negotiation or mediation. Consider, for example, allowing an arbitration to be started for that purpose and then held in abeyance pending the expiry of the time to reach a negotiated settlement;
- Deal with whether the documents disclosed and positions taken during negotiation or mediation are admissible or "without prejudice" in subsequent arbitration or litigation;
- Deal with logistics. Where will the negotiations/mediation take place? Who must attend? Will the parties have counsel? What will be the qualifications of the mediator (if any)? What will happen if there is no agreement on who should be mediator? How long can it continue? What procedural rules will apply?

International Commercial Arbitration v Foreign Litigation

In international agreements, arbitration is almost always preferable to litigation as the ultimate dispute resolution process. This is because parties to such agreements tend to assign the highest priority to having their disputes finally determined according to law, based on proven facts, under neutral procedural rules, by a neutral decision-maker, yielding a summarily enforceable result, with minimum opportunity for intervention by the other party's domestic courts. International commercial arbitration generally fulfills these expectations.

Arbitration agreements can also be refined to achieve other specific benefits. For example, if speed is of the essence one might call for a single arbitrator rather than three, for all evidence to be in writing, to dispense with discovery, or accept an award that is not supported by lengthy written reasons. If the parties want their disputes decided according to considerations of fairness, rather than legal principles, they can expressly confer on the arbitrator the power to decide "*ex aequo et bono*". One of the benefits of arbitration is that the parties can tailor the process in myriad ways to meet their expectations and achieve their objectives. The benefits do not flow from the mere decision to arbitrate; you have to work for them.

Step Three - Draft an Appropriate Arbitration Agreement

The arbitration agreement should, at a minimum, deal with the following issues:

- The **scope of possible disputes** to be arbitrated (generally a broad description is preferable, to avoid having to arbitrate some disputes and litigate others)
- The fact that arbitration is **mandatory, not optional** ("shall" not "may")
- The **number of arbitrators** (usually one or three; one is faster and cheaper, three is more flexible and reduces the risk of a "wrong" decision)
- The **procedural rules** for the arbitration (usually by adopting the rules of a suitable arbitral institution, although they can also be set out in detail in the agreement); special considerations are involved if the arbitration is not to be administered by such an institution.
- A city that will be the **"neutral" place of arbitration** (the arbitration law of that place will apply and the courts of that place may become involved)
- The **language of the arbitration** (because translation costs can be crippling)

Ideally both the place of arbitration and the place where any award is to be enforced will be in countries that are parties to the *New York Convention* or another treaty that enables summary enforcement of foreign arbitral awards.

It is at this drafting stage that many refinements can be introduced, to reflect other priorities and capture other benefits.

Step Four -Appoint an Appropriate Arbitrator

When it comes to the appointment of a sole arbitrator or the Chair of a tribunal, experience and reputation as an arbitrator should be given priority over specialized technical or industry expertise. Many sad stories of arbitrations gone awry are attributable to the inexperience of the arbitrator. On the other hand, as the most experienced arbitrators are very busy, it is essential to determine before an appointment is made that the arbitrator is available to meet the needs and expectations of the parties.

International commercial arbitrations generally must be conducted in accordance with the law, so knowledge of the law is an asset. They must be based on evidence introduced through a common law adversarial procedure, a civil law inquisitorial procedure or, most often, a blend of the two approaches, so knowledge of evidentiary rules and procedures is essential. As the decision must be based on the evidence, arbitrators cannot decide based on their own experience or opinion, so too much specific expertise can be an impediment, and may even result in an invalid award.

Step Five - Retain Experienced Arbitration Counsel

Many experienced commercial litigation counsel run arbitrations just as they would conduct major litigation. In doing so, they not only miss tactical opportunities but also squander the potential benefits of the arbitral process.

Counsel too often unnecessarily agree to broad discovery of documents and witnesses, when absent such an agreement an experienced tribunal would restrict the scope of discovery to control cost and expedite the process. International arbitrators

are likely to be receptive to having evidence presented in writing, and to limiting oral evidence to necessary cross-examination. Such cross-examination as there is may have to be very focused, and tailored to take into account short time limits, the absence of oral discovery and, sometimes, a particular tribunal's abhorrence of unduly aggressive adversarial tactics. If counsel is known to the tribunal and able to converse in "arbitration-speak" as opposed to "litigation-speak", that may add credibility to a party's case.

Gerry Ghikas, Q.C. heads the national Arbitration and Trade Law Group of Borden Ladner Gervais LLP and leads BLG's litigation department in Vancouver. He practices as arbitrator and counsel. Gerry is a Chartered Arbitrator and a Fellow of both the Chartered Institute of Arbitrators and the American College of Trial Lawyers. He is on the Executive of the Canadian Arbitration Committee of the ICC, and serves as a Canadian Delegate to UNCITRAL Working Group II (Arbitration). He is a past recipient of the Lionel J. McGowan Award.

La résolution des différends dans les contrats internationaux - Les cinq étapes clés pour l'avocat-conseil d'une corporation

—Gerald Ghikas, Q.C., C.Arb, Président du groupe d'arbitrage chez Borden Ladner Gervais

Lorsque, dans les accords internationaux, l'on traite à la dernière minute des dispositions de résolution des différends, on a la fausse impression de faire des économies. En fait si la négociation et l'établissement des droits et obligations ne peuvent être efficacement mis en application, il y a un gaspillage du temps et de l'énergie qui y ont été consacrés. Il y a cinq étapes de base pour identifier et mettre en application dans les accords internationaux un processus approprié de résolution des différends.

Première étape - Identifiez vos priorités

La première étape consiste principalement à identifier et prioriser les caractéristiques du processus de résolution des différends que l'on désire voir appliqué. Afin d'identifier les conflits éventuels ainsi que leurs implications opérationnelles, financières et économiques, il est important d'avoir une discussion détaillée avec les avocats et les gestionnaires ou le personnel.

La liste des caractéristiques du processus de résolution des différends que l'on aimerait voir dans une relation d'affaires internationales peut inclure certains des éléments suivants (dans certains cas, ils peuvent être mutuellement exclusifs):

- Encourager une solution négociée, en évitant, si possible, les procédures contradictoires.
- Décourager les réclamations frivoles;
- En attente d'une résolution finale, inciter à une réparation provisoire et exécutoire afin de minimiser la baisse des affaires
- La capacité d'atteindre un résultat final sans retards inutiles
- La capacité d'obtenir une sentence ou un jugement facilement exécutoire dans un lieu particulier (tel que le pays dans lequel l'autre partie possède ses actifs)
- Un processus ne gaspillant pas les ressources de la compagnie
- Une limitation du risque d'ingérence politique dans le processus (particulièrement lorsque l'autre partie est une entité étatique étrangère)
- Un forum neutre de résolution des conflits afin d'éviter de plaider dans une cour domiciliée dans le pays de la partie adverse
- Un processus de résolution des conflits conforme à la loi
- Un processus de résolution des conflits conforme à des principes précis d'affaires ou à des principes généraux d'équité
- Des procédures assurant la résolution du différend sur le mérite après présentation de toute preuve et arguments juridiques
- Des procédures qui permettent une justice rigoureuse, mais plus rapide, a un coût inférieur
- Le droit de faire appel sur des erreurs de faits
- Le droit de faire appel sur des erreurs de droit
- Aucun droit de faire appel
- Un processus qui est partiellement ou totalement confidentiel
- Un processus qui empêche la divulgation d'informations personnelles à la partie adverse ou à une tierce partie
- Un décideur qui a une expérience scientifique, de résolution de conflits ou d'affaires
- Un décideur qui est neutre et indépendant
- Un processus dans lequel le coût sera proportionnel à l'importance du conflit
- Un processus qui permet la participation d'une tierce-partie

Deuxième étape – Identifiez le processus qui est le plus conforme à vos principales priorités

Il n'y a aucun processus unique de résolution des différends qui inclut toutes ces caractéristiques. Il est donc préférable d'identifier le processus le plus susceptible de répondre aux caractéristiques désirées et de le raffiner pour en obtenir d'autres avantages. Les principaux outils sont habituellement la négociation, la médiation, l'arbitrage et le litige, ou une combinaison de ceux-ci.

Négociation et médiation

Il est généralement préférable de régler les différends par voie d'accord, si un accord acceptable peut être conclu dans un délai raisonnable. Ceci est particulièrement vrai lorsqu'il y a de l'optimisme quant à l'avenir des relations d'affaires. De nombreux gens d'affaires sont confiants dans la capacité de résoudre à l'amiable tout différend futur, lorsqu'ils ont encore confiance dans leur relation d'affaires future. Les avocats-conseils doivent se poser la question de savoir si la négociation ou la médiation devrait être obligatoire.

La négociation et la médiation n'aboutis-

sent pas toujours à un règlement du litige. Il existe une école de pensée selon laquelle les parties à un différend commercial n'aplaniront leurs différends que si il est dans leur intérêt de le faire, et qu'en acceptant à l'avance une négociation ou une médiation, ont crée peu d'incitation, et beaucoup de risques. La négociation et la médiation obligatoires peuvent être un exercice long et inutile si une partie ne peut ou ne veut pas régler le dossier.

Un chose est certaine: les «accords de se mettre d'accord» ne devraient jamais être les seuls moyens utilisés pour résoudre le différend. Ils devraient être un préalable ou une alternative à l'arbitrage ou au litige.

Si le choix se porte sur un processus de résolution des différends «par étape», les avocats-conseils d'entreprise doivent éviter plusieurs écueils fréquents:

- Evitez de faire de la médiation ou de l'arbitrage une condition préalable au droit à l'arbitrage ou à la procédure judiciaire;
- Si l'arbitrage ou la médiation doivent être une condition préalable, assurez-vous qu'il n'y a aucune place pour le désaccord quant à savoir si la condition a été satisfaite. N'exigez pas de négociation de «bonne foi» ou ne permettez pas au processus de continuer jusqu'à ce qu'il soit évident qu'«aucun accord ne peut être atteint». De telles expressions mènent à des différends préliminaires sur les questions de savoir si les opinions sont émises de «bonne foi» ou s'il est possible de parvenir à un accord lorsque les deux parties agissent de bonne foi. Exigez plutôt un avis écrit pour lancer le processus de négociation ou de médiation, et stipulez que la condition préalable pour passer à la phase suivante est qu'aucun accord n'est conclu *pour quelque raison que ce soit* dans une période déterminée;
- Prévoyez la possibilité d'obtenir des mesures provisoires dans l'attente des résultats de la négociation ou de la médiation. Pensez, par exemple, à permettre à un arbitrage de débuter, puis à être mis en suspens en attendant l'échéance du délai requis pour parvenir à un règlement négocié;
- Précisez si les documents divulgués et les positions prises pendant la négociation ou la médiation sont admissibles ou non lors de l'étape suivante d'arbitrage ou de litige;
- Prévoyez les questions logistiques. Où prendront place les négociations/médiation? Qui doit être présent? Les parties auront-elles des avocats-conseils? Quelles seront les compétences du médiateur? Qu'adviendra-t-il s'il n'y a aucun accord pour la nomination du médiateur? Quels sont les délais? Quelles règles procédurales appliquer?

L'arbitrage commercial international dans le contentieux étranger

Dans le processus de résolution des différends des accords internationaux, l'arbitrage est presque toujours la dernière étape préférable aux litiges. En effet, les parties concernées par de tels accords préfèrent largement avoir, en priorité, la possibilité de régler leur différend selon la loi, sur la base de faits prouvés, conformément à des règles neutres de procédure, par un décideur neutre qui prononcerait un sentence exécutoire et que les tribunaux internes interviennent au minimum dans ce processus. L'arbitrage commercial international répond généralement à ces attentes.

Les conventions d'arbitrage peuvent aussi être améliorées pour pouvoir en tirer certains avantages particuliers. Par exemple, si la rapidité est un facteur important, il est possible de demander un arbitre unique plutôt que trois, que toutes les preuves soient transmises par écrit, que la phase d'enquête préalable soit supprimée, d'accepter qu'une sentence ne soit pas longuement motivée par écrit. Les parties peuvent notamment conférer à l'arbitre le pouvoir de décider *«ex aequo et bono»* s'ils veulent que leur différend soit réglé en fonction de considérations d'équité plutôt que de principes juridiques. L'arbitrage a l'avantage de permettre aux parties d'adapter de multiples manières le processus afin de répondre à leurs attentes et d'atteindre leurs objectifs. Vous devez travailler pour obtenir les bénéfices de l'arbitrage, car ils ne découlent pas de la simple décision d'y avoir recours.

Troisième étape - Rédigez un projet de convention d'arbitrage

La convention d'arbitrage devrait au moins traiter des questions suivantes:

- **L'étendue des différends éventuels** à arbitrer (généralement il est préférable d'en faire une large description pour éviter d'avoir à arbitrer certains différends et à en soumettre d'autres aux tribunaux)
- Le fait que l'arbitrage est **obligatoire** et **non facultatif** («doit» pas «peut»)
- Le nombre d'arbitres (généralement un ou trois: un arbitre permet une procédure plus rapide et moins chère; trois arbitres permettent un processus plus souple et qui réduit le risque d'une «mauvaise» décision)

The Gold Standard for Canadian Disputes

«La norme idéale pour les disputes Canadiennes»

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

Setting the Standard

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

To receive copies of the rules for distribution to students or others call Mena at:

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

Fixation de la norme

Nos règles d'Arbitrage Nationales et Règles Nationales de Médiation sont reconnu comme étant la norme idéale en matière de règlement des conflits à l'échelle national.

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

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

- Les **règles de procédures** relatives à l'arbitrage (le plus souvent en adoptant les règles d'une institution d'arbitrage reconnue, bien qu'elles puissent aussi être présentées en détail dans l'accord); si l'arbitrage n'est pas administré par une telle institution il en découle des considérations particulières.
- Une ville qui sera **le siège «neutre» de l'arbitrage** (la loi arbitrale de cet endroit s'appliquera et les tribunaux de cet endroit peuvent devenir impliqués)
- La **langue de l'arbitrage** (en raison des frais de traduction qui peuvent être gênants)

L'idéal serait que le lieu de l'arbitrage et le lieu où toute sentence doit être exécutée soient tous les deux des pays qui adhèrent à la Convention de New York ou à un autre traité qui permette la mise en vigueur sommaire de sentences arbitrales étrangères.

C'est à ce stade qu'il est possible de rédiger de nombreuses améliorations, afin de tenir compte d'autres priorités et d'en retirer d'autres avantages.

Quatrième étape - Nommez un arbitre approprié

Quand il s'agit de la nomination d'un arbitre unique ou du président d'un tribunal, l'expérience et la réputation de l'arbitre sont plus importantes que sa connaissance de techniques spécialisées ou son expertise dans un domaine visé: de nombreuses histoires d'arbitrages ont mal tourné à cause de l'inexpérience de l'arbitre. D'autre part, comme les arbitres les plus compétents sont très occupés, il est essentiel, avant de nommer un arbitre, de déterminer qu'il sera disponible pour répondre aux besoins et attentes des parties. La connaissance de la législation est un atout car les arbitrages commerciaux internationaux doivent généralement être menés conformément à la loi. Ces arbitrages doivent être fondés sur des éléments de preuve introduits selon une procédure de «common law», une procédure de droit civil ou le plus souvent, un mélange des deux. La connaissance des règles de preuve et de procédure est indispensable. Les arbitres ne peuvent pas faire une décision fondée sur leur propre expérience ou opinion puisque celle-ci doit être motivée sur des preuves: ainsi trop d'expertise spécialisée peut être un obstacle et même aboutir à une sentence invalide.

Cinquième étape – Ayez recours à un avocat expérimenté en arbitrage

De nombreux avocats experts de litiges commerciaux mènent un arbitrage de la même manière que s'ils étaient dans une procédure de litige. Ce faisant, non seulement ils passent à côté d'opportunités tactiques, mais aussi ils perdent les bénéfices potentiels de la procédure d'arbitrage.

Souvent, les avocats acceptent une trop large production de preuves et de témoins. En l'absence d'une entente sur ce sujet, un tribunal expérimenté peut limiter l'étendue de la production de la preuve afin de limiter les coûts et d'accélérer le processus. Les arbitres internationaux sont réceptifs à l'idée que la preuve soit présentée par écrit et à limiter la preuve orale aux contre-interrogatoires nécessaires. Ceux-ci doivent être très structurés et adaptés afin de tenir compte des brefs délais, de l'absence d'interrogatoires préalables et parfois, d'une certaine répugnance du tribunal à l'égard de tactiques très agressives. La crédibilité de la cause d'une partie peut être accrue si le tribunal connaît l'avocat et que ce dernier est capable de discuter «en termes d'arbitrage» plutôt qu' «en termes de litige».

Gerry Ghikas, Q.C. dirige le groupe national d'arbitrage et de droit du commerce international de Borden Ladner Gervais LLP et le service des litiges de BLG à Vancouver. Il exerce à titre d'arbitre et d'avocat. Chartered Institute of Arbitrators et du American College of Trial Lawyers. Il fait partie du bureau de direction du Comité d'arbitrage de la CCI et est délégué du Canada auprès du groupe de travail II (Arbitrage) de la CNUDCI. Il a été récipiendaire du prix Lionel J. McGowan.

Benefits of Membership with the Institute /

Avantages aux membres de l'Institut

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

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

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

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

Janet Walker

Getting the Best Seats
(in International Arbitrations)

— Professor Janet Walker, Osgoode Hall Law School

Conversations beginning with "I have tickets to tonight's game" often move on to a discussion of where the seats are located. The tickets will get you into the game but the location of your seats can make a big difference to your enjoyment of the event. So it is with international arbitration—and so much so that it is surprising how little forethought is given to choosing the seat of the arbitration. And this is even more surprising in view of the benefits you can gain without paying more, or lining up, but simply by considering the options. This article offers some thoughts on key factors to consider in choosing a seat and how a wise choice can improve the experience of the arbitral process and even, possibly, the outcome.

1. Authorized Ticket Agents? (The New York Convention)

First things first: would you buy tickets from the gentleman on the street in the dark glasses and rumpled raincoat with no surname? If not, then you should probably take similar care to ensure that you choose a place of arbitration in a country that is a party to the New York Convention.[1] Arbitrations can be conducted just about anywhere, but the best way to obtain a binding and effective result is to choose a seat in one of the 140 or more member states of the New York Convention.

Where the award has been rendered in a state that is a party to the New York Convention,[2] it may be set aside upon application to a court where the award was rendered, but only on a narrow series of grounds listed in the Convention.[3] Awards that have been challenged successfully in the courts of the seat are likely to be refused recognition elsewhere. However, awards from New York Convention countries that are not set aside are enforceable in other New York Convention countries subject only to a narrow range of exceptions also set out in the Convention.

The New York Convention does not necessarily require member states to restrict the recognition and enforcement of foreign arbitral awards to awards made in other New York Convention states, but the first of two reservations permitted by the Convention—the reciprocity reservation—has this effect, and more than half the member states have invoked it. [4]

Choosing a seat in a New York Convention state not only provides certainty regarding the enforceability of the award in 140 countries, it also helps to ensure that the agreement to arbitrate will be respected and that your client will not be hailed into the national courts. Having bought your ticket to the main event, the last thing you want is to find yourself shunted off to a side event. In arbitrations, this may be particularly important if one of the key reasons to arbitrate was to avoid the local tribunals.

2. Orchestra or Upper Balcony? (Institutional vs *ad hoc* Arbitration and the *lex arbitri*)

A second broad range of considerations operates on a more subtle level. Like the choice of Orchestra, or Upper Balcony, the choice between institutional and ad hoc arbitration can affect the arbitral procedure and the ways in which the procedure is established. If an enforceable result is a key objective, then confidence in the procedure that will be followed to reach that result is certainly another.

One way of gaining confidence in the procedure that will be adopted by the tribunal is to nominate a major arbitral institution to administer the arbitration such as the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC),[5] or the London Court of International Arbitration (LCIA),[6] or the International Center for Dispute Resolution (ICDR).[7] The rules of these and other major arbitral institutions regulate a range of logistical matters such as the appointment of arbitrators and challenges that may be made to their authority, the expenses of the tribunal, and the rendering of the award. Choosing a major institution to administer the process fills the void created by restricting the parties' access to the national courts.

Nominating an institution with a procedural framework developed for international commercial arbitration that is experienced in administering international arbitrations can prevent costly and protracted court applications and it can keep the process moving forward. For example, when a recalcitrant party in an institutional arbitration fails to cooperate in appointing the arbitrator or the panel, the rules of the arbitral institution may provide for an appointment of an arbitrator by the institution itself. Similar provisions exist for dealing with a challenges and filling a vacancy should this occur; and provisions for interim measures, multi-party arbitrations, and conciliation, and other more complex features of the process are all being incorporated into the rules of the major arbitral institutions. In addition, by obviating the need to apply to national courts to deal with such matters, the administration of arbitrations by major institutions can help to maintain the confidentiality of the matter,

which may also have been an important reason to choose arbitration.

