

Roundtable Discussion On Arbitration Rules

Transcription provided courtesy of *Neeson Court Reporting Services*.



Mary Comeau, LL.B.



Ludmila Herbst



Marie-Josée Hogue



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



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

MARY COMEAU:

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

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

STEPHEN MORRISON:

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

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

My own view is that the beauty of arbitration - one of the principal benefits of arbitration - is the fact that the parties get to

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

Sometimes you will see a reference to the fact that the arbitrator should be knowledgeable in the area of concern in the contract. Other times you will see references to a requirement that the selected arbitrator be a member of the ADR Institute of Canada or some other organization. Occasionally, you will see a requirement that they be a fellow of the Chartered Institute. I question the value of these provisions. I know one time I was contacted and I was

asked if I was a member of a particular organization that was stipulated, and I wasn't, but I said I could join. I mean, these clauses were pretty meaningless because for a hundred dollars you could join that organization without meeting any sort of specific requirements.

MARIE-JOSÉE HOGUE:

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

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

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



STEPHEN MORRISON:

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

LUDMILA HERBST:

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

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

MARY COMEAU:

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

JOSEPH NUSS:

The appointing authority will often have the names of potential arbitrators submitted by one of the parties or both parties. In one case, both parties submitted my name to the ICC but that did not mean that the ICC had to approve it. The ICC then sent me a questionnaire and asked questions to

make sure that I had the requisite impartiality and independence, and then it made the appointment.

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

MARY COMEAU:

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

JOSEPH NUSS:

Both parties. There was agreement between the parties.

STEPHEN MORRISON:

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

JOSEPH NUSS:

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

MARY COMEAU:

I have never had that experience, but I wonder whether they might go back to the parties and say that there is a limitation. It doesn't meet our normal criteria, but

since you guys have picked them, if you are willing to live with these limitations, perhaps they would still let it go ahead.

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

MARIE-JOSÉE HOGUE:

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

STEPHEN MORRISON:

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

MARY COMEAU:

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

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

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

JOSEPH NUSS:

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

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

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

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

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

MARY COMEAU:

That seems like a reasonable way to proceed.

JOSEPH NUSS:

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

STEPHEN MORRISON:

I wanted to comment on something Joe said earlier on about conferencing with litigation counsel or arbitration counsel on the

selection of a chair. That is an issue that is somewhat controversial now in terms of at least the Canadian and international experience as opposed to the U.S. experience, where there is still a stronger feeling that a party appointee is to some extent a representative of the party appointing them.

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

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

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

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

JOSEPH NUSS:

I go along with that nuance.

MARY COMEAU:

Consulting with both of the appointing

counsel as opposed to just one is really the clarification you are making, right?

STEPHEN MORRISON:

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

MARY COMEAU:

Yes, I agree.

LUDMILA HERBST:

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

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

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

MARY COMEAU:

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

LUDMILA HERBST:

Yes.



STEPHEN MORRISON:

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

MARY COMEAU:

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

STEPHEN MORRISON:

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

STEPHEN MORRISON:

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

I was a party appointee on a dispute. It wasn't a huge dispute, but the agreement required three arbitrators. So one side appointed me. The other side appointed a colleague, and it was somebody I know quite well. And the two of us sat down and we decided that we would like the then

recently retired Supreme Court of Canada Justice Ian Binnie, who we both knew, to be the chair. And we went back and we told the parties of our choice, and about a week later we got an e-mail saying that we thank you all for your help but we have decided to go with one arbitrator, and it is none of the three of you.

MARY COMEAU:

That is amusing.

STEPHEN MORRISON:

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

MARY COMEAU:

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

MARIE-JOSÉE HOGUE:

Actually, my preference depends on who is the arbitrator.

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

same jurisdiction.

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

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

MARY COMEAU:

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

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

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

JOSEPH NUSS:

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

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

The practice that I follow is that we have a

Canada's largest Searchable Database of ADR Professionals

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

This software also houses the ***New and Improved ADR CONNECT***, Canada's largest database of ADR

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



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

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

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

STEPHEN MORRISON:

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

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

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

cedural rules that may not fit well with the dispute.

