

**COMITÉ DE NORMALISATION – PAJLO
VOCABULAIRE DES MODES SUBSTITUTIFS DE RÉOLUTION DES
DIFFÉRENDS**

DOSSIER D'ANALYSE

Par Sylvie Falardeau et Julie Gagnon

Groupe *arbitration* (partie 6)

TERMES EN CAUSE

commercial arbitration
delay tactic
delaying tactic
dilatory tactic
domestic arbitration
domestic commercial arbitration
foreign commercial arbitration
guerilla tactic
guerrilla tactic
international arbitration
international commercial arbitration
interprovincial arbitration
pathological arbitral clause
pathological arbitration clause
place of arbitration
private arbitration
private international arbitration
public arbitration
public international arbitration
qualified statement of independence
seat of arbitration
statement of independence
statement of independence and impartiality
terms of reference
unqualified statement of independence

MISE EN SITUATION

Dans le cadre des présents travaux (dossier 102), il en est ressorti que l'adjectif « interne » est celui qui convient le mieux pour rendre la notion de *domestic* dans le syntagme *domestic arbitration award*. Le Comité a décidé de ne pas retenir le qualificatif « national », car dans un État fédéral comme le Canada, une « sentence arbitrale nationale » pourrait laisser croire qu'il s'agit d'une sentence arbitrale rendue à l'échelle canadienne alors que l'arbitrage est le plus souvent d'ordre provincial ou territorial. En outre, au Québec, la sentence rendue à l'extérieur de la province est réputée être une sentence étrangère. Nous traiterons dans ce dossier du terme *domestic commercial arbitration*.

ANALYSE NOTIONNELLE

commercial arbitration

domestic arbitration

domestic commercial arbitration

international arbitration

international commercial arbitration

interprovincial arbitration

Avant 1986, il n'y avait pas de législation fédérale concernant l'arbitrage. De leur côté, les provinces de common law avaient adopté des lois inspirées de l'*Arbitration Act* anglais de 1889.

En mai 1986, le fédéral et les provinces et territoires conviennent d'adhérer à la Convention de New York laquelle a été adoptée par la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international tenue à New York le 10 juin 1958. Dans cette convention les États signataires s'engagent à reconnaître les sentences arbitrales rendues dans d'autres États membres en lien avec le commerce international. Pour ce faire, le fédéral a passé la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères* pour mettre en œuvre la Convention de New York.

De plus, le fédéral et les provinces et territoires ont introduit dans leurs systèmes juridiques respectifs des règles sur l'arbitrage commercial international en adoptant une loi qui intègre directement ou par renvoi la loi-type de la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international) de 1985.

Canada is a federal state comprising ten provinces and three territories. The basis for the division of powers between the provinces' legislatures and the Parliament of Canada is the *Constitution*

Act, 1867. While no power is expressly contemplated in the Constitution, **commercial arbitration** is, except for certain narrow purposes, a matter for the jurisdiction of the provincial legislatures.

...

In May, 1986 Canada acceded to the New York Convention [which had been adopted by the United Nations Conference on International Commercial Arbitration in 1958], and the federal government then passed the *United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act*, which made the Convention part of the law of Canada.

In addition, the federal government became the first jurisdiction to adopt the UNCITRAL Model Law on **international commercial arbitration**. ... The provinces again followed, revising their **domestic arbitration** statutes to conform to the modern approach of the UNCITRAL Model Law....the common law provinces generally attached the UNCITRAL Model Law as a schedule to their respective **international commercial arbitration** legislation. The exception is British Columbia, which drafted its own legislation based on UNCITRAL Model Law. [Babak Barin, Andrew D. Little and Randy A. Pepper. "The Osler Guide to Commercial Arbitration in Canada: A Practical Introduction to Domestic and International Commercial Arbitration." Kluwer Law International, 2006, p.17-18.]

Prior to 1986, the Federal Parliament had passed no legislation respecting arbitration, and the common law provinces had legislation in place based on the English *Arbitration Act* of 1889. The first significant development in arbitral law was in May 1986, when Canada signed the United Nations Convention on the Reciprocal Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral award, which had been adopted by the United Nations Conference on international commercial arbitration in New York on June 10, 1958 (commonly referred to as the "New York Convention"). The federal government then passed the *Federal United Nations Foreign Awards Convention Act* making the New York Convention part of the law of Canada. In essence, the New York Convention set out a code for the recognition and enforcement of arbitral award made in other countries. The provinces and territories followed suit, and each passed legislation adopting the New York Convention as part of provincial law. Thus, by the end of 1986, all of the provinces and the federal government had legislation in place for the recognition and enforcement by the courts of foreign arbitral awards.

In addition to the New York Convention, the United Nations Commission on International Trade Law ("UNCITRAL") developed a Model Law for international commercial arbitration. The concept was not to a "Convention" but an actual model law that could be adopted as the local law of a State. The overall purpose was to provide for the unification and improvement of national arbitration law. The UNCITRAL Model Law ("Model Law") has been adopted by the federal government, and all of the provinces, as the governing law for **international commercial arbitrations** taking place within their jurisdiction. While the Model Law was designed for **international commercial arbitrations**, it also formed the basis for new domestic arbitration legislation in many of the provinces. In this text, "International Acts" refer to the statutes of all of the provinces and the federal government that incorporate the Model Law.