The range of places in which arbitrations may conveniently be administered by major institutions is increasing dramatically. The ICC, LCIA and ICDR are all in the process of establishing or contemplating the establishment of additional offices in major centres to provide even better support to arbitrations with seats in a broader range of business centres around the world. These changes mirror the rapid growth in local and regional arbitral institutions in major business centres. As a result, not only is it becoming routine to choose seats other than in Paris, London or New York, where the central offices of the major institutions are located, but also, in locating the arbitration in a major business centre, it is often possible to choose between the major institutions and other regional or local arbitral institutions.

Where the parties decide that they prefer not to engage the services of an arbitral institution to administer the process and, instead, to have an *ad hoc* arbitration, they will be all the more concerned to choose the seat of the arbitration with care. This is because any gaps in the parties' agreement in terms of the procedure for the conduct of their arbitration will be filled by reference to the arbitral law of the seat of the arbitration, or the "*lex arbitri*". This is, in fact, the main legal significance of the choice of the seat.

The tribunal may need to consult the *lex arbitri* in any arbitration when a question of procedure arises that cannot be answered by reference to the parties' agreement.[8] However, such questions are far more likely to arise where the parties have chosen *ad hoc* arbitration. In *ad hoc* arbitrations many important details of procedure may be left to be determined by the parties and the tribunal in the course of the arbitration.

It is often the case that parties who have not nominated an arbitral institution to administer their dispute will still have chosen a set of rules. Without some common reference point on the procedure, a great many features of the procedure that one tends to take for granted might have to be worked out in the course of resolving the dispute. This could be awkward for parties who will have begun to consider the way in which the procedural rules might affect their presentation of the claim or defence. In *ad hoc* arbitrations parties often choose the *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules*.[9]

But even where the parties have not chosen a set of rules, by choosing a seat in a country that has adopted the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (the "Model Law"), [10] they will have a *lex arbitri* that very much resembles the UNCITRAL Arbitration Rules. So far, Model Law jurisdictions number only about half of the countries that have joined the New York Convention, but this still provides a broad range of locations from which to choose a seat for an *ad hoc* arbitration that will have a *lex arbitri* with a modern *lex arbitri*. Recent proposals from the UNCITRAL Working Group[11] for amendments to the Model Law, and a rapidly growing jurisprudence interpreting the Model Law reported online in digest form on the UNCITRAL website, all help to keep the *lex arbitri* in Model Law jurisdictions at the forefront of international developments. Of course, parties have considerable freedom to customize the process on consent, either in advance, or during the course of the arbitration but, in the countries where it applies, the Model Law ensures that the overall framework will contribute to a fair and efficient arbitration, even where the parties do very little to provide for the arbitral process in their arbitration agreement.

3. Centre Stage or Extreme Left? (The All-important Details)

Even within a particular price range or block of seats, ticket agents will usually confirm the precise location of your seats to ensure that your preferences are accommodated. You may be happier in the fourth row of the balcony at the extreme left but not in the twenty-fourth row at centre stage, or vice-versa. Depending on the circumstances, your preferences for your arbitration even at this level of detail could still be quite strong. This is particularly true now that the range of potentially suitable seats is expanding to meet the needs of a burgeoning market of "users" of arbitration.

For example, the parties or their representatives may be more comfortable operating within the general framework of a particular legal culture of one region or another—such as where all the parties and their counsel are from civil law jurisdictions and may not feel comfortable with procedures that operate against a backdrop of the common law. Many of the nuts-and-bolts details of matters such as pre-trial disclosure and the examination of witnesses will not have been specified by the rules of a major institution, or by the Model Law, which will tend to require only that each side be given a reasonable opportunity to present its case. These details may have to be determined in the course of the arbitration in accordance with the *lex arbitri*, and so the parties may want to consider whether they will be comfortable with the results.

However, it must be acknowledged that as the traditions of international arbitration grow and develop, even these distinctions are becoming more muted. For example, the International Bar Association's "Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration"[12] are rapidly coming to be accepted as a reasonable compromise between common law and civil law traditions on a range of key procedural questions relating to the presentation of the case before the Tribunal. Where the IBA Rules on Taking Evidence have not specifically been chosen by the parties in advance of the arbitration, tribunals will often seek the parties' endorsement in an early procedural hearing as a way of gaining general consensus on the approach to the aspects of the procedure that it addresses. Still, by their own terms, the IBA Rules on Taking Evidence "are not intended to limit the flexibility that is inherent in, and an advantage of, international arbitration" and the choice of a seat may indicate the parties' general preference for a particular approach to procedure.

Despite the trend towards harmonization,

there may be features of the law of the seat of the arbitration that cannot be avoided by the choice of the parties. National laws sometimes contain mandatory rules and rules of public policy from which no derogation is permitted, even in international commercial arbitration. It is important, where possible, not to choose a seat for the arbitration that has mandatory rules that will frustrate the *bona fide* intentions of the parties, either with respect to their underlying agreement or with respect to the resolution of disputes arising from that agreement.

4. Standing Room Only/ Partially Obstructed Seats? (Key Logistical Factors)

Any discussion of the considerations affecting the choice of the place of arbitration would be incomplete without addressing the logistical issues that, although mundane from the perspective of the theory of arbitration, can be critical to ensuring efficiency and containing costs. You may be able to live with the crick in your neck that you get from sitting in the very front row, or you may have the stamina to stand through a four-hour opera, if these are the only 'seats' available. But it may curtail your enjoyment of the experience. As for the logistical implications of the choice of the place of arbitration, it is unwise to overlook them when planning for dispute resolution, as the effectiveness of the advocacy may be affected by the general comfort of those engaged in the process. It is true that you may become so absorbed in the action on stage as to forget that you are peering around a column to see it, or that you had to climb past ten other patrons to reach your seats, these kinds of things can have a considerable bearing on your comfort level, and, in arbitrations, such details can sometimes have a subtle impact on the results.

In international commercial arbitration you will want to be mindful of the likely location of the parties and the witnesses in the event of a dispute, and of the cost of transporting them to the hearing. Similar considerations apply to the counsel and the persons who might be chosen as arbitrators. Will they find the seat accessible and comfortable to work in? While it is commonplace to hold hearings in places other than the seat where this is more convenient, this can usually be done only on consent. And so it is important not to create an incentive to intransigence. Where the hearings must be held in the seat, choosing a city with an international airport can make a huge difference to the cost of convening a hearing involving three arbitrators, two or more counsel, the parties and the witnesses. At the other end of the spectrum, a poorly chosen seat can pre-empt the parties' choices of counsel or arbitrators due to visa restrictions or local regulations prohibiting certain classes of persons from serving as counsel or arbitrators.

It may also be worth adverting to the general cost of accommodations and other associated expenses as the varying from one country to another and from one city to another within a country can contribute significantly to mounting costs, without enhancing the fairness of the process or the quality of the results. Some cities are notoriously expensive for accommodations and hearing space. In others, the climate or local travel logistics may reduce the length of the hearing day. Still others may not facilitate reliable communications with home offices elsewhere in the world. And it is worth saying that a generally congenial environment can have a subtle effect on the amenability of the parties and counsel to cooperate in the process of resolving the dispute. As with most things in international commercial arbitration, the most important considerations can often be those of practical significance under the circumstances.

5. Choosing the Seat that's Right for You

All in all, the prospects for choosing a seat that meets your client's needs in international commercial arbitration have improved dramatically in recent years. The range of options for places in which you can obtain a binding result following a fair procedure is increasing significantly. These days, the reasons for investigating the choice of seat relate more to maximizing the benefits small and large, legal and logistical, of the options available. Still, the considerations mentioned in this paper are worth investigating, if only to be confident of having avoided any unexpected pitfalls and to be assured of a congenial context in which to resolve any disputes that might arise.

Professor Janet Walker teaches Conflict of Laws and International Arbitration at Osgoode Hall Law School and she is a member of the Canadian Panel of Arbitrators of the International Chamber of Commerce, the Arbitration Roundtable of Toronto and Arbitralwomen. A version of this paper was presented at the CBA International Section Conference "Few Barriers or New Barriers" in Ottawa in 2002. For other papers see
http://research.osgoode.yorku.ca/walker.

1 The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10, 1958 ("The New York Convention"). The full text of the New York Convention may be found on the UNCITRAL website at http://www.uncitral.org/en-index.htm, under "Adopted Texts."
2 Or that has adopted the UNCITRAL Model Law, see below at note 10.
3 Article V, New York Convention; Article 34, UNCITRAL Model Law.
4 Although some have since withdrawn it. A complete and current listing of the status of the Convention, including the dates for signature, ratification and entry into force for member states and the reservations and other factors affecting states' membership may be found on the UNCITRAL website http://www.uncitral.org/en-index.htm, under "Status of Texts".
5 The ICC Arbitration Rules can be found at www.iccwbo.org
6 The LCIA Arbitration Rules can be found at www.lcia.org
7 The ICDR Rules can be found at www.adr.org/icdr
8 And, indeed, mandatory provisions of the lex arbitri may override the parties' consensual arrangements for the way in which the arbitration will be conducted, especially where this relates to the extent of court involvement in the arbitral process.
9 United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules (UNGA Res 31/98, adopted December 15, 1976). The full text of the UNCITRAL Arbitration Rules may be found on the UNCITRAL website at http://www.uncitral.org/en-index.htm, under "Adopted Texts." The Working Group on International Commercial Arbitration is currently reviewing and updating the Rules.
10 The full text of the UNCITRAL Model Law may be found on the UNCITRAL website at http://www.uncitral.org/en-index.htm, under "Adopted Texts" together with the 2006 amendments and a list of the jurisdictions that have adopted it. The Model Law has been adopted in every Canadian jurisdiction.
11 The reports of the UNCITRAL Working Group on International Commercial Arbitration can be found at http://www.uncitral.org/en-index.htm
12 The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration can be downloaded as a "Book" by the Arbitration and ADR Committee (Committee D of the Section on Business Law) in the "Reading Room" of the International Bar Association's website at www.ibanet.org/general/FindDocuments.asp

Arbitrages internationaux: choisir les meilleurs sièges

— Professeur Janet Walker, Osgoode Hall Law School

Les conversations qui débutent par: «j'ai des billets pour le match de ce soir» évoluent souvent vers la question de savoir où se situent les sièges. Les billets vous permettent de rentrer, mais si vous êtes assis à un bon endroit, vous profiterez mieux du spectacle. C'est la même chose avec l'arbitrage international. Il est donc surprenant de constater que le choix du siège de l'arbitrage est rarement planifié. Et c'est d'autant plus surprenant si l'on considère les avantages que vous pouvez en tirer, sans coûts additionnels, simplement en examinant les options. Dans cet article, nous examinerons les facteurs clés à considérer dans le choix du siège de l'arbitrage et dans quelle mesure un choix judicieux peut améliorer l'expérience du processus arbitral de même que les résultats.

1. Agents Autorisés? (La Convention de New York)

Pour commencer, posez-vous la question suivante: achèteriez-vous des billets dans la rue à quelqu'un d'anonyme portant des lunettes noires et un imperméable froissé? Si ce n'est pas le cas, alors vous devriez prendre le même soin à vous assurer que le siège de l'arbitrage sera dans un pays partie à la Convention de New York.[1] Les arbitrages peuvent être menées à peu près partout, mais la meilleure façon d'obtenir un résultat efficace et contraignant, c'est de choisir un siège dans l'un des 140 pays parties (ou plus) de la Convention de New York.

Lorsque la sentence a été rendue dans un État qui est partie à la Convention de New York[2], elle ne peut être annulée à la demande d'un tribunal du pays où la sentence a été rendue que dans des cas limités dont les critères sont énumérés dans la Convention.[3] Les sentences contestées avec succès devant les tribunaux du siège de l'arbitrage peuvent se voir refuser ailleurs une reconnaissance. Toutefois, les sentences émanant de pays partie à la Convention de New York sont exécutoires dans les autres pays parties à cette même Convention sous réserve d'un nombre limité d'exceptions énoncées dans la Convention.

La Convention de New York ne requiert pas nécessairement des Etats membres qu'ils limitent la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères aux sentences prononcées dans d'autres Etats partie à cette même Convention, mais la première des deux réserves autorisées par la Convention a cet effet (la réserve de réciprocité), et plus de la moitié des États membres l'ont invoquée.[4]

Le choix du siège de l'arbitrage dans un des pays partie de la Convention de New York permet non seulement d'avoir la certitude que la sentence aura force exécutoire dans les 140 pays parties, mais contribue également à ce que la convention d'arbitrage soit respectée et à ce que votre client ne soit pas assigné devant une juridiction nationale. Lorsque vous achetez votre billet pour un événement, la dernière chose que vous voulez est de vous voir aiguillé vers un spectacle parallèle. Dans les arbitrages, ceci peut être particulièrement important si l'une des principales raisons pour laquelle vous avez eu recours à l'arbitrage est d'éviter les tribunaux locaux.

2. Orchestre ou Balcon? Arbitrage institutionnel vs arbitrage ad hoc et la *lex arbitri*)

À un niveau plus subtil il y a d'autres raisons de prêter attention au choix du siège. Comme pour le choix de l'orchestre ou du balcon à un spectacle, le choix entre l'arbitrage institutionnel et l'arbitrage ad hoc peut influer sur la procédure arbitrale et la manière dont cette dernière est établie. Si l'obtention d'une sentence exécutoire est un objectif principal, alors la confiance en la procédure suivie pour atteindre ce résultat est certainement importante.

On peut donner confiance à la procédure qui sera adoptée par le tribunal en désignant une importante institution arbitrale pour administrer l'arbitrage, telle que la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI)[5], ou la *London Court of International Arbitration* (LCIA)[6], ou *l'International Center for Dispute Resolution* (ICDR)[7]. Ces grandes institutions arbitrales réglementent toute une série de questions d'organisation comme la nomination et la récusation des arbitres, les frais du tribunal, et le prononcé de la sentence. Le choix d'une importante organisation pour administrer le processus permet de combler le vide créé par les parties qui ont choisi de restreindre l'accès aux juridictions nationales.

Nommer une organisation qui a développé un cadre procédural pour l'arbitrage commercial international et qui a l'expérience de l'administration des arbitrages internationaux permet d'éviter de longues et coûteuses requêtes judiciaires et ainsi permet d'avancer dans le déroulement de la procédure. Lorsque par exemple dans un arbitrage institutionnel l'une des parties est récalcitrante et ne coopère pas par à la nomination du ou des l'arbitre (s), les règles de l'organisation d'arbitrage peuvent prévoir une nomination d'un arbitre par l'institution elle-même. Des dispositions similaires existent pour faire face aux demandes de récusation et à l'éventualité d'une vacance; en outre les règles des grandes organisations arbitrales incluent la question des mesures conservatoires, de l'arbitrage multipartite, de la conciliation, ainsi que d'autres procédures plus complexes. De plus, en éliminant ainsi la nécessité d'avoir recours à des juridictions nationales, l'administration des arbitrages par les grandes institutions permet de maintenir la confidentialité de l'affaire, ce qui peut aussi avoir été une importante raison de choisir l'arbitrage.

Le nombre d'endroits où un arbitrage peut être administré par de grandes institutions est en constante augmentation. La CCI, la LCIA et l'ICDR sont en train de créer de nouveaux bureaux dans les grands centres afin de fournir un meilleur soutien aux arbitrages, et développent des locaux à travers le monde dans un grand nombre de centres d'affaires. Ces changements reflètent la croissance rapide des institutions arbitrales locales et régionales dans les principaux centres d'affaires. Par consé-

quent, il est non seulement de plus en plus courant de choisir des endroits autres que Paris, Londres ou New York, où les bureaux principaux des grandes institutions sont installés, mais aussi, en localisant l'arbitrage dans un important centre d'affaires, il est souvent possible de choisir entre les grandes institutions et d'autres institutions arbitrales régionales ou locales.

Les parties qui choisissent de ne pas faire appel aux services d'une institution d'arbitrage pour gérer le processus et, à la place, d'avoir un arbitrage *ad hoc*, devront prendre un soin particulier dans le choix du siège de l'arbitrage. En effet, toute lacune procédurale dans l'accord des parties[8] pour la conduite de leur arbitrage sera comblée en référence au droit arbitral du siège de l'arbitrage, ou de la «*lex arbitri*». Il s'agit, en fait, de la principale implication juridique résultant du choix du siège de l'arbitrage.

Le tribunal devra consulter la *lex arbitri* pour tout arbitrage où une question de procédure se pose et qui ne peut trouver réponse en se référant à l'accord entre les parties. Et ces questions se posent plus souvent lorsque les parties ont choisi un arbitrage *ad hoc*. Dans l'arbitrage *ad hoc*, de nombreux et importants détails procéduraux peuvent être déterminés par les parties et le tribunal dans le cadre de l'arbitrage.

Il arrive souvent que les parties choisissent un ensemble de règles, même si elles n'ont pas désigné une institution d'arbitrage pour administrer leur différend. Sans un certain nombre de références procédurales communes, certains éléments de la procédure que l'on a tendance à prendre pour acquis devront être mis au point dans le courant du règlement du différend. Cela peut être gênant pour les parties qui auront commencé à examiner la manière dont les règles de procédure pourraient affecter leur demande ou leur défense. Dans l'arbitrage ad hoc, les parties choisissent souvent le règlement d'arbitrage de *la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)*[9].

Mais, la *lex arbitri* ressemblera beaucoup au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI si les parties choisissent le siège de l'arbitrage dans un pays ayant adopté la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international «Loi type»[10], même lorsqu'elles n'ont pas choisi un ensemble de règles. Jusqu'à présent, les juridictions auxquelles s'appliquent la Loi type ne comptent environ que la moitié des pays qui ont adhéré à la Convention de New York. Ainsi le siège d'un arbitrage ad hoc auquel s'appliquera une *lex arbitri* moderne peut être choisi dans un bon nombre d'endroits. Les récentes propositions du Groupe de travail de la CNUDCI[11] pour les amendements à la Loi type et la croissance rapide de la jurisprudence interprétant la Loi type présentées en ligne sur le site Internet de la CNUDCI, contribuent à maintenir la *lex arbitri* des juridictions où la loi type s'appliquent, à l'avant-garde des développements internationaux. Avant ou pendant l'arbitrage, les parties disposent bien entendu d'une grande liberté pour personnaliser le processus de consentement, mais dans les pays où elle s'applique, la loi type permet de s'assurer que le cadre global contribuera à un arbitrage équitable et efficace, même lorsque les parties ne font pas grand chose pour définir la procédure d'arbitrage dans leur convention d'arbitrage.

3. Au centre de la scène ou à l'extrême gauche? (Ensemble d'importants détails)

Afin de vous satisfaire, les agents de la billetterie confirmeront généralement l'emplacement précis de vos places dans la fourchette de prix ou le bloc de sièges choisi. Vous serez peut-être plus heureux dans la quatrième rangée du balcon à l'extrême gauche, mais pas dans le vingt-quatrième rang au centre de la scène, ou vice-versa. Selon le cas, vos préférences en ce qui concerne votre arbitrage peuvent être assez marquées, même dans le détail. Cela est particulièrement vrai maintenant que, pour répondre aux besoins des «utilisateurs» de l'arbitrage, s'élargit le choix des sièges possibles d'un arbitrage dans un marché en plein essor

Les parties, ou leurs représentants, peuvent préférer fonctionner dans le cadre général d'une culture juridique de telle ou telle région lorsque, par exemple, toutes les parties et leurs avocats sont de juridictions de droit civil et ne se sentent pas à l'aise dans un contexte de common law. De nombreux détails clés tels que la présentation de la preuve avant le procès et l'interrogatoire des témoins ne sont pas précisés dans les règles des grandes organisations ou dans la loi type, qui exigent seulement que chaque partie puisse présenter ses arguments. Ces détails devront peut-être être précisés durant l'arbitrage, conformément à la *lex arbitri* et les parties vont peut-être vouloir vérifier si l'interprétation leur convient.

Toutefois, il faut reconnaître qu'avec le développement des traditions d'arbitrage international ces distinctions sont de moins en moins fréquentes. Ainsi les règles de présentation de la preuve dans l'arbitrage international de *l'International Bar Association*[12] sont considérées de plus en plus comme un compromis raisonnable entre les traditions de common law et de droit civil en ce qui concerne une série de questions procédurales clés relatives à la présentation de la cause devant le Tribunal. Lorsque les règles de l'IBA concernant la preuve n'ont pas été expressément choisies par les parties avant l'arbitrage, les tribunaux vont souvent chercher le consentement des parties au début de l'audience de procédure dans un avenant, afin d'obtenir un consensus général sur l'approche aux questions de procédure dont il traite. Pourtant les termes mêmes des règles de l'IBA sur la présentation de la preuve «ne cherchent pas à limiter la flexibilité qui est inhérente à l'arbitrage international, et l'un de ses avantages» et le choix du siège de l'arbitrage peut indiquer la préférence générale des parties pour une approche procédurale particulière.