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

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

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

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

Moving to international, I think it is very important to be working under a set of international rules and most of the time under the administration of an international arbitration institution, and I say that because we are dealing, in many cases, with very different cultures, very different judicial systems, very different customs, and it is much, much harder to get consensus. And, if you are dealing with parties in some jurisdictions, they may have never heard of documentary disclosure in the way that we might

think of it. Also, may not know what we mean by examinations for discovery.

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

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

MARY COMEAU:

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

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

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

ADR Outsourcing



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

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

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



party or from the arbitrator or arbitrators.

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

LUDMILA HERBST:

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

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

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

MARY COMEAU:

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

When this procedure has been added to the rules of institutions such as ICDR and ADRIC and ICC, it was one of the things that a lot of the parties asked for. They saw

a need for this, an appointment of emergency arbitrators to deal with matters that needed to be dealt with on very short timelines.

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

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

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

STEPHEN MORRISON:

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

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

MARY COMEAU:

That is a really good point.

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

trator in coming to a decision.

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

MARIE-JOSÉE HOGUE:

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

STEPHEN MORRISON:

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

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

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

MARY COMEAU:

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

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



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

JOSEPH NUSS:

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

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

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

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

MARIE-JOSÉE HOGUE:

When we are talking about post-dispute issues, I think we have to make a distinction whether the parties are in agreement as to what they want to do or they are not, because if they are in agreement, my experience, and it happened in a few instances, actually in civil instances, where for whatever reason we decided to modify, for example, the procedure that was already contemplated or decided upon in the arbitration clause. And we never encoun-

tered any problem doing it. The arbitrators have always agreed as long as the parties were in agreement.

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

MARY COMEAU:

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

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

MARIE-JOSÉE HOGUE:

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

STEPHEN MORRISON:

Well, I have only had one or two situations where one party comes back and asks for a re-opener based on some ground that, you know, they think they should have a chance to re-argue something or defend something and the other side objects — and I mean, obviously, if they agree, it is

easy — but if the other side objects, I have had to say, look I have delivered my final award and you have the right to challenge it within the limited scope provided for by the legislation. But I really can't re-open it unless both parties agree. It is pretty simple.

MARY COMEAU:

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

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

MARIE-JOSÉE HOGUE:

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

MARY COMEAU:

I have never.

STEPHEN MORRISON:

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

Advertise
Affichez votre
publicité

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

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

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



the merits of the entitlement but not the actual quantum.

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

MARY COMEAU:

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

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

STEPHEN MORRISON:

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

MARY COMEAU:

Exactly.

STEPHEN MORRISON:

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

MARY COMEAU:

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

STEPHEN MORRISON:

Thank you for organizing this.

MARY COMEAU:

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

Mary Comeau, LL.B.

Mary Comeau practises at Norton Rose Fulbright in the area of dispute resolution, focusing on corporate-commercial and securities law, oil and gas, and electricity. Ms. Comeau has appeared in all levels of courts in Alberta and before the Federal

Court of Canada and the Supreme Court of Canada. She has also acted as counsel in numerous arbitrations and mediations locally and internationally and is currently an executive director of the ADR Institute of Canada, Inc.

Ludmila Herbst

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

Marie-Josée Hogue

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

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

Stephen is a partner at Cassels Brock & Blackwell LLP, a Resident Mediator and Arbitrator at Arbitration Place, and a member of the Executive Committee of the Toronto Commercial Arbitration Society.

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

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

**Corporate
Membership
Adhésion
corporative**

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

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



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

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



Canadian Arbitration and Mediation Journal
www.adrCanada.ca

Table ronde sur les règles d'arbitrage

Transcription fournie gratuitement par Neeson Group Reporting Services



Mary Comeau, LL.B.