Malgré une tendance à l'harmonisation, il peut y avoir des éléments de la loi du siège de l'arbitrage qui ne peuvent être mis de côté par choix des parties. Les législations nationales contiennent parfois des règles obligatoires et des règles de politique publiques auxquelles les parties ne peuvent déroger, même dans un arbitrage commercial international. Lorsque cela est possi-

ble, Il est important, de ne pas choisir le siège de l'arbitrage qui a des règles obligatoires allant à l'encontre des intentions *bona fide* des parties, que ce soit leur entente tacite ou la manière de résoudre les différends à cet accord.

4. Siège debout/sièges avec visibilité réduite? (Questions clé de logistique)

Toute discussion sur le choix du siège de l'arbitrage serait incomplète si l'on ne traitait pas des problèmes logistiques qui, même s'ils peuvent paraître insignifiants du point de vue de la théorie de l'arbitrage, peuvent être très importants pour en assurer l'efficacité et en contrôler les coûts. Lorsque vous êtes assis au premier rang, vous pouvez peut-être ne pas être dérangé par la barre qui est juste derrière votre tête si c'est le seul endroit disponible de même que vous avez peut-être la résistance pour rester debout lors d'un opéra de quatre heures. Mais votre plaisir peut en être diminué. Ainsi, en ce qui concerne les conséquences logistiques découlant du choix du lieu de l'arbitrage, il serait imprudent de les négliger au moment de la planification du règlement des différends, car l'efficacité du déroulement de l'arbitrage peut être affecté par le confort général de ceux qui sont engagés dans le processus. Il est vrai que si vous êtes très absorbé dans l'action qui se déroule sur la scène, vous oublierez peut-être la colonne qui vous obstrue partiellement la vue, ou que vous avez eu à enjamber une dizaine de spectateurs pour atteindre vos places. Mais ces choses peuvent avoir un grand impact sur votre niveau de confort, et, dans les arbitrages, ces détails peuvent parfois avoir une influence subtile sur les résultats.

Dans un arbitrage commercial international, vous voudrez être conscient de l'emplacement probable des parties et des témoins en cas de différend ou du coût de leur transport à l'audience. Des considérations similaires s'appliquent à l'avocat et aux personnes qui pourront être choisies comme arbitres. Vont-ils trouver l'endroit accessible et confortable pour travailler? Même s'il est monnaie courante de tenir des audiences dans d'autres lieux que le siège quand cela est plus pratique, cela ne peut se faire que par consentement. Et c'est pourquoi il est important de ne pas encourager l'intransigeance. Lorsque les audiences doivent avoir lieu dans le siège de l'arbitrage, le choix d'une ville avec un aéroport international peut faire une énorme différence en ce qui concerne les coûts de la convocation d'une audition réunissant trois arbitres, deux ou plusieurs avocats, les parties et les témoins. À l'autre extrême, un endroit mal choisi peut limiter les parties dans le choix d'un avocat ou d'arbitres en raison de restrictions en matière de visas ou d'une réglementation locale interdisant certaines catégories de personnes d'exercer la fonction de conseil ou d'arbitre.

Il peut également être utile de faire attention aux coûts généraux de l'hébergement et autres dépenses connexes car elles varient d'un pays à l'autre et d'une ville à l'autre et peuvent contribuer de manière significative à l'augmentation des coûts, sans pour autant améliorer l'équité du processus ou de la qualité des résultats. Certaines villes sont connues pour les coûts élevés de leur hébergement et leurs espaces d'audition. Dans certains pays, le climat ou la logistique locale de voyage peut réduire la durée de la journée d'audience. Dans d'autres il peut ne pas y avoir de communications fiables avec les bureaux ailleurs dans le monde. Enfin, il convient de noter qu'un environnement agréable peut avoir un effet subtil sur la volonté des parties et des avocats de coopérer dans le processus de règlement du différend. Comme c'est généralement le cas dans l'arbitrage commercial international, les considérations pratiques sont souvent les plus importantes.

5. Choisir un siège pour l'arbitrage qui est le bon pour vous

Il y a de plus en plus d'endroits disponibles que vous pouvez choisir comme siège d'un arbitrage commercial international qui répond aux besoins de votre client. Vous pouvez obtenir une sentence exécutoire à la suite d'une procédure équitable dans un nombre grandissant d'endroits. À l'heure actuelle, il est important de bien choisir le siège d'un arbitrage afin de maximiser les avantages importants et moins importants, légaux et logistiques, des options disponibles. Et les questions soulevées dans le présent document sont intéressantes car elles permettent d'éviter toute mauvaise surprise et d'assurer un environnement propice à la résolution des différends qui pourraient naître.

Professeur Janet Walker enseigne à la Faculté de droit de Osgoode Hall: Conflict of Laws and International Arbitration. *Elle est membre du Comité canadien des arbitres de la Chambre de commerce international, de* l'Arbitration Roundtable *deToronto et d'*Arbitralwomen. *Elle a présenté une version de cet article à la section des conférences internationales de l'ABC "Few Barriers or New Barriers" à Ottawa en 2002. Autres recherches:*
http://research.osgoode.yorku.ca/walker

1 La convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'éxécution des sentences arbitrales du 10 juin 1958 ("La Convention de New York"). Le texte complet de la Convention de New York peut être trouvé sur le site internet de la CNUDCI à http://www.uncitral.org/unicentral/fr-index.htm, sous "textes avallisés."
2 Ou qui a adopté le Loi type de la CNUDCI, voir ci-dessous note 11.
3 Article V, Convention de New York; Article 34, Loi type de la CNUDCI .
4 Bien que certains se soient retirés depuis. On peut trouver une liste complète des États partis à la Convention ainsi que les dates de signature, de ratification et d'entrée en vigueur ainsi que les facteurs qui les affectent sur le site internet du CNUDCI
5 Les règles d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale se trouvent à www.iccwbo.org
6 Les règles d'arbitrage de la LCIA se trouvent à www.lcia.org
7 Les règles de l'ICDR se trouvent à www.adr.org/icdr
8 Les dispositions obligatoires de la *lex arbitri* peuvent en effet avoir prééminence sur les accords consensuels des parties quant à la manière dont l'arbitrage se déroule, spécialement sur l'étendue de l'implication de la Court dans le processus d'arbitrage.
9 Le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (UNGA Res 31/98, adopté Décembre 15, 1976). Le texte complet des règles d'arbitrage de la CNUDCI se trouve sur le site de la CNUDCI http://www.uncitral.org/fr-index.htm, sous «textes avalisés.» Le groupe de travail révise et met à jour en ce moment les règles.
10 Le texte complet de la Loi type de la CNUDCI se trouve sur le site de la CNUDCI a http://www.uncitral.org/fr-index.htm, sous «textes avalisés» ainsi que les amendements de 2006 et une liste des juridictions qui ont adopté la Loi type. La Loi type a été adoptée par toutes les juridictions canadiennes.
11 Les rapports du Groupe de travail sur l'arbitrage commercial international se trouvent à http://www.uncitral.org/fr-index.htm
12 Les règles de présentation de la preuve dans l'arbitrage international de l'IBA pouvent être downloadées en anglais en livre par le comité d'arbitrage et d'ADR (Committee D of the Section on Business Law) dans la "Reading Room" du site internet de l'International Bar Association à www.ibanet.org/general/FindDocuments.asp

The Tools You Need to Succeed

New! Updated! Improved!

Correspondence Course in Arbitration

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

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

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

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

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

$789.00 per part (plus exams and GST)
R125294660

The Commercial Mediation Practice Handbook

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

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

$95.00 per copy (plus GST)
R125294660

The Arbitration Handbook

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

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

$85.00 per copy (plus GST)
R125294660

For information call:
416-487-4733 or 1-877-475-4353
admin@adrcanada.ca, www.adrcanada.ca

Barbara Benoliel

Apologies in Mediation: Who's Sorry Now?

— Barbara Benoliel, Ph.D., President, Preferred Solutions Inc.

Ontario is formulating an *Apology Act*. The Act allows for the separation of an apology from any liability for the incident the apology is for, encouraging the spontaneous offering of apologies without legal repercussions. The proposed Act follows similar legislation in British Columbia.

Apologies can have significant even magical properties in resolving conflict and restoring relationships. Mediators know they are an important emotional component in settlement; however, it is worthwhile to take a closer look at apologies in order to understand the role they play in resolving disputes. While mediators tend to want to depersonalize issues and focus on the problem without emotions, it is important to ask, do emotions contribute to rational moral thought and settlement of disputes, or do they by their very nature distract from rational judgment? Are there really such things as moral emotions related to moral behaviours that make apologies work?

Even when offers of apology and remorse are made in the back and forth of negotiations, they can be rejected as insincere, depending on their emotional tone. Can we accept the supposedly proper behavior without the presence of the accompanying appropriate emotion? With the new Act, is an apology going to become no more than an additional administrative process of claim settlement? There has been some research on this topic generated over the last ten years. [1] This article focuses on how apology and its accompanying emotion of shame, affect mediation outcomes and what mediators should know in order to understand their clients' behaviours.

Apologies are statements expressing feelings of being ashamed or remorseful, which are moral emotions. When you experience an apology, you are in fact witnessing a behavioural expression of shame, based on an underlying moral belief, that harming others is not acceptable social behavior and should be acknowledged to the injured party; something most children are socialized to at a very early age. The ability to use empathic reasoning to relate the consequences of one's actions to an effect on others is part of our early moral development and education. Subsequently, our view of what is, and what is not moral behavior plays a big part in all of our social interactions, including in the dynamics of mediation. Mediators will watch clients for behavioral cues about their true feelings in the negotiating stages of settlement; is the client angry, sad, ashamed, or remorseful? We anticipate clients' feelings and behaviors, based on our own moral evaluation of what we think they should be feeling and how they should respond, given the situation.

Why is Apology So Troublesome?

Why do some clients have such an aversion to even the idea of apologizing? It is not because they are embarrassed? Embarrassment is situational, where we feel momentarily at a disadvantage as to how we would like to be perceived by others as in for example: spilling coffee in a public café, or sneezing loudly in a quiet theatre. These behaviours are easy to apologize for, because they are impersonal and considered breaches of social niceties, but not reflective long term on one's own self image.

It is also not a reflection of guilt feelings. Guilt, while considered a higher order emotion, is a personal interpretation that may be independent of any external event or actual activity. You can experience feeling guilty for not calling your mother, but not feel the need to apologize. These emotions: embarrassment, guilt and shame play a role in revealing our moral values to ourselves, and others[2].

However it is the connection of shame to apology that might provide the answer. Shame is the important, but under-identified concept in dispute resolution. There is some agreement that the word shame originated from a root that had the meaning of covering; a sense or feeling of being exposed[3]. The experience of shame itself is a painful feeling; an awareness of others knowing that you have done something unworthy[4]. But the true exposure in shame is to oneself. Research shows that when a person experiences shame, they feel not only exposed, but inferior, and degraded,[5] and the accompanying loss of self esteem and even self loathing can be traumatic. That is what makes offering an apology so difficult for many; the shame and poor self image it entails. Mediators report having clients who just refuse to apologize in spite of the cost/benefit analysis presented to them. This seemingly irrational refusal speaks to the core of that individual's self image and self esteem, and belief of being a morally good person, with no need to apologize.

Shame experiences are more intense than guilt experiences. The shamed person feels both worthless and powerless[6] in front of others. Shame can be called a social emotion, in that it reflects on the person in a social setting. Shame, like apology, needs an audience either present or in perception.

It is no wonder then that clients negotiat-

ing in mediation are hesitant to apologize. It is not because they do not recognize their possible moral obligation in having caused some form of harm, but because they feel they are giving away too much power and control by doing so.

Apologies and Emotions

A client's expectations of an expression of apology and the timing can also be important factor to be considered. What is expected in any expression of moral emotions is significant, because the norms or rules about emotions are thought to serve as a kind of glue that holds a society together[7]. In the west, demonstrations of emotion are encouraged in expressions of sympathy and empathy such as: distress at a funeral, a sad movie, or as part of an apology. Thus, the sincerity of an apology is often gauged by reading the emotions to determine if the penitent person is distressed, empathic, really has taken the time to think about it and to understand the damage done, and is "sorry enough."

Apology is an expression of shame, but in the research, shame has not been shown to be associated with strong empathic reactions. In fact, shame has been more related to a discharge of hostility against the 'other' and aggression, both blatant and latent, and may trigger anger that is played out on others[8]. The one offering the apology and experiencing feelings of shame may also feel offended, and angry at being put into a social situation where shame and apology is the appropriate consequence. This anger and resentment does not lend itself to feeling empathy for the injured party. In these situations, you might hear the apology rather aggressively as, "It's too bad you were hurt," as opposed to "I apologize for hurting you."

This enters us into the debate over the proposed Apology Act in Ontario. The Act would allow early apology without admission of liability. The goal is to gain the possible social advantages that apology brings towards resolving a dispute without risk of litigation, hoping to encourage this moral behaviour to occur spontaneously. What may not have been considered are other personal emotional 'costs' that are separate from any financial considerations.

There is also a larger social connection between shame, apology and our universal concept of justice. Society expects that being involved in any kind of harmful behavior is in itself shameful, and should immediately elicit a response that is remorseful and restitutive in nature, that includes seeking forgiveness and looking to rebuild relationships in a timely manner. What society expects a person causing injury or harm should be feeling may differ from the actual experience, but these same expectations are present in a mediation session. Mediators frequently hear clients asking for or even demanding apologies as part of settlement. Asking for an apology is an attempt to impose shame and humiliation on the other side, and empowers the party making the request. While apologies offered in compliance with a request or demand can provide some transitory power to the recipient, there is a trade off. These apologies are often perceived to be lacking in sincerity.

Factors Determining The Value of an Apology

The value of an apology then can be calculated dependant upon three factors, a) an expectation or need of an apology by the injured party, b) the timing of the offered apology, and c) perception of appropriate accompanying emotions by the one making the apology

Apologies are universal, and while there may be variations in cultural norms, every society has a common social standard or benchmark of emotional reactions which acts as a means of strengthening interpersonal bonds[9].

Effective Use of Apology by Mediators

How can mediators make effective use of apologies in helping to craft settlements? There is an opportunity to tap into clients' moral emotions and use apologies as a means of dispute resolution if we can access the sources of their origin; the original socialization of emotions that are part of cognitive and moral development we learned as children. When used effectively, apologies can cement a settlement and provide emotional satisfaction far greater than simple dollars. The key is to be careful not to drive the self-degradating shame response that accompanies apology to the point that it winds up alienating the parties even further.

Barbara Benoliel, Ph.D., is a mediator, facilitator and mitigation specialist, and is the President of Preferred Solutions. She is a part time faculty person at York University in Toronto and Walden University in Minneapolis. Her recent research has focused on the use of apologies in Restorative Justice and on mitigating factors in white collar crime.

National Arbitration and Mediation Rules

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

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

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

1 Eisenberg, N. (2000). Emotion, regulation, and moral development. Annual Review of Psychology
2 Ben-Ze'ev A. (1997) Emotions and morality. Journal of Value Inquiry. 31:195-212
3 Lewis HB. 1971. Shame and guilt in neurosis. New York: Int. University Press
4 Alpert, J.L., & Spiegel, D. (2000). The relationship between shame and rage: Conceptualizing the violence at Columbine High School. Journal for the Psychoanalysis of Culture & Society. 5.
5 Eisenberg, N., Spinrad, T. L., & Cumberland, A. (1998) The socialization of emotion: Reply to commentaries. Psychological Inquiry, 9(4), 317-333
6 Konstam, V., Chernoff, M., & Deveney, S. (2001). Toward Forgiveness: The Role of. Shame, Guilt, Anger, and Empathy. Counseling and Values, 46(1), 26. from Questia database, http://www.questia.com.
7 Markham, R., & Wang, L. (199). Recognition of emotion by Chinese and Australian children. Journal of Cross-Cultural Psychology, 27, 616-643
8 Tangney JP, Wagner PE, Hill-Barlow D, Marschall DE, Gramzow R. (1996b). Relation of shame and guilt to constructive versus destructive responses to anger across the lifespan. Journal of Personal and Social Psychology. 70:797-809
9 Ferguson, T. J., Eyre, H. L., & Ashbaker, M. (2000). Unwanted identities: A key variable in shame-anger links and gender differences in shame. 133

Les excuses en médiation: qui est, désolé, maintenant?

—Par Barbara Benoliel, Ph.D., Présidente, Preferred Solutions Inc.

L'Ontario est en train de formuler une Loi sur la présentation d'excuses. La loi permet de séparer la présentation d'excuses de toute responsabilité de l'incident qui en est à l'origine, encourageant ainsi une présentation spontanée d'excuses sans conséquences juridiques. Le projet de loi est semblable à la législation de Colombie-Britannique.

Les excuses peuvent avoir des effets importants voire magiques, dans la résolution des conflits et le rétablissement des relations. Les médiateurs savent qu'elles sont une partie émotionnelle importante du règlement. Il est toutefois utile d'étudier de plus près les excuses pour comprendre le rôle qu'elles jouent dans le règlement des différends. Alors que les médiateurs ont tendance à vouloir dépersonnaliser les questions et se concentrer sur le problème, sans émotions, il est important de se demander si les émotions contribuent à une pensée rationnelle et morale du règlement des différends, ou si, de part leur nature même, elles empêchent tout jugement rationnel? Existe-t-il vraiment des émotions morales liées à des comportements moraux qui font que les excuses ont un effet?

Même lorsque des offres d'excuses sont faites au cours des négociations, elles peuvent apparaître peu sincères et être rejetées en fonction de leur tonalité émotionnelle. Pouvons-nous accepter un prétendument bon comportement sans la présence de l'émotion appropriée accompagnatrice? Avec la nouvelle loi, l'excuse ne risque-t-elle pas devenir rien de plus qu'une nouvelle procédure administrative de règlement des différends? Il y a quelques recherches faites sur ce sujet au cours des dix dernières années[1]. Cet article se concentre sur la façon dont les excuses et les émotions de honte qui l'accompagnent, influent sur les résultats de la médiation et sur ce que les médiateurs doivent savoir pour mieux comprendre les comportements de leurs clients.

Les excuses sont des déclarations exprimant des sentiments de honte ou de remords qui sont elles-mêmes des émotions morales. Lorsque vous assistez à des excuses, vous êtes en fait témoin d'une expression comportementale de honte fondée sur une conviction morale qui sous-entend qu'il n'est pas socialement acceptable de nuire à autrui et qu'il faut le dire à la partie lésée; c'est quelque chose que les enfants apprennent dès le plus jeune âge. La capacité à utiliser un raisonnement empathique pour faire le lien entre ses propres actions et l'effet qu'elles ont sur les autres est une partie de notre développement moral précoce et de notre éducation. Ultérieurement, notre perception de ce qui est et ce qui n'est pas un comportement moral joue un grand rôle dans l'ensemble de nos interactions sociales, y compris dans la dynamique de la médiation. Les médiateurs vont chercher chez leurs clients des repères comportementaux pour comprendre leurs véritables sentiments durant les étapes de négociation d'un règlement: le client est-il en colère, est-il triste, honteux, ou plein de remords? Nous anticipons leurs sentiments et comportements, en nous fondant sur notre propre appréciation morale de ce que nous pensons qu'ils devraient ressentir et comment ils devraient répondre, compte tenu de la situation.

Pourquoi alors les excuses sont-elles si gênantes? Pourquoi certains de ces clients ont-ils une aversion à l'idée de présenter ces excuses? Ce n'est pas parce qu'ils sont gênés. La gêne survient lorsque nous avons l'impression momentanée d'être dans une situation négative par rapport à la manière dont nous aimerions être perçu par les autres, par exemple lorsque nous renversons du café dans un lieu public ou éternuons bruyamment dans un théâtre calme. Il est facile de présenter des excuses pour ces comportements parce qu'ils sont considérés comme des infractions impersonnelles et sociales, mais n'ont pas d'impact à long terme sur l'image que l'on a de soi-même.

Ce n'est pas non plus l'expression d'un sentiment de culpabilité. La culpabilité, tout en étant considérée comme un niveau supérieur d'émotion, est une interprétation personnelle qui peut être indépendante de tout événement extérieur ou vécu. Vous pouvez vous sentir coupable de ne pas appeler votre mère, mais ne pas ressentir le besoin de vous excuser. Les émotions comme l'embarras, la culpabilité et la honte nous révèlent ainsi qu'aux autres nos valeurs morales[2].

Cependant, c'est le lien entre la honte et la présentation des excuses qui pourraient fournir la réponse. La honte est un concept important en résolution de conflit, mais il est mal identifié. Il y a un consensus autour de l'idée que la racine du mot "honte » suggère le fait de se couvrir, le sentiment ou la sensation d'être exposé[3]. L'expérience de la honte elle-même est un sentiment douloureux, une prise de conscience des autres qui savent que vous avez fait quelque chose d'indigne[4]. Mais en réalité c'est nous-mêmes qui sommes véritablement exposés à la honte. Les recherches démontrent que lorsqu'une personne fait l'expérience de la honte, elle se sent non seulement exposée, mais inférieure et dégradée[5]. Elle peut être accompagnée de la perte d'estime ou du dégoût de soi ce qui peut être traumatisant. C'est pourquoi il est difficile pour beaucoup de faire des excuses car cela entraîne la honte et une mauvaise image de soi. Les médiateurs disent avoir des clients qui refusent de présenter des excuses en dépit des avantages et bénéfices qui en découleraient. Ce refus apparemment irrationnel va en fait au cœur de l'image et de l'estime que l'individu a de lui, et de la conviction d'être moralement une bonne personne qui n'a pas besoin de s'excuser.

Les expériences de honte sont plus intenses que celles de la culpabilité. La personne honteuse se sent à la fois inutile et impuissante[6] face aux autres. On peut dire que la honte est une émotion sociale, dans la mesure où elle reflète la personne dans un milieu social. La honte, de même que les excuses, nécessitent, pour s'exprimer, la présence ou de la perception d'un vis-à-vis.

Il n'est pas étonnant alors que les clients qui négocient dans une médiation hésitent à s'excuser. Ce n'est pas parce qu'ils ne reconnaissent pas leur obligation morale possible d'avoir causé une certaine forme de mal, mais parce qu'ils sentent qu'en faisant cela ils abandonnent trop de pouvoir et de contrôle.

Il faut prendre en considération deux facteurs importants: l'attente qu'un client peut avoir de l'expression d'une excuse et le moment où cette excuse est présentée. Ce que l'on attend de l'expression d'émotions morales est important, car les normes ou les règles concernant les émotions sont considérées comme une sorte de ciment de la société[7]. Dans nos sociétés occidentales, par exemple, les démonstrations d'émotion sont encouragées par l'expression de la sympathie et de l'empathie, comme la tristesse dans un enterrement, dans un film triste, ou dans le cadre d'excuses. Ainsi, la lecture des émotions permet de mesurer la sincérité d'une excuse afin de déterminer si la personne présentant ses excuses est triste, empathique, si elle a vraiment pris le temps de réfléchir et de comprendre les dommages causés, et si elle est «assez désolée.»

L'excuse est une expression de la honte, mais dans la recherche, on n'a pas encore démontré que cette dernière était associée à de fortes réactions empathiques. En fait, la honte a davantage été liée à une expression d'hostilité à l'égard de «l'autre» et à une agression, à la fois ouverte et latente, et peut déclencher une colère qui est reportée sur les autres[8]. La personne offrant ses excuses et éprouvant des sentiments de honte peut se sentir offensée et en colère en ayant l'impression d'avoir été mise dans une situation sociale où l'on attend d'elle qu'elle ait honte et qu'elle s'excuse. Cette colère et ce ressentiment ne permettent pas de ressentir de l'empathie pour la partie lésée. Dans ce cas l'excuse paraîtra plutôt agressive: «C'est dommage pour vous que vous ayez été blessé» plutôt que «Je vous prie de m'excuser de vous avoir blessé.»

Cela nous conduit au débat sur le projet de loi sur la présentation d'excuses de l'Ontario. Cette loi permettrait la présentation d'excuses, tôt dans le processus, sans admission de responsabilité. En espérant ainsi encourager l'expression spontanée de ce comportement moral, l'objectif de la loi est de profiter des avantages sociaux que représente la présentation d'excuse comme moyen de règlement d'un différend sans risque de contentieux. Mais les autres «coûts» affectifs indépendants des considérations financières semblent ne pas avoir été examinés.

Il y a également un lien social plus grand entre la honte, les excuses et notre conception universelle de la justice. La société s'attend à ce qu'il soit honteux d'être impliqué dans n'importe quel type de comportement nuisible et à ce que cela suscite immédiatement une réponse pleine de remords et de nature réparatrice, ce qui inclut la recherche du pardon et de la reconstruction de relations dans les meilleurs délais. Il est possible que ce que la société attende qu'une personne ayant causé des blessures ou des dommages ressente diffère de l'expérience réelle, mais ces mêmes attentes sont présentes dans la séance de médiation. Beaucoup de clients demandent aux médiateurs que les excuses soient partie intégrante du règlement. Le fait de demander des excuses est une tentative d'imposer la honte et l'humiliation sur l'autre partie, et donne une sorte de pouvoir à la personne qui en fait la demande. Bien que les excuses offertes conformément à une demande donnent un pouvoir temporaire à une partie, il y a aussi un revers de la médaille: ces excuses sont souvent perçues comme manquant de sincérité.

La valeur d'une excuse peut alors être évaluée en fonction de trois critères: a) si la partie lésée a une attente ou un besoin d'excuses, b) le moment où les excuses sont offertes, et c) la perception que les émotions démontrées par la personne présentant les excuses sont appropriées.

Les excuses sont universelles bien qu'il puisse y avoir des différences de normes culturelles, chaque société ayant une norme commune ou des références concernant les réactions émotionnelles qui agissent comme un moyen de renforcer les liens interpersonnels[9].

La question est de savoir comment les médiateurs peuvent utiliser efficacement les excuses pour aider arriver à une entente? Si nous réussissons à comprendre l'origine des émotions, il devient alors possible d'accéder aux émotions morales des clients et d'utiliser les excuses comme moyen de régler les différends; nous apprenons comme enfant le fondement de la socialisation des émotions qui font partie du développement cognitif et moral. Lorsqu'elles sont utilisées efficacement, les excuses peuvent cimenter un règlement et offrir une solution bien plus satisfaisante qu'un simple règlement financier. Il est important de faire attention à ne pas laisser la mésentente entre les parties s'aggraver par le développement d'une réponse honteuse auto-dégradante accompagnant les excuses.

Barbara Benoliel, Ph.D. médiateur, facilitateur et spécialiste en mitigation. Elle est Présidente de Preferred Solutions. Elle est professeur à temps partiel à l'Université York (Toronto) et l'Université de Walden (Minneapolis). Ses récentes recherches ont porté sur l'utilisation des excuses dans la justice réparatrice et sur les facteurs atténuants dans la criminalité des cols blancs.

1 Eisenberg, N. (2000). Emotion, regulation, and moral development. Annual Review of Psychology
2 Ben-Ze'ev A. (1997) Emotions and morality. Journal of Value Inquiry. 31:195-212
3 Lewis HB. 1971. Shame and guilt in neurosis. New York: Int. University Press
4 Alpert, J.L., & Spiegel, D. (2000). The relationship between shame and rage: Conceptualizing the violence at Columbine High School. Journal for the Psychoanalysis of Culture & Society. 5.
5 Eisenberg, N., Spinrad, T. L., & Cumberland, A. (1998) The socialization of emotion: Reply to commentaries. Psychological Inquiry, 9(4), 317-333
6 Konstam, V., Chernoff, M., & Deveney, S. (2001). Toward Forgiveness: The Role of.Shame, Guilt, Anger, and Empathy. Counseling and Values, 46(1), 26. from Questia database, http://www.questia.com.
7 Markham, R., & Wang, L. (199). Recognition of emotion by Chinese and Australian children. Journal of Cross-Cultural Psychology, 27, 616-643
8 Tangney JP, Wagner PE, Hill-Barlow D, Marschall DE, Gramzow R. (1996b). Relation of shame and guilt to constructive versus destructive responses to anger across the lifespan. Journal of Personal and Social Psychology. 70:797-809
9 Ferguson, T. J., Eyre, H. L., & Ashbaker, M. (2000). Unwanted identities: A key variable in shame-anger links and gender differences in shame. 133

Perceptions of the Impact of Mediator Background on the Mediation Process

Judy Neger

Mediators intervening in a conflict make choices about the appropriate approach and behavior for each situation. What motivates these decisions? Is there a relationship between the mediator's background, education, experiences and knowledge that affects these decisions? This article summarizes a master's degree research project exploring these issues.

There is no single governing body providing exams, licenses or monitoring ethical codes of conduct for mediators as there is in the professions of medicine, law or education. In this study the main issue being researched is whether or not it is perceived that a mediator has to have substantive knowledge of the issues in dispute in order to be an effective mediator. Further, is there a perception that a mediator has to have a legal background in order to be an effective mediator? There is ongoing controversy in the profession regarding who can mediate, what experiences the mediator ought to bring to the table, codes of conduct, etc.

This research was largely based on analyzing the Ontario Mandatory Mediation Program (OMMP) that was created in 1996. The OMMP was designed to assist the court with its caseload by obliging parties to a lawsuit and their counsel to attend a 'mandatory' mediation to settle their dispute in a mediation setting, prior to being allowed to set a court date. According to the rules of the program, the parties were expected to agree on a date for the mediation and select a mediator. Should they be unable to agree on a mediator within a certain timeframe, the program would assign someone from a roster of mediators. Mediators on the roster from a variety of backgrounds and different levels of experience. During the course of preliminary interviews these mediators indicated that, while being on the roster did not guarantee work, it gave them credibility and recognition as qualified mediators.

Mediator Competency

The creation of the mandatory mediation program, in conjunction with lack of a recognized governing body for the field of mediation, brought the issue of mediator competency to the fore.

Some lawyers interviewed in the preliminary review complained that the mediators who were assigned to their cases from the roster lacked experience and substantive knowledge of the issues in dispute. In addition, some lawyers found themselves at odds with the mediator as they each had different goals and expectations of the mediation.

Regarding mediator credibility, some interviewees said no legal background or substantive knowledge of the issues in dispute is required, and that good mediation skills, acquired through mediation training programs and experience in mediating, is sufficient. Others believed that the mediation field should be run by lawyers, judges and people with extensive knowledge of the law and legal issues, and that legal knowledge and background are definite prerequisites for an effective mediator.

In addition to looking at mediator background, the study explored approaches and styles adopted by mediators, as well as outcomes aspired to, to see whether mediator background (lawyer vs. non-lawyer) influenced the choices mediators make in the mediation. The study covered different types of cases, such as family, civil and employment to see if there were patterns in mediator behavior with respect to the type of case they chose to mediate. Finally, the study explored client perceived satisfaction with the mediation process, and more specifically with the mediator, and asked questions about whether mediation helped them achieve their goal, and whether they required the mediator to have substantive knowledge of the issues in dispute.

Approaches to Mediation

Approaches to mediation were broken down into categories of mediator's visions, frames and styles as adapted from Kolb & Kressel (1994). These categories were used to test the connection between mediator background and styles. Based on these categories:

a) a mediator's vision can be either pragmatic or transformative; the former concerned with mediation as a means to find practical solutions, and the latter concerned with mediation as a means to transforming the parties in the conflict.
b) A mediator's frames could be either settlement or communicative; the former relating to the mediator's drive for reaching a settlement between the parties, and the latter relating to the mediator's drive for enhancing better and/or improved communication between the parties.
c) A mediator's style could either be evaluative or facilitative; the former relating to a more opinionated, controlling and aggressive style of mediating and the latter a more laissez-faire style, allowing the parties to control the process, and act as a facilitator of the negotiation process.

For this study, the mediators, lawyers and clients interviewed were drawn from a

sample, recruited first through professional mediation organizations and using a 'snowball' and linked process. The snowball process asks subjects to identify possible other subjects for interviews. The linked process asked subject mediators to provide access to clients. While this is not a random study, it does reflect a fairly broad base of professional mediators.

The survey was conducted using telephone interviews. The responses of those interviewed were analyzed in order to determine if there is a relationship between the mediator's backgrounds and their approaches. The study included 25 dispute resolution professionals in the field, 14 of whom were mediators without legal backgrounds and 11 of whom were lawyers. Of the 14 non-lawyers, this sample included educators, social workers, accountants and engineers. Over 100 mediators were contacted and 25 agreed to participate in the study. Those who participated indicated they were happy to contribute to the literature in the mediation field. While providing client access was not a pre-requisite to participate in the study, it was suggested. Many subjects felt strongly uncomfortable with the idea of access to interview their clients, for fear of breach in confidentiality. Of the 25 subjects interviewed, eight provided access to their clients to interview. This number was too small to make any valuable conclusions, but did add information.

Assumptions & Hypotheses

The assumption that was used throughout this research was that conflict is a dichotomy and that as a phenomena conflict can either create distance between people, or bring them closer together. The hypotheses for the study followed this assumption. The first hypothesis was that there are two types of parties to a conflict, those that involve strangers who do not have a relationship, and those that involve people who will continue to have an ongoing relationship. In the case of strangers in a conflict, such as in personal injury, the assumption is that the parties are not going to have an ongoing relationship in the future, and they simply need to "resolve" their conflict (as a result of a lawsuit) and move on. In this situation, perhaps a pragmatic, problem-solving, (transactional) settlement-oriented approach is more suitable.

In contrast, in the case of ongoing relationships, such as family or employment conflicts, the assumption is that the parties have to work together in the future, and therefore they need to "manage" their conflict. In these situations, a transformative, communication, facilitative-oriented approach may be more suitable. In these cases, the parties are often looking for agreements on how to co-exist peacefully.

Substantive Information vs. Legal Background.

Some of the subjects indicated their perceptions that mediators who are lawyers may be biased or have an additional personal agenda to achieve in the mediation, outside of the needs of the parties. This can be problematic since mediators are presumed to be neutral third parties. Others perceived that if mediators are not lawyers and are unfamiliar with the issues in dispute, as outsiders they may be more objective, however may have difficulty grasping the issues in dispute.

The next hypothesis was that it would be perceived that substantive knowledge of the issues in dispute is required in order to mediate. According to the mandatory mediation rule, legal background in the area that is being mediated is not required in order to mediate. Mediators without legal credentials could mediate cases as long as they have proper training and good mediation skills. These skills should be acquired through education, training and experience.

The majority of subjects surveyed perceived that substantive knowledge of the issues in dispute is required. As predicted, the subjects who were lawyers felt that legal background is necessary, while the non-lawyer subjects disagreed. Many of the non-lawyer subjects in the study admitted to feeling "lost" without a litigation background, however they indicated that, with time and experience, they gained more knowledge of the subject and felt comfortable handling it. In addition, they indicated that they familiarized themselves with the legal issues prior to the mediation.

Mediator's Perceived Approach

The next set of hypotheses were related to the mediator's perceived approach; mediators with legal backgrounds would tend to adopt a pragmatic, settlement, evaluative approach. The assumption here is that in order to be evaluative, one must have knowledge of the issues and laws concerning the dispute and that perhaps the lawyer-mediator may use his/her legal expertise to give the parties legal advice. In contrast, it was hypothesized that mediators without legal backgrounds would be perceived to adopt a transformative, communication, facilitative approach. The assumption here is that non-lawyers cannot offer legal advice and may not be as evaluative.

It was also hypothesized that lawyer-mediators who mediate civil lawsuits are more likely to work towards problem-solving, rather than relationship-building outcomes. The assumption here is that the parties are strangers to each other and are not looking to improve communication. Further, non-lawyer mediators who are involved in community-based, family and/or employment conflicts are more likely to steer towards achieving relationship-oriented outcomes. The assumption here is that parties in these types of disputes may have ongoing relationships that require improved communication, etc.

Survey Results

The results of the survey showed that with respect to approaches, both lawyers and non-lawyer mediators gear towards pragmatic, problem solving approaches and are less interested in transforming the parties. This finding was also related to the fact that the majority of the subjects interviewed engaged in mediating civil claims which supported the hypothesis that civil cases require a pragmatic approach, over transformative.

Another hypothesis was that pragmatic visions would be associated with settlement oriented frameworks, while transformative visions would be associated with communication oriented frames. The data suggested that the lawyer-mediators were more likely to adopt an evaluative style, while non-lawyer mediators adopted a fa-

cilitative style, thus supporting this hypothesis.

While there is a significant concern about the issue of client satisfaction, it was unfortunate that this concept could not be studied more in depth in the research. In order to determine what characteristics, if any, a mediator should have from the client's perspective, it is important to look at client satisfaction and whether clients are selecting mediators that have experience with the issues or not. It was not possible to access a significant sample of clients in order to be able to analyze client satisfaction with their mediator and the mediation process. Does the client's perception of the need for an evaluative or transformative approach influence their satisfaction, depending on the approach the mediator takes in the case? If so, then, the needs of the parties and the nature of the case ought to determine mediator behavior.

According to some of those interviewed, one of the biggest challenges that mediators face is the lack of understanding, education, and promotion of mediation among members of the public. The average person does not understand mediation and is reluctant to participate in the process.

Subjects were asked whether having the parties' lawyers present in the mediation is beneficial or detrimental to the process. In fact the mediators who found it difficult to mediate with lawyers present, were themselves lawyers. Mediators without a legal background said they appreciated the lawyer's presence in the mediation, so they could provide clients with advice and draft agreements.

Mediation as a profession has been growing rapidly, and many people are now looking to mediation as a career. Mediators come from a variety of different backgrounds and professions, some of which may influence the approaches they adopt. It was important to investigate what the perceived effect mediators' backgrounds and approaches had on the process itself.

Based on this study it can be concluded that mediation as a discipline needs to be better defined and better known to reduce the uncertainty and controversy regarding mediators, their role and their styles. There are no necessarily right or wrong approaches and mediators ought to be flexible in their style and choose approaches that are suitable for the case, based on the needs of the clients.

Judy Neger is originally from Toronto, Ontario where she studied Alternative Dispute Resolution and Conflict Analysis & Management. Judy currently lives in Israel and maintains a freelance mediation practice, primarily in employment and family disputes. Her original thesis is housed at Royal Roads University Library www.royalroads.ca . Judy welcomes comments at jneger@gmail.com.

Perceptions de l'influence de la formation du médiateur sur le processus de médiation

— Judy Neger

Chaque conflit dans lequel interviennent les médiateurs professionnels étant unique, ils choisissent l'approche et l'attitude appropriées. Quels sont les facteurs qui motivent ces décisions? Peut-on établir un lien entre la formation du médiateur, son éducation, ses expériences et les éléments qui influencent sa décision?

Cet article est un résumé d'un projet de recherche de Maîtrise explorant les perceptions que le public peut avoir de la crédibilité des qualifications des médiateurs, de leur formation et du processus utilisé.

La médiation est une profession ouverte: il n'y a aucune accréditation des examens et des licences ni de contrôle de l'application des codes d'éthique comme c'est le cas pour les avocats, les médecins ou les enseignants. L'objet de cette recherche est de savoir si le médiateur est perçu comme quelqu'un qui, pour être efficace, doit avoir une connaissance approfondie dans le domaine dans lequel il agit et doit avoir une formation juridique. Dans la profession, les avis sont partagés sur les questions de savoir qui peut agir comme médiateur, quelle expérience doit avoir ce dernier et quelles sont les règles d'éthique applicables?

Cette recherche est principalement fondée sur l'analyse du Programme de médiation obligatoire d'Ontario (PMOO) créé en 1996 dans le but d'alléger la charge de la cour en obligeant les parties à un litige et leurs avocats à assister à une séance de médiation obligatoire afin de les aider à résoudre leur différend, avant que ne soit fixée une date de comparution. Conformément aux règles du programme, les parties doivent se mettre d'accord sur la date d'une médiation et choisir un médiateur. Si les parties ne peuvent se mettre d'accord dans un certain laps de temps, le programme procède à la nomination d'office d'un médiateur choisi à partir d'une liste proposée. À l'analyse de cette liste, on peut voir qu'elle inclut des médiateurs ayant des formations et des niveaux d'expérience différents. Les médiateurs interrogés ont convenu que, bien qu'être sur la liste ne leur garantisse pas de mandats, cela leur donne toutefois une crédibilité et une reconnaissance à titre de médiateurs qualifiés.

La compétence du médiateur

La création d'un programme de médiation obligatoire alors qu'il n'y a pas d'ordre professionnel dans ce domaine a inévitablement posé la question de la compétence du médiateur.