Ludmila Herbst



Marie-Josée Hogue



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



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

MARY COMEAU :

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

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

STEPHEN MORRISON :

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

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

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

Dans certains cas, on préconise que l'arbitre possède de solides connaissances dans le domaine du contrat. Dans d'autres, on exigera que l'arbitre retenu soit membre de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, d'un autre organisme, ou même, parfois, qu'il soit membre d'un institut agréé. Je m'interroge sur la valeur de ces dispositions. Je me souviens avoir été contacté pour savoir si j'étais membre d'un

organisme particulier. Je ne l'étais pas, mais j'ai répondu que je pouvais le devenir. J'entends par là que ces clauses n'ont pas vraiment de sens, car, pour une centaine de dollars, vous pouviez devenir membre de cet organisme sans répondre à aucune sorte d'exigence.

MARIE-JOSÉE HOGUE :

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

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

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



STEPHEN MORRISON :

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

LUDMILA HERBST :

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

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

MARY COMEAU :

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

JOSEPH NUSS :

Bien souvent, une partie ou les deux proposeront plusieurs noms d'arbitres potentiels à l'autorité investie du pouvoir de nomination. Dans le cadre d'un différend, deux parties ont suggéré à la CCI de faire

appel à moi en tant qu'arbitre. Cela n'obligeait pas cette dernière à accepter. Avant de nommer l'arbitre, la CCI m'a envoyé un questionnaire et m'a posé plusieurs questions pour vérifier mon impartialité et mon indépendance.

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

MARY COMEAU :

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

JOSEPH NUSS :

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

STEPHEN MORRISON :

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

JOSEPH NUSS :

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

MARY COMEAU :

Cela ne m'est jamais arrivé, mais je me demande si l'autorité investie du pouvoir

de nomination pourrait se tourner vers les parties et les informer du problème, à savoir que leur suggestion ne répond pas aux critères habituels, puis leur demander si elles sont prêtes à composer avec les conséquences de leur choix. Dans l'affirmative, elle pourrait accepter la suggestion.

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

MARIE-JOSÉE HOGUE :

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

STEPHEN MORRISON :

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

MARY COMEAU :

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

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

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



JOSEPH NUSS :

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

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

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

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

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

MARY COMEAU :

Cette façon de procéder semble raisonnable.

JOSEPH NUSS :

La proportionnalité figure désormais parmi les considérations à prendre en compte, en particulier dans les modifications appor-

tées aux dispositions relatives à l'arbitrage du nouveau *Code de procédure civile* qui entrera bientôt en vigueur. En cas de différend commercial d'un montant de 500 000 \$, il est difficile de justifier la constitution d'un comité d'arbitres comprenant trois avocats.

STEPHEN MORRISON :

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

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

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

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

tribunal. Néanmoins, ce n'est pas une procédure que je recommanderais.

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

JOSEPH NUSS :

J'approuve cette nuance.

MARY COMEAU :

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

STEPHEN MORRISON :

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

MARY COMEAU :

Oui, je suis d'accord.

LUDMILA HERBST :

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

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



plémentaire qui les départagera s'ils rencontrent des difficultés.

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

MARY COMEAU :

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

LUDMILA HERBST :

Oui.

STEPHEN MORRISON :

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

MARY COMEAU :

Cette approche est intéressante, et il existe certainement beaucoup plus de règles qui

autorisent un comité d'arbitrage, composé d'un arbitre unique ou de trois arbitres, à nommer un expert-conseil et qui cadrent en quelque sorte avec cette règle.

STEPHEN MORRISON :

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

STEPHEN MORRISON :

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

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

MARY COMEAU :

C'est amusant.

STEPHEN MORRISON :

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

MARY COMEAU :

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

MARIE-JOSÉE HOGUE :

Pour ma part, cela dépend de l'arbitre nommé.

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

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

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

Annnonce importante de l'IAMC et ADRIO

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



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

Jim Musgrave, c.r., Méd.A
président



ADR Institute
of Ontario, Inc.



Anne E. Grant, LL.M.(PRD), Méd.A
présidente



des arbitres.