Les avocats interrogés se sont principalement plaint que certains des médiateurs assignés à leur cause à partir de la liste manquaient d'expérience et de connaissances approfondies des questions faisant l'objet du différend. De plus, certains avocats étaient en désaccord avec les médiateurs quand ils avaient des attentes et des objectifs différents.

Certains ont affirmé toutefois que, pour être crédibles, les médiateurs n'avaient pas besoin d'avoir une formation juridique ou une connaissance approfondie des questions en litige et que la compétence acquise

dans un bon programme de formation était suffisante. D'autres estimaient que la médiation devait être menée par des avocats ou des juges ayant une connaissance approfondie de la loi et des questions juridiques, et que, les connaissances et la formation juridiques étaient nécessaires pour qu'un médiateur soit efficace.

L'étude a examiné non seulement la question de la formation des médiateurs, mais aussi leurs différents styles et approches, de même que les objectifs qu'ils cherchaient à atteindre et a analysé si leur formation influençait les choix qu'ils faisaient durant de la médiation. L'étude s'est penchée sur différentes sortes de causes, comme des causes de droit de la famille, de droit civil, de droit du travail, afin de vérifier si l'on pouvait trouver une ligne directrice dans les comportements des médiateurs dépendant des causes qu'ils choisissaient. Enfin, l'étude a cherché à définir le niveau de satisfaction des clients avec le processus choisi par le médiateur et plus spécifiquement avec le médiateur lui-même, et à savoir si la médiation les avait aidé à atteindre leurs objectifs et s'ils désiraient que le médiateur ait une connaissance approfondie des questions faisant l'objet du litige.

Les approches à la mediation

L'étude a divisé les approches à la médiation en différentes catégories en fonction de la vision, du cadre et du style du médiateur, tel qu'adapté de Kolb & Kressel (1994). Ces catégories ont été utilisées pour tester le lien entre la formation du médiateur et son style:

a) on peut définir l'approche du médiateur comme une approche pragmatique ou transformationnelle. La première catégorie recouvre les médiations dont l'objectif est de trouver des solutions pratiques et la deuxième catégorie définit les médiations cherchant à transformer les parties au différend.
b) Le cadre dans lequel le médiateur agit peut soit être un cadre orienté vers la résolution, soit vers la communication. La première catégorie définit une médiation dont l'objectif est de permettre aux parties de trouver une solution et la deuxième, une médiation qui met de l'avant une meilleure communication entre les parties.
c) Enfin le style du médiateur peut être évaluatif ou facilitateur, le premier faisant référence à un style contrôlant et agressif et le deuxième à une sorte de laissez faire permettant aux parties de contrôler le processus et d'agir comme facilitateurs.

Les médiateurs, avocats et clients interrogés dans cette étude ont été échantillonnés et recrutés grâce à des organisations professionnelles de médiation, en utilisant un processus dit de "boule-de-neige", par lequel il est demandé aux participants d'identifier d'autres participants potentiels, ainsi qu'un processus de lien par lequel il est demandé aux participants médiateurs de fournir un accès à leurs clients. Bien que cette étude ne soit pas une étude aléatoire, elle est toutefois bien représentative d'un bon nombre de médiateurs professionnels.

Les entrevues du sondage ont été faites par téléphone et les réponses des personnes interrogées ont été analysées de manière à déterminer s'il y avait une relation entre leur formation et leur approche. L'étude a interrogé 25 professionnels de la résolution des conflits dont 14 étaient des médiateurs sans formation juridique et 11 étaient des juristes. L'échantillon des 14 professionnels du domaine non juridique comprenait des éducateurs, des travailleurs sociaux, des comptables, des ingénieurs. Plus de 100 médiateurs ont été contactés et 25 ont accepté de participer à l'étude mentionnant qu'ils étaient contents de contribuer ainsi à la recherche dans ce domaine. Il leur a été suggéré, bien que ce ne soit pas un pré requis pour participer à l'étude, de permettre l'accès à leurs clients. Beaucoup se sentaient inconfortables à cette idée, par crainte de briser la confidentialité. Huit des 25 personnes interrogées ont permis l'accès à leurs clients. Ce nombre de personne étant trop restreint, nous n'avons pu tirer de conclusions utilisables, mais leurs réponses nous ont fourni un complément important d'information.

Suppositions et hypothèses

Tout au long de la recherche nous avons utilisé comme axiome de base que le différend est une dichotomie et que ce phénomène peut, soit créer une distance entre les personnes soit les rapprocher. Cet axiome a été suivi d'un certain nombre d'hypothèses. Dans la première hypothèse, nous disons qu'il y a deux types de différends: ceux qui impliquent des personnes qui ne se connaissent pas et n'ont aucune relation, et ceux qui impliquent des personnes qui continueront d'avoir une relation par la suite. Dans le cas de personnes étrangères dans un conflit, comme c'est le cas dans les litiges pour blessures personnelles, nous prenons pour acquis que ces personnes, n'ayant aucune relation continue dans le futur, ont simplement besoin de résoudre le différend (à la suite d'une poursuite) et d'aller de l'avant. Dans ce cas, une approche pragmatique et orientée vers une solution est mieux adaptée. D'un autre côté, lorsque les relations sont continues, comme c'est le cas dans les familles ou les relations professionnelles, nous prenons pour acquis que les parties doivent continuer à avoir une relation dans le futur et qu'elles doivent "gérer" leur différend. Peut-être alors qu'une approche orientée vers la transformation, la communication et la facilitation est mieux adaptée. Dans ce genre d'affaires, les parties recherchent souvent à trouver un accord sur la manière de coexister en paix plutôt qu'une solution au différend lui-même.

Certaines des personnes interrogées ont mentionné que, lorsque les médiateurs sont des avocats, il semble y avoir un risque qu'ils ne soient pas neutres ou qu'ils poursuivent, durant la médiation, des objectifs personnels, indépendants des besoins des parties.

Dans l'hypothèse suivante, les clients pensent que, pour exercer le rôle de médiateur il est nécessaire d'avoir une connaissance approfondie des questions faisant l'objet du différend. Conformément aux règles de médiation obligatoire, il n'est pas nécessaire, pour agir à titre de médiateur, d'avoir une formation juridique dans le domaine faisant l'objet du différend. Les médiateurs sans formation juridique peuvent agir à ce titre à condition d'avoir une formation et une compétence appropriées. La compétence peut être aquise par l'éducation, la formation et l'expérience. La majorité des personnes interrogées percevait toutefois qu'il était nécessaire d'avoir une connaissance approfondie du sujet faisant l'objet du différend. Comme prévu, les personnes

ayant une formation juridique pensaient que c'était nécessaire tandis que celles qui n'avaient pas cette formation pensaient que c'était inutile. Toutefois beaucoup d'entre elles ont convenu se sentir parfois perdues sans cette formation, mais ont précisé qu'avec le temps et l'expérience, elles avaient une meilleure connaissance du sujet et se sentaient confortables pour le traiter. De plus, elles ont précisé se familiariser à l'avance avec les questions légales reliées à la médiation.

L'approche perçue du mediateur

Les hypothèses suivantes étaient reliées à la perception que les personnes interrogées ont de l'approche utilisée par des médiateurs. Les médiateurs ayant une formation juridique auraient tendance à adopter une approche orientée vers une solution pragmatique et évaluative, l'idée de base étant que pour faire une évaluation il faut avoir une connaissance des questions et des règles de droit reliées au litige et que le médiateur juriste peut utiliser son expertise légale pour donner aux parties un avis légal. À l'inverse, les médiateurs sans formation juridique seraient perçus comme ayant une approche orientée vers la transformation des parties, la communication et la facilitation, l'idée sous- jacente étant que ceux qui ne sont pas juristes ne peuvent offrir d'avis légal et d'évaluation des questions en litige.

Il a aussi été pris pour hypothèse que les juristes qui agissent à titre de médiateur dans une cause civile sont plus enclins à travailler pour trouver des solutions que pour aider à bâtir une relation puisque, dans la plupart des cas, les parties ne se connaissent pas et n'ont pas besoin d'améliorer leur relation. De plus, les non juristes qui exercent le rôle de médiateur dans des litiges communautaires, familiaux et/ou reliés au travail sont plus enclins à chercher des solutions orientées sur la relation puisque les parties à ce genre de différend ont des relations continues qui demandent à être améliorées.

Résultat et conclusion

Les résultats de l'étude ayant trait aux approches utilisées par les médiateurs, laissent paraître que les médiateurs juristes tout comme les non juristes s'intéressaient plus à une approche pragmatique et orientée vers une solution qu'à une approche cherchant à transformer les parties. Les résultats de cette étude s'expliquent aussi par le fait que la majorité des personnes interrogées pratiquaient des médiations civiles qui nécessitaient une approche plus pragmatique que transformationnelle.

Dans l'une de mes hypothèses de base, je prenais pour acquis que les approches pragmatiques étaient associées à un cadre de solution, tandis que les approches transformationnelles seraient associées à un cadre de communication. Ces données, qui confirmait cette hypothèse, suggéraient donc que les juristes médiateurs étaient plus à même d'adopter un style évaluatif, alors que les médiateurs non juristes adoptaient un style facilitatif.

Malheureusement nous n'avons pu approfondir dans notre étude les préoccupations reliées à la satisfaction du client. Afin de déterminer si le médiateur devrait avoir certaines caractéristiques susceptibles de plaire au client, il aurait été important de comprendre ce qui les satisfaisait et s'ils choisissaient des médiateurs expérimentés dans le domaine traité. Il a été impossible d'obtenir un échantillonnage significatif qui aurait permis d'analyser la satisfaction du client à l'égard de son médiateur et du processus lui-même. Cette satisfaction serait-elle influencée par l'approche prise par le médiateur d'un client qui penserait avoir besoin d'une approche évaluative ou transformative? Si c'était le cas il faudrait en conclure que les besoins des parties et la nature de la cause détermineraient le comportement du médiateur.

Les médiateurs et leurs défis

Certaines informations recueillies lors du projet de recherche mais ayant seulement fait l'objet de discussions informelles avec des professionnels dans ce domaine sont intéressantes à partager bien qu'elles ne fassent pas directement partie de la recherche. Certaines des personnes interrogées ont identifié comme un de leur principaux défis le manque de compréhension du processus de médiation par le public ainsi que le manque d'explication et de promotion de la médiation. La personne moyenne, selon certains médiateurs, ne comprend pas le processus et est réticente à y participer, car elle a l'habitude de résoudre ses différends en cour. C'est pourquoi elle hésite quand on lui présente une méthode alternative de résolution des conflits. Il est donc nécessaire d'éduquer le public sur les avantages et les bienfaits de la médiation.

La question de savoir si la présence d'avocats pendant la médiation est ou non une bonne chose a été posée aux participants. Il est intéressant de constater que ceux qui ont trouvé cela difficile étaient eux-mêmes des avocats. Ceci pourrait être relié à une sorte de lutte de pouvoir entre les médiateurs avocats et les avocats représentants les parties lors de la médiation. À l'inverse les médiateurs sans formation juridique ont dit apprécier la présence des avocats lors de la médiation car ils pouvaient guider les clients et rédiger des ententes.

Conclusion

La profession de médiateur s'est rapidement développée et beaucoup de personnes l'envisagent maintenant comme carrière. Les médiateurs viennent de différentes formations et professions, dont certaines peuvent influencer l'approche qu'ils prennent. Il était important d'étudier quel était l'impact de la formation sur le processus lui-même et de l'approche du médiateur.

En conclusion de cette étude, nous pouvons dire qu'afin de réduire les incertitudes et les controverses concernant les médiateurs, leur rôle et leur style, la médiation est une discipline qui nécessite d'être mieux définie et mieux connue. Il n'y a pas de bonne ou de mauvaise approche et les médiateurs doivent donc être flexibles et choisir celle qui convient le mieux au différend et aux besoins des clients.

Judy Neger est originaire de Toronto, Ontario où elle a étudié la Résolution Alternative des Différends et l'Analyse et la Gestion de Conflits. Judy vit actuellement en Israel avec son mari et ses deux enfants et maintient une pratique indépendante de médiation, principalement dans les domaines des conflits de travail et familiaux. Une copie de l'original de la thèse de Judy peut être trouvée à la bibliothèque de l'université de Royal Roads. Elle peut être consultée par Internet à www.royalraods.ca. Judy encourage les commentaires et les questions concernant sa recherche et peut être contactée à jneger@gmail.com

15th Annual Willem C. Vis Moot

The Willem C. Vis moot celebrated its 15th occurrence between March 14 and 20 this year.

— Joel Richler, Partner, Blake, Cassels & Graydon LLP

For those unaware of this truly remarkable event, The Vis Moot is a competition and educational program, that takes place each year during the week that precedes Good Friday in Vienna, principally at the Juridicum of the Faculty of Law. With the presence of leading arbitration scholars and practitioners from around the world, and with the broad representation of law schools from around the world, the Viz has been described as the Olympics of moot competitions.

The objective of the Moot is to promote the resolution of business disputes by arbitration, and in particular to encourage law students to engage in a moot exercise that engages them in the principles that underlie the international arbitration process. The moot is named after Willem C. Vis (1924-1993) who was a distinguished international commercial transactions and dispute resolution expert, and the moot has been administered since its inception by Eric Bergsten, Professor Emeritus of Pace University Law School and a former Secretary of the United Nations Commission on International Trade Law.

This year, as in years past, the moot problem was based upon an international sales transaction subject to the *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG).* The substantive issue related to alleged breaches of the sales agreement by the seller, and, as always, there was a procedural issue: - whether the submission to arbitration contained within the sales agreement was effective so as to require the parties to arbitrate the formation of that contract. The disputes are always resolved under the rules of a particular sponsoring arbitral institution. This year the JAMS rules were used.

The format of the moot entails several months of preparation and hard work that only culminates in the oral competition in Vienna. All teams are required to submit two memoranda; one for claimant and one for respondent. Those memoranda are reviewed a number of times by arbitration lawyers world-wide, and ultimately the top 15 of each are distributed to be ranked for the final awards. The quality of the written memoranda is truly outstanding.

The oral moot competition extends for one full week. General rounds are conducted for the first four days of the competition, with teams and oralists scored by arbitration panels of three.

The elimination rounds then take place, in a format reminiscent of the NCAA National Basketball Championship Tournament. Those teams that achieved the highest scores in the elimination rounds are matched against each other in a bracket format, and each moot sees the elimination of one of the two teams. At the end of each of the elimination rounds the teams congregate in the common area of the Juridicum and eagerly await the decisions of the several panels with baited breath. The final round of the moot takes place in a large convention hall, and is followed by a banquet during which the several awards are announced.

The Viz moot is an extraordinary gathering of students, professors who act as coaches, and arbitration practitioners. In its initial year, approximately 15 teams participated. The Moot has grown dramatically since then, with an ever-increasing number of participating schools. This year, over 1,300 students from 204 law schools in 53 countries participated. Almost all countries having law schools are represented, producing an interesting combination of legal traditions in competition with each other.

Canadian law schools and practitioners have always been well represented in Vienna. This year, Canada was represented by McGill University, Osgoode Hall Law School, University of Ottawa and Queen's University. In years past, Universite de Montreal and Laval have also attended. Canadian practitioners and academics in attendance included Noemi Gal-Or, Brian Casey, Anthony Daimsis, William Horton, Emiliya Mashkovtseva, Peter Mazzacano, Antonin Pribetic, Joel Richler, Heloise Robinson and Janet Walker.

Canadian students and teams have also achieved well-deserved recognition. They regularly achieve honourable mention awards. In 2006, Sonu Dhanju of Osgoode Hall Law School won the Martin Domke Award for Best Individual Oralist during the elimination rounds and in 2004 Osgoode won the award given to the prevailing team in the oral rounds, the Frederic Eisemann Award.

This year the two finalists in the oral round were University Carlos III de Madrid and Touro College Law Center. The Spanish team prevailed. University of California, Berkeley won the Piter Sanders Award for Best Claimant's Memorandum, and University of Heidelberg won the Werner Melis Award for Best Respondent's Memorandum. Lennart Beckhaus of University of Munster won the award for Best Oralist in the Elimination Rounds. Osgoode received honourable mention for its Respondent's Memorandum and one of its team members, Tariq Rangwala, placed third in the ranking of oralists in the Elimination round.

15ème Compétition Annuelle Willem C. Vis Moot ("Le Moot")[1]

Cette année, du 14 au 20 mars, le Willem C. Vis Moot a tenu son 15ème évènement.

—Joel Richler, Associé, Blake, Cassels & Graydon LLP

Pour ceux qui ne connaissent pas cet événement extraordinaire, le Willem C.Vis Moot est une compétition ainsi qu'un programme éducatif qui se tient chaque année au Juridicum de la faculté de droit de Vienne pendant la semaine sainte.

Avec la présence d'éminents chercheurs, de praticiens de l'arbitrage et d'une imposante représentation des facultés de droit à travers le monde, le Willem C. Vis Moot a été décrit comme les Jeux Olympiques de ce genre de compétition.

Il vise à permettre à des équipes d'étudiants du monde entier de se mesurer dans une phase écrite (rédaction de mémoires juridiques) puis dans une phase orale (plaidoiries à Vienne) dans le cadre d'une procédure arbitrale fictive.

Le Moot a reçu le nom de Willem C. Vis (1924-1993) qui fut un éminent expert en contrat commercial international et en règlement des différends. Depuis sa création le Moot a été administré par Eric Bergsten, Professeur Émérite de la Faculté de Droit de la Pace University et ancien secrétaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

Cette année, comme par les années passées, le sujet du concours traitait d'un contrat international de vente conformément à *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM).* La question de fond était liée à des allégations de bris du contrat de vente par le vendeur, et, comme toujours, il y avait une question de procédure: cette année il s'agissait de savoir si la clause d'arbitrage contenue dans la convention de vente était applicable et obligeait les parties à avoir recours à l'arbitrage sur la question de la formation de ce contrat. Ces différends sont toujours résolus dans le cadre des règles d'une institution d'arbitrage qui commandite le Moot. Cette année, les règles du JAMS ont été utilisées.

Le format du Moot nécessite plusieurs mois de préparation et de travail acharné qui culminent dans une compétition orale à Vienne. Toutes les équipes sont tenues de présenter deux mémoires: l'un pour la demande et l'autre pour la défense. Ces mémoranda sont passés en revue un certain nombre de fois par des avocats en arbitrage du monde entier, et, finalement, les 15meilleurs mémoires sont distribués pour un classement final. La qualité des mémoires écrits est véritablement remarquable.

La compétition orale dure une semaine complète. Des rondes générales ont lieu pendant les quatre premiers jours de la compétition. Les équipes et les plaideurs sont notés par un panel de trois arbitres.

Les rondes éliminatoires ont alors lieu, d'une manière qui rappelle les NCAA Na-

tional Basketball Championship Tournament. Les équipes qui ont les points les plus élevés dans les rondes éliminatoires sont jumelées et chaque Moot voit à l'élimination de l'une des deux équipes. À la fin de chacune des rondes éliminatoires les équipes se rassemblent dans la zone commune du Juridicum et attendent avec impatience les décisions des Moot. La ronde finale se tient dans une grande salle de congrès, et est suivie d'un banquet au cours duquel les différents prix sont annoncés.

Le Vis Moot est une extraordinaire réunion d'étudiants, de professeurs qui agissent comme entraîneurs et de praticiens de l'arbitrage. Environ 15 équipes y ont participé la première année. Ce concours a connu une croissance spectaculaire depuis lors, avec un nombre toujours croissant d'universités participantes. Cette année, plus de 1300 étudiants y ont participé. Ils venaient de 204 facultés de droit dans 53 pays. Presque tous les pays ayant les facultés de droit y sont représentés, ce qui permet d'avoir une intéressante combinaison de traditions juridiques en compétition les unes avec les autres.

Les facultés de droit et les praticiens ont toujours été bien représentés à Vienne. Cette année, le Canada était représenté par l'Université McGill, la faculté de droit de Osgoode Hall, l'Université d'Ottawa et l'Université Queen's. Au cours des années passées, l'Université de Montréal et l'Université Laval y ont également participé. Les praticiens et les universitaires canadiens présents incluaient Noemi Gal-Or, Brian Casey, Anthony Daimsis, William Horton, Emiliya Mashkovtseva, Peter Mazzacano, Antonin Pribetic, Joel Richler, Heloise Robinson et Janet Walker.

Les équipes et les étudiants canadiens ont également obtenu une reconnaissance bien méritée. Ils obtiennent régulièrement des récompenses avec mention honorable. En 2006, Sonu Dhanju de la faculté de droit Osgoode Halll a remporté le Prix Martin Domke pour la meilleure plaidoirie individuelle dans la ronde d'élimination. En 2004 Osgoode a remporté le prix Frédéric Eisemann remis à l'équipe gagnante de la ronde orale.

Cette année, l'Université Carlos III de Madrid et le Touro College Law Center ont été les deux finalistes de la ronde orale. L'équipe espagnole a gagné. L'Université de California, Berkeley, a remporté le Prix Piter Sanders du meilleur mémoire du demandeur. L'Université de Heidelberg a remporté le Prix Werner Melis du meilleur mémoire de défense. Lennart Beckhaus de l'Université de Munster a remporté le prix du meilleur plaideur de la ronde d'élimination. Osgoode a reçu une mention honorable pour son mémoire défense et l'un des membres de l'équipe, Tariq Rangwala, s'est classé troisième meilleur plaideur dans la ronde l'élimination.

1 Note de la traduction: traditionellement le mot Moot n'est pas traduit en français pour cette competition que l'on peut voir familièrement appeler "le Moot".

BUSINESS VALUATION
DAMAGES QUANTIFICATION

Established in 1979, our practice is devoted exclusively to business valuation and the quantification of economic damages. Our professionals have presented expert evidence to the courts in over 250 cases involving business valuation, damages quantification, and other disputes of a financial nature. We have also been court-appointed and have acted as independent valuation advisors to Justice Canada, the Canada Revenue Agency, the Competition Bureau, the Attorney General of Ontario as well as securities regulators.

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

- **Loss of profits**
- **Fairness opinions**
- **Securities litigation**
- **Shareholder disputes**
- **IP infringement**
- **Solvency opinions**
- **Forensic accounting**
- **Buy-sell agreements**

For more information, please contact one of our senior professionals:

Richard M. Wise, FCA, CA•IFA, FCBV, FASA, C.Arb.
Gerald S. Blackman, CA, CBA, CFE
Catherine Tremblay, DPA, CA, CBV, ASA

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

Tel (514) 875-8100 • Fax (514) 875-9109

Best Practices For Interviewing Potential Arbitrators And Making Financial Arrangements

We asked four experienced arbitration practitioners from across Canada to share their views on interviewing commercial arbitrators. We invite you to "listen-in" on their round-table discussion on that subject.

Mary Comeau
Macleod Dixon
Calgary

Clayton Shultz
Clayton Shultz & Assoc. Surrey

Jack Marshall
Macleod Dixon
Calgary

Brian Casey
Baker & Mackenzie
Toronto

Mary Comeau: I'd like to begin by thanking you all for participating in the roundtable discussion on the topic of interviewing prospective arbitrators and making financial arrangements. There's been some debate over the practice of interviewing prospective arbitrators. It's not, *per se*, forbidden or unethical, although some arbitrators will refuse an interview outright. I think most agree that some initial contact is necessary to advise the candidate of the nature of the controversy, the anticipated proceedings, and to discuss the candidate's qualifications, availability, and potential conflicts. With that brief introduction, I'd like to find out first from each of you what your experience has been. Are such interviews becoming more or less prevalent?

Clayton Shultz: I think that they're becoming more prevalent. If nothing else, that's the time to deal with conflicts and establish the basis for the arbitrator's charges. I can't recall having ever been appointed without receiving a preliminary call from the B.C. Arbitration & Mediation Institute, Counsel, or a party.

Brian Casey: It is certainly much more prevalent than it was. And I think we have to break it down perhaps a little bit into the domestic and international spheres. I think internationally it has become almost de rigueur. The reason in part, I think, is because of the proliferation of arbitration and the fact that today a lot of counsel don't know the arbitrators on a firsthand basis and certainly their clients don't. In major arbitrations, the client wants to be able to say they've actually seen their nominee or the chair before he or she walks into the hearing room.

Mary: That is interesting. I think in my experience more as an arbitration lawyer who interviews arbitrators, the process has become more formal in recent years. Fifteen years ago when I started, you'd often just pick up the phone and chat with a potential appointee in a very general way, and now I think the practice is more formal, setting things up certainly at least by an e-mail if not a letter, and then setting out the process and the topics you'll discuss at the first interview.

Jack, perhaps you can tell us a little bit about what your general practice is when a party contacts you in relation to being appointed.

Jack Marshall: Thanks, Mary. I think with respect to interviewing, the practice has changed quite a bit. I can think of a specific instance perhaps 15 or 20 years ago with a matter involving a very significant arbitration for an international energy company, they had a group of three people and they wanted to go and interview prospective candidates. They were looking for an economist. They wanted to visit various people and so on. Well, today I don't think that would ever happen. The approaches that seem to be made are often by one of the counsel on behalf of both counsel. They jointly discuss that they will have one call or they sometimes both call. In my own practice, when I'm approaching someone, I am concerned about having a discussion that goes beyond the key points that have been enumerated: the nature of the matter; when the hearing would likely be; qualifications; conflicts; and that sort of thing. So I very often make sure that it's all in writing, and I send e-mails so that I know exactly what was said and what was not said, and then you're in a position to be able to satisfy the other party that there has been no inappropriate discussion about the merits to try to get a friendly arbitrator appointed.

Clayton: I tape my calls. I get permission to do so as soon as I learn the reason for the call. These preliminary discussions can become a source of future difficulty. I've never had a party or counsel object to taping.

Brian: From my experience, again primarily internationally, the tendency is that the in-house counsel for the client will want to actually see the individual. While you could use telephone interviews in some cases, in my experience, we're still seeing a lot of face-to-face interviews which are sometimes taped. When I'm being interviewed, I take at least a quick note. There's a big debate now as to whether taping is or is not a good idea, but I certainly have seen it done.

Mary: Brian, what would you see as the pros and cons of taping?

Brian: It provides a record that can be produced, and depending on the quality, which depends on the manner in which the tape has been made, it may provide fodder for the other side who, in bad faith, is trying to find some excuse to set aside something that's occurred. If careful notes have been made of the gist of the conversation, then that limits the mischief. Also, I think there is still a certain level of expectation that the people you are approaching are honourable, and at what point do you say it's overkill to insist that all of these checks and balances are put in place? You know, in our field, at some point, someone should do a comparison between the steps that potential arbitrators must go through compared to the laissez-faire attitude to selecting a judge or keeping a judge. Imagine asking a judge: "Does your wife have shares in either of the companies that may come before you?" We may be going too far with arbitrators.

Jack: If I can just pick up on that. One of the interesting things is to compare the arbitration world to the litigation world. It would never be a ground of disqualification that the judge had sat on a similar case, even one involving one or both of the parties. The idea that because you had decided a case on a foreclosure for the Royal Bank meant that you couldn't hear another case involving a foreclosure for the Royal Bank would be considered really novel. That simply doesn't happen. But when appointing arbitrators, one often hears objections on these grounds.

Brian: I think we also have to make the clear distinction between the obligation to advise the parties of areas that might give rise to a question of conflict or bias, which is a subjective test, against the very narrower ground of actually objectively saying this person should be disqualified. And I think that there's a misconception here that if an arbitrator puts down something as a fact that should be disclosed, that that automatically means the arbitrator should be disqualified when, in fact, that's not the case. However, given the luxury of being able to choose your own judge, if one side or the other just says no, we don't want that person, then so be it.

Clayton: In answer to Mary's comment about the downside to taping, the one I get caught on is failing to notice when the tape ends. When that happens, I'd have been better off not to have taped in the first place. But, Brian, I'm interested in your comment that notes would provide a more reliable record of the conversation than a transcript of it.

Brian: I think that it comes back to the point that you just made, that because of the vagaries of tape recording, sometimes you don't capture the point that was raised and the answer given. I find brief concise notes better than working through five minutes of mumbled conversation that people are trying to decipher.

Mary: So we have one who likes to tape and one who likes to keep notes. Jack, we need to break the tie here.

Jack: If I'm being interviewed, I usually take notes and do not tape. Most importantly I like to have a list of the subjects that I want to have a discussion about and thereby control the agenda, if you like. And the other thing I guess I'm always aware of — and Brian, I'd be interested in your views on this, is that it's kind of like being approached on the question of whether or not you'd be interested in taking a case as counsel in a litigation matter. You want to hear enough to know about what's in dispute and who the parties are, but you don't want to hear so much that you're conflicted. If you don't get retained, you may want to be retained by the other side, and you don't want to be conflicted out. And these days everybody in the legal profession is so concerned about conflict. So I find that it's a good practice just to say right at the outset that I don't want to hear anything of a confidential nature that would put me in a position of conflict. All I want to know about is these certain things. Obviously they're going to have their questions of my background and experience and so on so that they can determine whether I have the background that would be appropriate to sit as an arbitrator in the case, but to the extent possible, I try to control the agenda and, thus make sure that it doesn't go offside.

Clayton: That very much applies to me. Having an accounting and valuation background rather than a legal one, I have to be sure that my qualifications would be helpful to the parties compared to someone who knows more about the specific law relating to the dispute. Jack's comments about controlling the agenda are important and it's particularly difficult when one or both parties represent themselves.

Client Involvement

Mary: That loops us back to a comment that Brian made earlier, and I think it applies especially in the circumstance you describe, Clayton. Where people are unrepresented it's an obvious issue, but also the point Brian made earlier relates to this as well. As lawyers who practice in the area, I think we're often very familiar with the people that we're proposing to our clients as arbitrators, but often our clients have never met these people and aren't terribly familiar with them. As a result, even when clients are sophisticated and well-represented, they sometimes insist on attending the interview with the arbitrator. I'm curious, Brian, as to what your view is on having clients participate.

Brian: I favour the idea because, just as you pointed out, usually it's in-house counsel or a senior member of the corporation, and they just want to say they've seen this person and get a sense of the person. For that reason I'm all in favour of bringing my client along when I'm counsel, and I have no difficulty when I'm being interviewed as arbitrator in having a represen-

tative present. You do get into the usual thing in which counsel is nervous and concerned about making sure the client doesn't exceed the bounds of propriety and ask questions they should not. The client, of course, is interested in asking the very questions that they shouldn't. Everyone is aware of that little tension, and I think the manner in which you handle the interview with both parties present gives them both a sense of the way in which you will handle the arbitration if you are appointed. So it's all of those visual cues and other body language and presence issues that they can assess simply in the give and take of questions and answers.

Mary: Jack, what's your perspective on that?

Jack: I thought Brian was going to say no, he didn't like to have the clients there, but obviously his experience has proven otherwise. I guess I'm always just worried about a bit of a minefield. We've had a number of cases that Mary and I have worked on together, in fact, where we've had all sorts of issues about objections to various and sundry people for the darndest reasons. In one we had an objection from the other side which was a company in the U.S. but it was controlled by a major Canadian company and they didn't want anybody from western Canada, period, on the grounds that they would be biased.

Mary: Yes I recall that case. They did not want anyone who had any involvement in the western Canadian sedimentary basin. It certainly cut a wide swath.

Jack: So I guess maybe I've overreacted the other way and I've tended not to have clients be involved in interviews and in fact, not do many interviews but rather, do it in writing or, if it's to select a chair, then you want both counsel involved. Then at that point, of course, if both of them were there, well, then the door's wide open and various questions can be asked. This discussion leads me to a question in my own mind. I'd be interested to just get the reaction of Clayton and Brian on this. One of the key things in arbitration, and indeed we're going to talk about this in a conference we've got coming up next month here in Calgary, is, arbitrations that go off the rails. And one of the reasons that they go off the rails in the view of some is that they take on all the trappings of lawsuits with very extensive discovery and production of documents. Is it an appropriate question to put to a candidate arbitrator whether they have a view on whether arbitration should be more the European model or more the American or North American litigation model, in order to try to get some sense for how things will unfold if you do make the appointment?

Is Arbitration too Much Like Litigation?

Brian: Let me see if I can give you my response to that. I think in almost every case it comes down to the expectation of the clients and counsel. There is presently a movement amongst arbitrators to try and educate lawyers as to the benefits of the arbitration process so that you don't need to take on board all of the trappings of a lawsuit. But if you can't educate the parties to that, if the parties expect to have full discovery, both documentary and oral or, for that matter, depositions under the U.S. Federal Rules of Civil Procedure, and they both agree, that's what they get. You can tell them you don't think they really need it, but they say they do, then there you are. It's a disappointment and I would like to see this starting right at the law schools and then through the law firms. It's a disappointment that the great flexibility one can bring to this dispute resolution mechanism has not been explored by counsel who, in many cases, simply for comfort fall back on what they're used to.

Mary: I do think that happens often Brian, I agree with you, that if both parties agree that's what they want, it's difficult as an arbitrator to suggest that that's not what they should get. It's their process. But, in my experience, and I think Jack's as well, what often happens is that one party will find it's to their benefit to push for very broad document production, very long discovery, and have a lot of process, while the other party will be of the view that it's an arbitration and a more streamlined process is appropriate. Depending on the approach, particularly of your chair, one of those views will be more accepted or more likely to rule the day. For that reason, Jack was posing the question of whether it is appropriate to ask your arbitrator what his or her approach is in terms of the European versus, what some would call, the North American approach?

Brian: I think a candidate would say it all depends, because that is the reality. The fallback position generally now is the IBA rules; and even in major international arbitration involving a civilian panel, if they believe that it is necessary for the advancement of the case and in the interests of justice to order some form of oral discovery, they'll do it. But, again, at the interview stage, I would expect an arbitrator candidate to say it all depends, although I'm sensing that generally people will say the IBA rules are the position you start with and then move from there.

Mary: Clayton, what's your perspective on that?

Clayton: Well, I think it's a very important topic. When parties initiate the consensual process by agreeing to settle future disputes by arbitration instead of litigation, they have in mind all the positive aspects that arbitration is designed to provide. This includes the ability to set their own procedures in the expectation that this will be efficient in terms of timeliness and cost. But when an actual dispute occurs, the lawyers who drafted the agreement are replaced by litigation counsel who are most comfortable with the court processes that they're used to. If you deviate from the conventions in a material way, you've got to be careful that deviations are documented and formally accepted by the parties. Under the BCICAC Rules, arbitrators are supposed to report deviations to the BCICAC.

I was involved in a situation where counsel agreed, informally but on the record that, in the interest of efficiency, the experts could testify on matters outside their expertise. As a result, an accountant was allowed to describe the legal implications of a contract. When one party felt that they were losing ground, they sought to set aside the informal agreement. The ensuing argument and resolution consumed more

time and expense than would have occurred if the conventional practices relating to the admissibility of expert testimony had been followed.

Mary: That's an interesting situation. I wonder, however, if you would be comfortable at an initial interview when someone's contacted you as a prospective arbitrator to advise of your general view. Let's put it back to Jack, since he started this question.

Clayton: Definitely. I'd even go further. I think that it's incumbent on the arbitrator to point out that this flexibility is available and to initiate suggestions that will make the process more efficient.

Jack: Yes, I think the word "flexibility" kind of says it all. And, Brian, you commented to that effect. I think that it's important that if you are the subject of the interview, you make it clear that the arbitration can be much more flexible and that you will work with counsel to ensure that the matter proceeds expeditiously and in a manner that's fair to the parties. You do have a lot less rigidity than you have if you're dealing with something under the Rules of Court.

Mary and I had an arbitration in Ontario a couple years ago where the agreement called for arbitration, but incorporated the Ontario Rules of Court. That took away a lot of the flexibility. We ended up in one particular step where both sides had to retain counsel to argue Ontario procedural law as to whether certain evidence was or was not to be gathered. So I think this is one of those things that is of major concern to me because the predisposition, if you like, of the panel and particularly the chair, in one direction or the other can turn what might be, say, a two-week proceeding, into a two or six-month proceeding. It depends what side you're on what you think of that. Your client may favour the short proceeding, they may favour the long one, and people may think they're in agreement in the beginning. If you can get them to write it out in a procedural order that you can sign so that everybody knows the rules, that's fine. If it's not really clearly dealt with in the beginning and then you've got to make a ruling at a time when one side wants to go one way and the other side wants to go the other way, that's when you earn your fees.

Mary: I have one more question in relation to the interview process. What do you do, when you have a party that's approached you and has inadvertently or by over enthusiasm gone over the edge and, either in an e-mail or in an interview, has disclosed to you a fair bit about their position or their views? Clayton, in your experience, it sounds like you might have to deal with that a little bit more frequently than Jack or Brian, so maybe I'll start with you.

Apprehension of Bias

Clayton: Yes, I have had that exact experience. Immediately after I was appointed, I received a copy of an e-mail sent by the respondent's accountant to the claimant's consultant. What was characterized as a "blasphemous" email was incomprehensible to me. The claimant immediately yelled "Apprehension of bias,... Shultz has got to go." I initially resisted and the "aggrieved" party appealed to the BCICAC. I eventually recused myself on the "who needs it" principle, but I'm not sure that I'd be so quick to do so next time. What do you think?

Mary: Brian, what are your views on that?

Brian: I would have taken the latter course on the basis that there's no way that once an arbitrator is chosen, one side or the other can bounce him or her by providing improper information and thinking that that's going to trigger a problem. Equally, the other side should not immediately leap to the conclusion that the arbitrator is so weak-willed as to be swayed by a blasphemous e-mail. I would have simply responded by saying, I've received this rather incomprehensible e-mail which I shall ignore, and get on with the case.

Mary: Jack, do you have any different thoughts on it?

Jack: No, I think I agree with that. I guess the only possibly different way I might deal with it is, if I had received such communication, I may then call both the parties and have them both either in a meeting with me or on the phone, to say that I got this and would be ignoring it. I would want to make sure whatever I said to one was being said to the other.

Brian: Yes.

Clayton: Actually, I tried to do exactly that, but the respondent's counsel declined to attend either a conference call or an interlocutory hearing.

Brian: In those circumstances, I think the arbitrator, as well has to take a step back, just as you did, and say "you know, who needs this?" If they want to have this kind of a fight, let them go to it and I'm going to step away.

Jack: I think that's a sound bit of advice because it's a pretty clear signal that the whole process is not going to end well. And if you have the opportunity to exit stage left, maybe that's what you should be doing. Who needs all that aggravation in their life?

Clayton: What concerns me is that the mere mention of bias creates the possibility of its presence. It's anecdotal, but I have been told that in two-thirds of the cases that our Centre administers, apprehension of bias comes up as a serious issue, and it seems to me to be a bit too much of a con game.

Jack: Yes, I couldn't agree more. I think it is abused. I do a lot of courtroom litigation, not just arbitration, and if you look at the litigation context I think that different standards apply. No one would suggest for a minute that you would challenge a judge for some of these reasons, but people feel that with arbitrators, we're paying for them so we can apply a different standard.

Mary: I think that is the view of many counsel and I think there's the understandable perspective of many arbitrators that it looks unseemly for them to be trying to hang on. Some simply take the view that, if, for whatever reason, the parties don't have confidence in me, I'm not going to continue. I do think that that gets abused

by some counsel who raise it knowing that the arbitrator will feel the need to step down and it's an unfortunate and difficult circumstance to deal with.

Financial Arrangements

Mary: In the time we have left, I'd like to follow up on the topic that Clayton just touched on, and that's how you get paid, which is often a part of the initial interview. Perhaps I'll start with you, Clayton, in terms of your practice being slightly different. What's your usual practice in terms of setting up financial arrangements?

Clayton: I'll speak as though I do what I should be doing. At the initial interview, I make it clear that I require a series of deposits sufficient to cover the preliminary matters and hearing and something toward the award writing time. The parties must pay the balance before taking up the award. I emphasize that unpaid costs of the arbitration gives me an unacceptable pecuniary interest in the outcome of the matter.

One problem arises from my being too conservative in estimating the time that the preliminary matters will take and not being quick enough to halt the process when things get out of hand. I have had several experiences with impecunious parties who think that they can pay the costs of the arbitration from the proceeds of their award! I haven't had a problem collecting during the hearing, probably because the timing of that part of the process is in counsel's hands.

I haven't found an easy way to send interim bills during the award writing phase. It's my policy to send detailed accounts indicating what I've done and when. This is straightforward during the preliminary stages when the arbitrator's activities are generally visible, but the arbitrator's entitlement to deliberate in secrecy precludes a detailed breakdown of the award writing activities. Even when I obtain a deposit to cover the writing of the award, I'm chronically timid with my estimate.

Mary: How about you, Jack, what's your practice and experience been?

Jack: Well, my practice is much more laxe than it ought to be, but to give one illustration, I was appointed to a panel dealing with an international arbitration chaired by a prominent and experienced European arbitrator. In the first call we had among the arbitrators, we discussed the matter of fees and came up with an estimate as to what sort of aggregate fees and expenses would be involved. There was quite a bit of expense for travel, as well. The chairman then came up with a number, his position and the other arbitrator's position, who had been party appointed, was that all the fees should be billed through the chairman and that he should hold the funds in trust. The two wingers, so to speak, would submit their accounts to him and he would pay them. My colleague on the panel who had been appointed by the other party was very anxious that we do that. He did not want to compromise his independence, if you like, by sending bills to the party who had appointed him. A retainer in a significant sum was paid into the trust account of the chairman of the panel, and as accounts were submitted monthly, payments were made and the parties were advised.