MARY COMEAU :

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

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

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

JOSEPH NUSS :

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

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

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

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

Il peut y avoir un certain nombre de ren-

contres pendant la durée de l'arbitrage durant lesquelles des décisions ou des ordonnances seront rendues, en fonction de la difficulté et de la complexité du cas, mais qui visent finalement uniquement à établir une procédure efficace.

STEPHEN MORRISON :

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

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

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

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

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

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

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

un problème avant l'audience.

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

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

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

MARY COMEAU :

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

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



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

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

LUDMILA HERBST :

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

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

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

MARY COMEAU :

Effectivement, les règles de la CCI, comme

de nombreuses règles internationales, permettent la nomination d'un arbitre d'urgence. Les règles de l'IAMC sont sur le point d'être modifiées et permettront également de nommer un arbitre d'urgence.

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

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

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

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

STEPHEN MORRISON :

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

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

MARY COMEAU :

Cette remarque est très pertinente.

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

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

MARIE-JOSÉE HOGUE :

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

STEPHEN MORRISON :

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

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

Un organisme administrateur n'est donc



pas réellement nécessaire, mais peut être utile.

MARY COMEAU :

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

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

JOSEPH NUSS :

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

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

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

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

MARIE-JOSÉE HOGUE :

Lorsque l'on fait référence aux problèmes survenant après un différend, il faut, selon moi, distinguer deux situations : l'une dans laquelle les parties ont conclu une entente concernant la suite de l'arbitrage et l'autre

où elles ne l'ont pas fait. Cette distinction est importante surtout dans des cas comme j'en ai vécu à quelques reprises au cours d'instances civiles au cours desquelles pour une raison quelconque nous avons, par exemple, décidé de modifier la procédure envisagée ou définie dans la clause d'arbitrage. Et nous n'avons jamais eu de problème pour le faire. Les arbitres ont toujours été d'accord tant que les parties avaient conclu une entente.

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

MARY COMEAU :

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

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

MARIE-JOSÉE HOGUE :

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

STEPHEN MORRISON :

En ce qui me concerne, je n'ai été confronté qu'à une ou deux situations dans lesquelles une partie s'est manifestée pour demander la réouverture d'un dossier en s'appuyant sur des motifs, qui selon elle, devaient être expliqués ou défendus de nouveau. L'autre partie a refusé. Évidemment, si elles s'étaient entendues, c'eût été

simple, mais l'autre partie ne voulant rien entendre, j'ai été obligé de leur répondre que j'avais rendu une décision finale qu'elles pouvaient contester dans les délais prévus par la loi. Mais que je ne pouvais pas rouvrir un dossier sans l'accord des deux parties. C'est assez simple.

MARY COMEAU :

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

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

MARIE-JOSÉE HOGUE :

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

MARY COMEAU :

Non, jamais.

STEPHEN MORRISON :

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



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

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

MARY COMEAU :

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

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

STEPHEN MORRISON :

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

MARY COMEAU :

Exactement.

STEPHEN MORRISON :

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

MARY COMEAU :

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

STEPHEN MORRISON :

Merci d'avoir organisé cette table ronde.

MARY COMEAU :

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

Mary Comeau, LL.B.

Mary Comeau exerce sa pratique à Norton Rose Fulbright, Calgary, dans le domaine de la résolution des différends, avec un accent mis sur le droit des sociétés et le droit commercial, les valeurs mobilières, le pétrole et le gaz et l'électricité. Mme Comeau est intervenue

devant tous les tribunaux d'Alberta, devant la Cour fédérale du Canada et la Cour suprême du Canada. Elle a aussi agi à titre de conseillère juridique dans le cadre de nombreux arbitrages et de nombreuses médiations, à l'échelle locale et internationale. Elle est actuellement une directrice exécutive de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada.

Ludmila Herbst

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

Marie-Josée Hogue

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

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

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

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

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

Règles nationales d'arbitrage et Règles nationales de médiation

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



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

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

admin@adrCanada.ca, www.adrCanada.ca