It got to the point where a refresher was required. He calculated what that should be and told the parties that an additional amount needed to be deposited. One of the parties had no money. The Chair told the other party that if he wanted to go ahead, they had to come up with 100 percent of the additional refresher, which happened, and we then carried on to conclude the arbitration. I guess that's the best practice, in that, you know, you do have that separation from the party who appointed you, and everything is being done through the chair. The chair ensured that all the money was there and everybody got paid.

Mary: That's an interesting approach. Brian, what's your experience been on the international front?

Brian: That's my experience. In fact, I adopt that even domestically where there are three arbitrators, much to the chagrin of my assistant, Kim Humphrey, who does the books. But when I'm sitting as chair, the usual practice is to suggest that all of the accounts come to the chair and deposits come to the chair.

Backing up for a moment, though. How I deal with being a sole arbitrator not institutionally appointed, is to do just what has been suggested, and that is deposits. What I've started to do — and I have a retainer letter that I require be signed by both sides — is not only to have a deposit, but to state in the retainer letter that my full account is a joint and several liability. That way, if one party cannot pay, you can turn to one side or the other and advise that there is a shortfall they are going to have to pick up. Sometimes you get a bit of resistance, sometimes not.

On the deposit side, my general practice is to use as a fallback, the UNCITRAL rules that say if a deposit has not been received within 30 days of its request, then the tribunal may turn to the other party and ask that full deposits be made, failing which the arbitration is either suspended or terminated.

Mary: Well, that sounds like it's certainly good advice. On that note, it looks like our time is up. I want to thank you all for taking the time to participate. I'm sure with your years of collective experience, your comments will be very insightful to our readers.

ADR Institute of Canada Corporate Members

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

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

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

Conseils pratiques relatifs à l'entrevue d'arbitres potentiels et à la conclusion d'ententes financières

Nous avons demandé à quatre avocats canadiens expérimentés en arbitrage de partager leurs opinions à l'égard des conférences en arbitrage commercial. Nous vous invitons à «écouter» leur discussion sur ce sujet.

Participants
Brian Casey, Baker & Mackenzie — Toronto
Mary Comeau, Macleod Dixon — Calgary
Clayton Shultz, Clayton Shultz & Associates — Surrey
Jack Marshall, Macleod Dixon — Calgary

Mary Comeau: *J'*aimerais au préalable remercier chacun de vous pour votre participation à la discussion d'aujourd'hui. Nous allons tenir une table ronde sur le sujet de l'entrevue d'un arbitre éventuel et de la conclusion de l'entente financière. Il y a eu un certain débat sur la pratique des entrevues d'arbitres éventuels. Ce n'est en soi ni interdit ni contraire à l'éthique, bien que certains arbitres refusent carrément de se soumettre à une entrevue. Je pense que la plupart sont d'accord sur la nécessité d'une certaine communication initiale pour informer le candidat de la nature du différend, des procédures prévues, et pour discuter de la qualification du candidat, de sa disponibilité et de possibles conflits. Après cette brève introduction, j'aimerais d'abord connaître quelle a été l'expérience de chacun de vous. De telles entrevues sont-elles devenues courantes?

Clayton Shultz: Je pense qu'elles deviennent de plus en plus courantes. C'est le moment de traiter des conflits et d'établir la base des frais de l'arbitre, ne serait-ce que ça. Je ne me souviens pas d'avoir été nommé sans avoir eu un entretien préliminaire avec le B.C. Arbitration & Mediation Institute, un avocat ou une partie.

Brian Casey: C'est certainement plus courant que ça ne l'était. Et je pense qu'il faut distinguer entre le milieu canadien et l'international. Je pense qu'à l'international, c'est devenu presque de rigueur. La raison en partie, je pense, réside dans la prolifération d'arbitrages et dans le fait qu'aujourd'hui, plusieurs avocats ne connaissent pas les arbitres personnellement, leurs clients certainement pas. Dans des arbitrages importants, le client veut pouvoir dire qu'il a effectivement vu l'arbitre qu'il a nommé ou le président avant qu'il n'entre dans la salle d'audition.

Mary: C'est intéressant. Je pense que, de mon point de vue d'avocate qui rencontre les arbitres, le processus est devenu plus formel ces dernières années. Il y a quinze ans, lorsque j'ai commencé, souvent on n'avait qu'à téléphoner et causer avec un arbitre potentiel de façon très générale, et maintenant, je pense que l'approche est plus formaliste, en établissant les choses au moins par courriel si ce n'est par lettre, et puis en indiquant le processus et les sujets qui seront discutés lors de la première rencontre.

Jack, vous pourriez peut-être nous dire un peu comment vous procédez de façon générale lorsqu'une partie s'adresse à vous en vue de vous nommer.

Jack Marshall: Merci, Mary. Je pense qu'en ce qui a trait aux entrevues, la pratique a beaucoup changé. Je pense à un cas particulier, il y a 15 ou 20 ans, à un dossier concernant un arbitrage très important pour une société d'énergie internationale. Ils étaient un groupe de trois personnes et ils voulaient rencontrer les candidats éventuels. Ils recherchaient un économiste. Ils voulaient rencontrer diverses personnes et ainsi de suite. Eh bien, aujourd'hui, je ne pense pas que cela se produirait. Les démarches qui sont entreprises le sont souvent par un des avocats au nom des deux avocats. Ils discutent ensemble du fait qu'ils auront un appel ou quelques fois, les deux appellent.

Dans ma pratique, lorsque j'aborde quelqu'un, je suis soucieux d'avoir une discussion qui ne va pas au-delà des éléments clés qui ont été énumérés: la nature du dossier, le moment de l'audition, la qualification; les conflits; et ce genre de choses. Ainsi, je m'assure souvent que ce soit tout par écrit, et j'envoie des courriels pour savoir exactement ce qui a été dit et ce qui n'a pas été dit, et ainsi je suis en mesure de satisfaire l'autre partie quant au fait qu'il n'y a eu aucune discussion inappropriée sur le bien-fondé d'essayer de faire nommer un arbitre sympathique à ma cause.

Clayton: J'enregistre mes appels. Je demande la permission de ce faire dès que je connais le but de l'appel. Ces discussions préliminaires peuvent devenir une source de difficultés à l'avenir. Aucune partie ni aucun avocat ne se sont objectés à l'enregistrement.

Brian: D'après mon expérience, surtout à l'international, la tendance est que le conseiller à l'interne de la cliente voudra en fait rencontrer la personne. Bien que les entrevues téléphoniques soient utilisées dans certains cas, d'après mon expérience, il y a encore beaucoup d'entrevues en personne et qui sont quelquefois enregistrées. Lorsque je suis en entrevue, je prends au moins de courtes notes. Il y a un grand débat maintenant sur l'opportunité des enregistrements, mais j'en ai certainement été témoin.

Mary: Brian, quels sont d'après vous les avantages et les inconvénients de l'enregistrement?

Brian: Il fournit une preuve qui peut être produite et, selon la qualité qui dépend de la façon dont l'enregistrement a été fait, il peut donner des arguments à l'autre partie qui, de mauvaise foi, peut tenter de trouver un motif pour annuler quelque chose qui s'est passé. Si on a soigneusement pris des notes de l'essentiel de la conversation, alors cela limite les dégâts. Également, je pense qu'on s'attend d'une certaine façon à ce que les personnes qu'on aborde soient honorables, et à quel moment peut-on dire alors que c'est exagéré d'insister que tous ces freins et contrepoids soient mis en place?

Vous savez, dans notre domaine, à un certain moment, quelqu'un devrait comparer les étapes que doit franchir un arbitre potentiel et l'attitude de laissez-faire qui prévaut lors de la sélection d'un juge ou de sa confirmation dans ses fonctions. Imaginez demander à un juge: «votre femme a-t-elle des actions de l'une des sociétés qui pourrait comparaître devant vous?» Nous allons peut-être un peu trop loin avec les arbitres.

Jack: Je voudrais élaborer un peu sur ce sujet. Une des choses intéressantes consiste à comparer le monde de l'arbitrage au monde des tribunaux de droit commun. Si un juge avait entendu une cause similaire, ce ne serait jamais un motif de récusation, même si l'une des parties ou les deux y étaient concernées. L'idée que, parce que vous avez décidé d'une action en forclusion pour la Banque Royale, vous ne pouvez pas entendre une autre cause concernant une forclusion pour la Banque Royale, serait vraiment considérée comme novatrice. Ça n'arrive tout simplement pas. Mais lorsqu'on nomme un arbitre, on entend souvent des objections fondées sur ce genre de motifs.

Brian: Je pense que nous devons clairement distinguer entre l'obligation d'aviser les parties de domaines qui peuvent soulever la possibilité d'un conflit ou d'un parti pris, ce qui constitue un test subjectif, et la conclusion très précise de dire objectivement que cette personne est inhabile. Et je pense qu'il y a une méprise ici à l'effet que si un arbitre décide qu'un élément est un fait qui doit être divulgué, cela signifie automatiquement que l'arbitre devrait être récusé, alors que dans les faits, ce n'est pas le cas, Par contre, étant donné le luxe que vous avez de choisir votre propre juge, si une partie ou l'autre n'en veut pas, alors ainsi soit-il.

Clayton: En réponse au commentaire de Mary sur l'envers de l'enregistrement, il y a une chose qui m'arrive régulièrement, c'est de ne pas remarquer la fin du ruban magnétique. Lorsque cela arrive, il aurait mieux valu ne pas enregistrer du tout. Mais, Brian, je suis intéressé par votre commentaire à l'effet que des notes peuvent fournir une meilleure preuve d'une conversation que sa transcription.

Brian: Je pense que ça revient à l'argument que vous venez de présenter, à savoir qu'à cause des aléas de l'enregistrement, quelquefois le point soulevé ou la réponse donnée ne sont pas saisis. Je trouve des notes brèves et concises plus utiles que le fait de passer à travers cinq minutes d'une conversation inintelligible que les gens essaient de déchiffrer.

Mary: Alors, nous avons une personne qui aime enregistrer et une autre qui aime prendre des notes. Jack, nous devons départager.

Jack: Si je suis en entrevue, je prends d'habitude des notes et je n'enregistre pas. De façon plus importante, j'aime avoir une liste des sujets dont je veux discuter et ainsi mener la rencontre, si vous voulez. Et l'autre chose que je crois avoir toujours à l'esprit – et Brian, je suis intéressé à connaître ton opinion là-dessus – c'est comme être abordé pour savoir si vous êtes intéressé à prendre un dossier à titre d'avocat dans une affaire de litige. Vous voulez en entendre assez pour savoir ce qui est en litige et qui sont les parties, mais vous ne voulez pas en entendre tellement que vous devenez en situation de conflit d'intérêts. Si vos services ne sont pas retenus, vous pourriez vouloir offrir vos services à l'autre partie et vous ne voulez pas être en situation de conflit d'intérêts. Et en ce moment, toute la communauté juridique est tellement préoccupée par le conflit d'intérêts. Alors, je trouve qu'il est de bonne pratique de dire dès le départ que je ne veux rien entendre de nature confidentielle qui pourrait me placer en situation de conflit d'intérêts. Tout ce que je veux savoir se résume à certaines choses. Évidemment, il y aura des questions sur mes antécédents et mon expérience et ainsi de suite pour qu'ils puissent déterminer si mes antécédents sont appropriés pour que je sois un arbitre dans le dossier, mais dans la mesure du possible, j'essaie de contrôler la discussion et, ainsi, m'assurer qu'il n'y a pas de dérive.

Clayton: Cela s'applique beaucoup à moi. Ayant une formation en comptabilité et en évaluation plutôt qu'en droit, je dois m'assurer que mes compétences sont utiles aux parties comparativement à celles de quelqu'un qui connaît mieux le droit spécifique concernant le différend. Les commentaires de Jack sur le contrôle de la discussion sont importants et c'est particulièrement difficile lorsqu'une partie se représente elle-même ou que les deux se représentent.

La participation du client

Mary: Cela nous ramène à un commentaire que Brian a fait plus tôt, et je pense qu'il s'applique surtout à la situation que vous décrivez, Clayton. Lorsque les gens ne sont pas représentés, c'est un problème évident, mais l'argument de Brian plus tôt concerne ceci également. En tant qu'avocats qui pratiquons dans ce domaine, je pense que nous connaissons bien les personnes que nous proposons à nos clients comme arbitres, mais souvent nos clients n'ont jamais rencontré ces personnes et ne les connaissent pas bien. En conséquence, même lorsque les clients sont sophistiqués et bien représentés, ils insistent quelquefois pour assister à l'entrevue de l'arbitre.

Je suis curieux, Brian, de connaître votre opinion sur la participation des clients.

Brian: J'appuie ce principe parce que, tel que vous l'avez indiqué, d'habitude il s'agit d'un conseiller juridique à l'interne ou d'un dirigeant principal de la société, et ils veulent simplement pouvoir dire qu'ils ont vu cette personne et se faire une idée sur la personne. Pour cette raison, j'appuie entièrement la présence de mon client lorsque je suis son avocat, et je n'ai aucun problème avec la présence d'un représentant lors de mon entrevue comme arbitre. Vous avez la réaction normale de l'avocat qui est nerveux et inquiet parce qu'il veut s'assurer que son client respecte les convenances et qu'il ne pose pas de questions incongrues. Le client, bien sûr, veut poser les questions qu'il ne devrait pas. Tout le monde sent cette tension dans l'air, et je pense que la façon dont vous menez l'entrevue avec les deux parties présentes leur donne une idée de la façon dont vous allez mener l'arbitrage si vous êtes nommé. Alors, ce sont tous ces indices visuels et les autres éléments de langage corporel et de présence qu'ils peuvent facile-

ment évaluer lors de l'échange de questions et de réponses.

Mary: Jack, qu'en pensez-vous?

Jack: Je pensais que Brian allait dire non, qu'il n'aimait pas avoir les clients présents, mais de toute évidence son expérience a été différente. Je crois que je m'inquiète toujours que ce soit un terrain miné. Nous avons eu un nombre de dossiers dans lesquels Mary et moi avons travaillé ensemble, et où nous avons eu toutes sortes de questions sur des objections envers diverses personnes pour les motifs les plus incongrus. Dans un cas, nous avons eu une objection de l'autre partie qui était une société des États-Unis mais contrôlée par une importante société canadienne et ils ne voulaient personne de l'Ouest canadien, point à la ligne, au motif qu'ils auraient un parti pris.

Mary: Oui, je me souviens de ce dossier. Ils ne voulaient personne qui avait un lien quelconque avec le bassin sédimentaire de l'Ouest canadien. Ça tranchait certainement très large.

L'arbitrage est-il trop semblable au litige:

Jack: Alors, je crois que j'ai peut-être une réaction exagérée dans l'autre sens et j'ai eu tendance à ne pas faire participer les clients aux entrevues et, en fait, à ne pas faire beaucoup d'entrevues mais plutôt à tout faire par écrit ou, si c'est pour le choix d'un président, alors vous voulez la participation des deux avocats. Alors, à ce moment, bien sûr, si les deux sont présents, la porte est grande ouverte et diverses questions peuvent être posées. Cette discussion m'amène à une question qui m'est propre. Je suis intéressé par la réaction de Clayton et de Brian uniquement sur ce point. Une des préoccupations clés en arbitrage, et nous allons en parler lors d'une conférence le mois prochain ici à Calgary, c'est l'arbitrage qui dérape. Une des raisons qui peut l'amener à déraper réside dans le fait qu'il assume l'apanage de poursuites civiles avec des interrogatoires préalables très larges et des productions de documents volumineuses. Est- ce une question appropriée à poser à un candidat arbitre que de lui demander s'il pense que l'arbitrage devrait suivre le modèle européen ou plutôt le modèle américain ou nord- américain de litige, en vue d'entrevoir le déroulement de l'arbitrage s'il est nommé?

Brian: Voyons si je peux répondre à cela. Je pense que dans presque tous les cas, ça revient aux attentes des clients et des avocats. Il y a présentement un mouvement parmi les arbitres pour tenter d'éduquer les avocats aux avantages du processus d'arbitrage sans transposer les inconvénients des poursuites civiles. Mais si vous ne pouvez éduquer les parties à cet effet, si les parties s'attendent à une communication entière de la preuve, tant par des documents que par des interrogatoires, ou, tant qu'à faire, des dépositions en vertu des règles de procédure civile fédérales américaines, et que les deux y consentent, alors c'est ce qu'ils auront. Vous pouvez leur dire que vous pensez qu'ils n'en ont pas vraiment besoin, mais s'ils disent qu'ils le veulent, alors vous en êtes là. C'est décevant et j'aimerais que cela commence dès la faculté de droit et puis jusqu'aux cabinets d'avocats. Il est décevant que la grande flexibilité qui peut être apportée à ce mécanisme de règlement de différend n'a pas été utilisée par les avocats qui, dans plusieurs cas, se confortent en faisant ce qu'ils ont toujours faits.

Mary: Je suis d'accord avec vous, Brian; si les deux parties s'entendent sur ce qu'elles veulent, alors il est difficile en tant qu'arbitre de leur suggérer de faire autrement. C'est leur procédure. Mais, d'après mon expérience, et je pense à celle de Jack également, il arrive souvent qu'une partie trouve que c'est à son avantage de pousser en vue d'avoir une vaste production de documents, des interrogatoires préalables très longs et beaucoup de procédures alors que l'autre partie peut être d'avis que c'est un arbitrage et qu'un processus plus épuré conviendrait mieux. Selon l'approche, particulièrement pour le président, un de ces points de vue sera plus accepté et l'emportera. Pour cette raison, Jack posait la question à savoir s'il convient de demander à votre arbitre quel est son approche en termes de modèle européen et ce que d'aucun appellerait de modèle nord-américain?

Brian: Je pense qu'un candidat répondrait que ça dépend, parce que c'est la réalité. L'option de rechange réside généralement maintenant dans les règles de l'IBA; et même dans un arbitrage international important ayant des arbitres civils, s'ils croient que c'est nécessaire pour l'avancement du dossier et dans l'intérêt de la justice d'ordonner une certaine forme d'interrogatoire, alors ils le feront. Mais, encore, au moment de l'entrevue, je m'attends à ce que le candidat arbitre dise que ça dépend, bien que je sente qu'en général les gens diront que les règles de l'IBA sont une position de départ et que la négociation partira de là.

Mary: Clayton, qu'en pensez-vous?

Clayton: Bien, je pense que c'est un sujet très important. Lorsque les parties entament le processus consensuel en consentant à régler les différends à venir par arbitrage et non par recours devant les tribunaux, elles ont à l'esprit tous les aspects positifs pour lesquels l'arbitrage a été conçu. Ceci comprend l'habileté d'établir leur propre procédure dans un but d'efficacité en termes de temps et d'argent. Mais lorsqu'un véritable différend survient, les avocats qui ont rédigé l'entente sont remplacés par des avocats de litige qui sont plus à l'aise avec la procédure des tribunaux de droit commun qui leur est familière. Si vous dérogez des ententes de façon importante, vous devez vous assurer que les dérogations sont bien documentées et formellement acceptées par les parties. En vertu des règles du BCICAC, les arbitres doivent rapporter les dérogations au BCICAC.

J'ai connu une situation où les avocats se sont entendus, à l'amiable et au dossier, à l'effet que, dans un but d'efficience, les experts pourraient témoigner sur des matières hors de leur champ d'expertise. Ainsi, un comptable a pu décrire les conséquences juridiques d'un contrat. Quand une partie a senti qu'elle était en train de perdre, elle a tenté d'annuler l'entente à l'amiable. Il s'en est suivi que l'argumentation et le règlement ont pris plus de temps et ont engagé plus de dépenses que si les pratiques usuelles en matière d'admissibilité de témoignage

d'expert avaient été respectées.

Mary: C'est une situation intéressante. Je me demande, par contre, si vous seriez à l'aise lors d'une entrevue initiale lorsqu'une personne vous a approché pour un arbitrage possible afin de faire part de vos idées dans l'ensemble. Revenons à Jack, puisqu'il a commencé ce débat.

Clayton: Sans aucun doute. J'irais même plus loin. Je crois qu'il appartient à l'arbitre de souligner que cette flexibilité est disponible et de faire des suggestions qui rendront le processus plus efficace.

Jack: Oui, je pense que le mot «flexibilité» le dit bien. Et Brian, vous avez fait des remarques à cet effet. Je pense qu'il est important si vous êtes le sujet de l'entrevue, de faire comprendre que l'arbitrage peut être beaucoup plus flexible et que vous travaillerez avec les avocats pour assurer que le dossier procède rapidement et de façon juste et équitable. Il y a beaucoup moins de rigidité que si c'est régi par les règles de la cour.

Mary et moi avons eu un arbitrage en Ontario, il y a quelques années, en vertu d'une entente qui prévoyait l'arbitrage, mais comprenait les règles de procédure de l'Ontario. Cela a enlevé beaucoup de flexibilité. Nous en sommes arrivés à une étape en particulier où les deux parties ont dû retenir les services d'avocats pour plaider en vertu du droit de procédure de l'Ontario à savoir si certains éléments de preuve devaient ou non être réunis. Alors, je pense que c'est une de mes préoccupations principales parce que le penchant, si vous voulez, des arbitres et surtout du président pour une façon ou une autre peut transformer une instance de deux semaines en une instance de deux à six mois. Cela dépend de quel côté de la clôture vous vous trouvez sur ce sujet. Votre client peut préférer une instance courte ou une longue, et les gens peuvent penser qu'ils se sont entendus sur le sujet dès le départ. Si vous pouvez arriver à le consigner par écrit dans une ordonnance de procédure que vous pouvez signer pour que tout le monde connaisse les règles, c'est bien. Si ce n'est pas clairement établi dès le départ et que vous devez rendre une décision lorsqu'une partie veut procéder d'une façon et l'autre partie d'une autre façon, alors en ce moment-là vous allez gagner vos honoraires.

Mary: J'ai une dernière question à l'égard du processus de l'entrevue. Que faites-vous lorsqu'une partie qui vous a abordé et qui a, par inadvertance ou par excès d'enthousiasme, outrepassé les bornes et, soit par courriel soit durant une entrevue, vous a divulgué une bonne partie de sa position ou de son point de vue? Clayton, d'après vous, il semble que vous ayez eu à y faire face un peu plus souvent que Jack ou Brian, alors, je vais commencer par vous.

Appréhension de parti pris

Clayton: Oui, j'ai connu cette situation précise. Immédiatement après que je sois nommé, j'ai reçu une copie d'un courriel envoyé par le comptable de l'intimé au consultant du requérant. Ce qui fut caractérisé comme un courriel «blasphématoire» était incompréhensible pour moi. Le requérant a immédiatement crié «appréhension de parti pris, Shultz doit partir.» J'ai résisté au début et la partie «lésée» en a appelé au BCICAC. J'ai fini par me récuser sur la base du principe «ai-je besoin de ça», mais je ne suis pas sûr que je le ferai si rapidement la prochaine fois. Qu'en pensez-vous?

Mary: Brian, qu'en pensez-vous?

Brian: Je pense que j'aurais adopté la dernière attitude sur la base du principe qu'une fois un arbitre choisi, d'aucune façon une partie ou l'autre ne peut s'en défaire en donnant de l'information inappropriée et en pensant que cela va partir le bal. Également, l'autre partie ne doit pas immédiatement sauter à la conclusion que l'arbitre est si faible qu'il sera influencé par un courriel blasphématoire. J'aurais simplement répondu en disant «J'ai reçu ce courriel plutôt incongru que je vais ignorer et continuons avec le dossier».

Mary: Jack, avez-vous d'autres commentaires sur le sujet?

Jack: Non, je pense que je suis d'accord avec cela. Je pense que la seule façon peut-être différente dont j'aurais traité la chose, si j'avais reçu une telle communication, j'aurais alors peut-être appelé les deux parties et les deux, au téléphone ou en réunion en personne, pour leur dire que j'avais reçu cela et que je n'en tiendrais pas compte. Je voudrais m'assurer de dire la même chose à l'un et à l'autre.

Brian: Oui.

Clayton: En fait, j'ai essayé de faire exactement cela, mais l'avocat de l'intimé a refusé d'assister soit à un appel conférence soit à une audience interlocutoire.

Brian: Dans ces circonstances, je pense que l'arbitre également doit prendre un peu de recul, comme vous l'avez fait et se dire «vous savez, qui a besoin de ceci?». S'ils veulent ce genre de bataille, je leur cède le champ et qu'ils y aillent.

Jack: Je crois que c'est un conseil très sage parce que c'est un signe assez évident que tout le processus ne va pas bien se terminer. Et si vous avez la possibilité de vous retirer, c'est peut-être ce que vous devriez faire. On pourrait bien se passer de tant de contrariétés dans sa vie.

Clayton: Ce qui m'inquiète, c'est que la simple mention de parti pris crée la possibilité de sa présence. C'est anecdotique, mais on m'a dit que dans les deux tiers des dossiers que notre Centre administre, l'appréhension d'un parti pris est une question sérieuse et il me semble que ce soit un peu trop une arnaque.

Jack: Oui, je suis tout à fait d'accord. Je crois qu'on en abuse. Je fais beaucoup de litiges devant les tribunaux, pas seulement de l'arbitrage.

Et si vous regardez le contexte des litiges en cour, je crois que des critères différents s'appliquent. Personne n'oserait demander la récusation d'un juge pour certains de ces motifs, mais les gens pensent qu'avec les arbitres, ils les paient donc ils peuvent appliquer des critères différents.

Mary: Je pense que c'est l'opinion de plusieurs avocats et je pense que c'est la perspective compréhensible de bien des arbitres qu'ils ne veulent pas avoir l'air de

s'accrocher à un dossier. Certains sont simplement d'opinion que, si pour quelque raison que ce soit, les parties n'ont plus confiance en eux, alors ils ne vont pas continuer. Je sais que certains avocats l'utilisent abusivement sachant que l'arbitre va se sentir obligé de se récuser et c'est dommage d'avoir à y faire face.

Les ententes financières

Le temps qu'il nous reste, j'aimerais le consacrer au sujet que Clayton vient d'aborder: votre remuneration, qui fait souvent partie de la première entrevue. Alors, je vais commencer par vous, Clayton, parce que votre pratique est légèrement différente. Quel est l'usage en matière d'entente financière?

Clayton: Je vais en parler comme si je faisais ce que je dis. À la première entrevue, je m'assure qu'il est clair que je requiers une série d'avances suffisantes pour couvrir les matières préliminaires et l'audition et un peu pour la rédaction de la sentence. Les parties doivent acquitter le solde avant de recevoir la sentence. Je leur souligne que des frais impayés me confèreraient un intérêt pécuniaire inacceptable dans le résultat du dossier.

Un problème se présente lorsque je suis trop conservateur dans mon évaluation du temps qui sera requis par les matières préliminaires et que je ne suis pas assez rapide pour arrêter le processus lorsque les choses dégénèrent. J'ai eu quelques cas de parties démunies qui croyaient payer les coûts de l'arbitrage à même les sommes de la sentence! Je n'ai pas eu de problème à me faire payer durant l'audition, probablement parce que cette partie du processus est entre les mains des avocats.

Je n'ai pas trouvé de façon facile d'envoyer une facturation provisoire durant la période de rédaction de la sentence. Ma politique est d'envoyer un état de compte détaillé indiquant ce que j'ai fait et quand. C'est simple durant les étapes préliminaires lorsque les activités de l'arbitre sont assez visibles, mais le droit de l'arbitre de délibérer en secret empêche une description détaillées des activités de rédaction de la sentence. Même lorsque j'obtiens une avance pour couvrir la rédaction de la sentence, je suis toujours très timide dans mes évaluations.

Mary: Et vous, Jack, quelle est votre façon habituelle de faire et quel en est le résultat?

Jack: Bien, ma façon est beaucoup plus décontractée que ce qu'elle devrait être. Par exemple, j'ai été nommé dans un arbitrage international présidé par un arbitre européen connu et chevronné. Durant notre premier appel entre arbitres, nous avons discuté des honoraires et avons convenu d'une prévision de ce que l'ensemble des honoraires et des frais pourrait être. Il y avait un bon montant pour les déplacements. Le président a alors indiqué un chiffre, sa position et celle de l'autre arbitre, qui avait été nommé par une partie, à l'effet que tous les honoraires seraient facturés par le président qui détiendrait les fonds en fidéicommis. Les deux ailiers pour ainsi dire lui remettraient leurs comptes et il les acquitterait. Mon collègue nommé par l'autre partie était très désireux de procéder comme ça. Il ne voulait pas compromettre son indépendance en envoyant des factures à la partie qui l'avait nommé. Une provision d'un important montant a été versée au compte en fidéicommis du président d'arbitrage et les comptes étaient remis mensuellement, les paiements étaient versés et les parties en étaient avisés. Le moment vint où il fallut renflouer la provision. Il calcula ce que ce devrait être et avisa les parties qu'un montant additionnel devait être versé. Une des parties n'avait pas d'argent. Le président indiqua à l'autre partie que si elle voulait poursuivre elle devait verser 100 pour cent du montant de la provision additionnelle, ce qui fut fait, et nous avons continué afin de conclure l'arbitrage. Je pense que c'est une meilleure pratique en ce que, vous savez, il y a la séparation de la partie qui vous a nommé et tout se fait par l'entremise du président. Le président s'est assuré que le montant était complet et que tout le monde était payé.

Mary: C'est une situation intéressante. Brian, quelle est votre expérience à l'international?

Brian: C'est mon expérience. En fait, j'adopte cette façon de faire même au Canada lorsqu'il y a trois arbitres, au grand dépit de mon assistante, Kim Humphrey, qui tient la comptabilité. Mais lorsque je suis président, l'usage est de suggérer que tous les comptes soient remis au président et les versements aussi.

Revenons en arrière pour un moment. Quand je suis un arbitre unique non nommé par une institution, je fais ce qui vient d'être décrit, ce qui comprend les dépôts. Ce que j'ai commencé à faire – et j'ai une lettre d'entente dont j'exige la signature des deux parties – est non seulement d'avoir une avance, mais d'indiquer dans la lettre d'entente que les deux parties sont solidairement responsables de l'intégralité de mon compte. De cette façon, si une partie ne peut pas payer, vous pouvez indiquer à l'autre qu'il y a une insuffisance de fonds qu'elle devra combler.

Quelquefois, il y a un peu de résistance, parfois non.

En ce qui a trait aux avances, ma façon de faire habituelle est d'utiliser, en dernier recours, les règles de la CNUDCI qui stipulent que si une avance n'est pas reçue dans les 30 jours de sa demande, alors le tribunal peut demander à l'autre partie de faire l'avance en entier; à défaut de quoi, l'arbitrage est soit suspendu, soit terminé.

Mary: Ça semble être de bon conseil. Sur ce, le temps est écoulé. Je veux vous remercier tous de votre participation. Je suis sûre que toutes vos années d'expérience rendent vos commentaires particulièrement pertinents pour nos lecteurs.

The Speakers' Roster

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

If you would like to join the Speakers' Roster for the promotion of ADR within your area please contact:

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

Harold J. Wilkinson

Bringing AMIF Back to Life

— Harold J. Wilkinson, C.Arb, Forensic Engineering Consultant, Arbitrator and Mediator for Wilkinson Engineering Inc. in Burlington, Ontario; President, Arbitration and Mediation Institute Foundation.

On July 19, 2007, an Annual General Meeting of Arbitration and Mediation Institute Foundation (AMIF) was called. At that meeting, a new set of directors and officers was elected, with Hal Wilkinson taking over as President. During the summer he consulted several leading members of ADR Canada, and recruited new directors to augment the membership of AMIF. The Board as currently constituted is: President Hal Wilkinson, Secretary Ken Gamble, Director Barry Effler, Director Mary Satterfield, and recently appointed Treasurer Enzo Carlucci. In addition we have Mary Anne Harnick as recording secretary, and Judy Ballantyne, former Executive Director of the ADR Institute, as an advisor.

This Board held a series of six conference call meetings beginning on October 3, 2007. The purpose has been to review all aspects of the AMIF, and to prepare an application for Revenue Canada Charities Branch for reinstatement of AMIF as a Charitable organization. This involved extensive discussions, and considerable individual effort by all members of the Board.

We have now submitted a draft application to Revenue Canada for comment. We will undertake to correct any issues that Revenue Canada raises, and we fully expect to be reinstated - hopefully by this fall.

Once the AMIF has been reinstated, you can expect to get an appeal for funds. There will be two accounts: an Operating Account from which all current expenditures are paid, and an Endowment Fund to ensure future operations, with the interest transferred annually to cover current expenditures. Donations can be made to either account once our Charitable status is back in place. We already have pledges from one individual of $5000 to the Endowment Fund, and $1000 to the Operating Fund. The intent is to build the Endowment Fund up to at least $300,000.

Once operative, the AMIF will be open for requests for grants to help fund ADR projects both in Canada, and, to some degree, Canadian sponsored foreign projects.

La renaissance de la Fondation

— Harold J. Wilkinson, C.Arb, Ingénieur légiste consultant, Arbitre et Médiateur pour Wilkinson Engineering Inc. à Burlington, Ontario. Président, La Fondation de I'institut d'arbitrage et de médiation.

À l'assemblée générale annuelle de la Fondation de l'Institut d'arbitrage et de médiation, le 19 juillet 2007, un nouveau groupe de dirigeants et d'administrateurs a été élu, Hal Wilkinson assumant le titre de président. Au cours de l'été, il a consulté plusieurs membres de l'Institut d'Arbitrage et de médiation du Canada, en plus de recruter de nouveaux administrateurs dont le but était d'augmenter le nombre de membres de la Fondation. Le conseil d'administration actuel est constitué des personnes suivantes: Hal Wilkinson, président, Ken Gamble, secrétaire, Barry Effler, administrateur, Mary Satterfield, administratrice, et Enzo Carlucci, récemment nommé trésorier. Également, Mary Anne Harnick agit à titre de secrétaire rédactrice et Judy Ballantyne, ancienne directrice exécutive, sert de conseillère.

Le conseil d'administration actuel a tenu une série de six réunions par téléconférence, dont la première a eu lieu le 3 octobre 2007. L'objectif de ces réunions était d'examiner toutes les facettes de l'AMIF et de préparer une nouvelle demande à la division des organismes de bienfaisance de Revenu Canada pour un rétablissement du statut d'organisme de bienfaisance de la Fondation. Cela a donné lieu à des discussions intenses et des efforts considérables de tous les membres du conseil d'administration.

Nous avons soumis une ébauche de demande à Revenu Canada pour commentaires. Nous corrigerons tout problème soulevé par Revenu Canada et nous nous attendons à recouvrer le statut d'organisme de bienfaisance – à l'automne, si possible.

Une fois le statut de la Fondation redressé, vous pourrez vous attendre à une levée de fonds. Il y aura deux comptes: un fonds d'opérations à partir duquel toutes les dépenses courantes sont payées et un fonds de dotation pour les opérations futures, desquels l'intérêt sera transféré servant à couvrir les dépenses courantes. Les dons peuvent être effectués dans l'un ou l'autre compte une fois notre statut d'organisme de bienfaisance retrouvé. Nous avons déjà des promesses de 5 000$ pour le fonds de dotation et de 1 000$ pour le fonds d'opérations. Nous souhaitons accumuler au moins 300 000$ dans le fonds de dotation.

Une fois opérationnel, la Fondation acceptera les demandes de subventions visant le financement de projets de PRD au Canada et pour aider les projets étrangers commandités par le Canada.

If you are not able to attend the Annual General Meeting and wish to assign proxy, please complete and return a proxy form by fax to 416-487-4429 or mail to:

ADR Institute of Canada, Inc.
234 Eglinton Avenue East, Suite 500
Toronto, Ontario M4P 1K5

Notice of Annual General Meeting

October 17,2008

The Annual General Meeting of the Members of the ADR Institute of Canada Inc. will be held Friday, October 17, 2008 at 8:30 a.m. at the Hyatt Regency in Montreal, Quebec.

The meeting will be followed by a special program "Get on Board – Reap the Rewards and Explore the Benefits of Mediation and Arbitration."

The day of events will include our Annual General Meeting, a day-long conference, the McGowan Luncheon and Awards presentation, and a closing reception.

Votes may be given either personally or by proxy at any annual or special membership meeting.

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

ANNUAL GENERAL MEETING PROXY

The undersigned is a Member in good standing of the ADR Institute of Canada, Inc. and hereby appoints:

❑ OPTION 1

Donald E. Short, C.Arb., President of the ADR Institute of Canada, Inc., or

❑ OPTION 2 _____,

member of the ADR Institute of Canada, Inc., as the proxy of the undersigned to attend and act at the Annual General Meeting of the Members of the ADR Institute of Canada, Inc. to be held on the17th day of October, 2008 and at any adjournment or adjournments thereof in the same manner, to the same extent and with the same power as if the undersigned were present at the said meeting or such adjournment or adjournments thereof.

Dated the / Daté le _____ day of / jour de _____ 2008

Name (please print) / Nom (en majuscules S.V.P.) _____

Signature_____

Region / Région _____

Avis de l'Assemblée Générale Annuelle des Membres

Le 17 octobre 2008

Si vous n'êtes pas capables d'assister à l'Assemblée générale annuelle et souhaitez accorder une mandataire, s'il vous plaît, remplissez et soumettez le formulaire de procuration par télécopieur 416-487-4429 ou par poste à :

Institut d'arbitrage et de médiation du Canada Inc.
234 Eglinton Avenue East, Suite 500
Toronto, Ontario M4P 1K5

L'Assemblée générale des membres de l'Institut d'arbitration et de médiation du Canada, Inc. sera vendredi, le 17 octobre 2008 à 08h30 à Hyatt Regency, Montréal, Québec.

La réunion sera suivie d'un programme spécial En voiture! Tirer profit et explorer les bénéfices de l'arbitrage et de la médiation.

Ce jour inclus notre assemblée générale annuelle, un jour des discussions d'arbitrage et de médiation, le déjeuner et la présentation du Prix d'Excellence McGowan, et la réception finale.

Vous pouvez voter en personne ou par procuration à l'assemblée générale ou à n'importe quelle réunion extraordinaire des membres.

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

FORMULAIRE DE PROCURATION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

Le soussigné est un membre courant de l'Institut d'arbitration et de médiation du Canada, Inc. et par la présente désigne:

❑ OPTION 1 Donald E. Short, C.Arb., président de l'Institut d'arbitration et de médiation du Canada, Inc., ou

❑ OPTION 2_____,

membre de l'Institut d'arbitration et de médiation du Canada, Inc., comme le mandataire du soussigné à assister à l'assemblée générale des membres de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada, Inc., le 17 octobre 2008 et à tout ajournement ou ajournements en conséquence de même manière, de même mesure et avec le même pouvoir que si le soussigné était présent à la réunion citée ou tel ajournement ou ajournements en conséquence.

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 500, 234 Eglinton Avenue East
Toronto, ON M4P 1K5

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

Affiliates / Affiliées

BRITISH COLUMBIA
British Columbia Arbitration and Mediation Institute
Suite 500, 1311 Howe Street
Vancouver, BC V6Z 2P3
Toll-free: 1-877-332-2264 (in BC)
Tel: 604-736-6614
Fax: 604-736-9233
Email: info@bcami.com
Internet: www.amibc.org

ALBERTA
Alberta Arbitration and Mediation Society
Lethbridge Building, Suite 605
10707 - 100 Avenue
Edmonton, AB T5J 3M1
Toll-free: 1-800-232-7214
Tel: 780-433-4881
Fax: 780-433-9024
Email: aams@aams.ab.ca
Internet: www.aams.ab.ca

SASKATCHEWAN
ADR Institute of Saskatchewan Inc.
Suite 901, 119 - 4th Avenue South
Saskatoon, SK S7K 5X2
Toll-free: 1-866-596-7275
Tel: 306-596-7275
Fax: 306-933-2006
Email: admin@adrsaskatchewan.ca
Internet: www.adrsaskatchewan.ca

MANITOBA
Arbitration and Mediation Institute of Manitoba Inc.
P.O. Box 436, RPO Corydon
Winnipeg, MB R3M 3V3
Tel: 204-783-0529
Fax: 204-897-7191
Email: info@amim.mb.ca
Internet: www.amim.mb.ca

ONTARIO
ADR Institute of Ontario, Inc.
Suite 500, 234 Eglinton Avenue East
Toronto, ON M4P 1K5
Tel: 416-487-4447
Fax: 416-487-4429
Email: admin@adrontario.ca
Internet: www.adrontario.ca

QUÉBEC
Institut de médiation et d'arbitrage du Québec
C.P. 874, Succursale B
Montréal, PQ H3B 3K5
Tél: 514-282-3327
Téléc. 514-282-2214
Email info@imaq.org
Internet: www.imaq.org

ATLANTIC PROVINCES
ADR Atlantic Institute
Box 123
Halifax CRO, NS B3J 2M4
Tel: 902-435-3084
Fax: 902-435-3084
Email: admin@adratlantic.ca
Internet: www.adratlantic.ca