In Canada, we thus have uniform legislation across the country for the recognition and enforcement of foreign arbitral awards under the New York Convention, relatively uniform legislation governing **international arbitrations** that take place in Canada based on the UNCITRAL Model Law, and modern domestic arbitration legislation in most provinces. Newfoundland, Prince Edward Island, and the three territories have domestic arbitration

legislation based on the English *Arbitration Act* of 1889, while the balance of the provinces and the Federal government have adopted modern legislation based more or less on the Model Law. In this text, “Domestic Acts” is defined as those provincial statutes dealing with domestic arbitration loosely based on the concepts set out in the Model Law, which include Alberta, British Columbia, Ontario, Quebec, Saskatchewan, Manitoba, New Brunswick and commercial act of Nova Scotia. [J. Brian Casey. "Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure." Second Edition, Juris, 2011, p. 3-5.]

L'*international arbitration* a pour objet le règlement de litiges interétatiques.

The first major *international arbitration* was the *Alabama Claims* case in 1872, in which the USA successfully claimed against Great Britain for the damage caused by the Confederate warship *Alabama*, which had been supply by Britain in breach of its duties of neutrality during the US Civil War. [Cane, Peter and Joanne Conaghan (ed.). *The New Oxford Companion to Law*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 606.]

Nous allons écarter de ce dossier ce premier sens d'*international arbitration* du fait que nous ne voulons pas couvrir le champ du droit international public.

L'*international arbitration* est aussi un processus de résolution des différends qui met en cause les intérêts du commerce international et des traités sur l'investissement.

International arbitration is used to resolve disputes arising out of both international commercial contracts and investment treaties. It allows parties from different legal and cultural backgrounds to choose arbitrators to resolve their disputes in a neutral, private, and efficient forum instead of resorting to national courts. The enforcement of international arbitral awards is supported by international treaties acceded to by most countries in the world. Often it is the only practical means for pursuing international commercial claims, and when implemented effectively in international contracts is an important part of a business' risk management planning.

International arbitrations take place in all parts of the world involving the laws of numerous jurisdictions. International arbitration counsel and arbitrators are not limited by geography. English is the most frequently used language of **international arbitration**. The procedure is usually an innovative combination of common law and civil law procedures customized to fit the dispute and the parties. Written and oral advocacy in **international arbitration** most often resemble the style of advocacy used in Canada. [Internet.

[<http://www.perlaw.ca/en/expertise/international-arbitration>]. Perley-Robertson, Hill & McDougall LLP/s.r.l. "International arbitration." (20160518).]

La loi-type de la CNUDCI énonce les critères pour qu'un arbitrage soit considéré *international*.

Under the Model Law, an arbitration is “international” if the parties to the arbitration agreement have, at the time of its conclusion, their places of business in different countries; if one of the parties has its place of business outside Canada; if a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed outside of Canada; or if the place of the subject matter

of the dispute is most closely connected with a place outside Canada. [J. Brian Casey. "Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure." Second Edition, Juris, 2011, p. 34.]

All of the provincial international statutes incorporate and adopt the UNCITRAL Model Law. Article 1(3) of the UNCITRAL Model Law uses three criteria to determine whether an arbitration is "international." First, an arbitration is international if the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States. Secondly, an arbitration is international if one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business... Thirdly, if the parties have expressly agreed that the subject-matter of the arbitration agreement relates to more than one country, the arbitration is considered international.

According to section 1(7) of the *Ontario International Act*, the references to "different States" found in subsections (a) and (b) of Article 1(3) of the UNCITRAL Model Law mean "different countries," and the reference to "States" means "countries." Hence, for the purposes of the *Ontario International Act*, an arbitration between parties who, at the time of the conclusion of the arbitration agreement, had their places of business in two different provinces would be considered domestic and subject to mandatory sections enumerated in section 3 of the Act.

The *British Columbia International Act* arrives at the same result by declaring that the provinces and territories of Canada are considered "one state." The *Alberta International Act*, however, is silent as to whether the domestic or international legislation applies to an **inter-provincial arbitration**. ... The definition of "**international**" found in Article 1(3) of the UNCITRAL Model Law also applies to arbitrations governed by the *Commercial Arbitration Act* (the "Federal Act"). The *Federal Act* applies "only in relation to matters where at least one of the parties to the arbitration is Her Majesty in right of Canada, a departmental corporation or a Crown corporation or in relation to maritime or admiralty matters." The *Federal Act* is silent as to whether the provinces and territories of Canada are considered one state. [Babak Barin, Andrew D. Little and Randy A. Pepper. "The Osler Guide to Commercial Arbitration in Canada: A Practical Introduction to Domestic and International Commercial Arbitration." Kluwer Law International, 2006, p. 21-23.]

Le fédéral, les provinces et les territoires ont leur propre loi sur l'arbitrage *international* et *domestic*.

In Canada, all nine common law provinces as well as each of the territories have two arbitration statutes: a **domestic arbitration** statute and an **international arbitration** statute. ... Under the provisions of the common law provinces' legislation, the domestic statute is the default statute: it will apply to all arbitrations conducted pursuant to an arbitration agreement in the province, unless the provincial international arbitration statute applies to the arbitration. There is a separate federal statute for all **arbitrations** involving the government of Canada, whether **domestic** or **international**. The federal statute is based on the UNCITRAL Model Law. [Babak Barin, Andrew D. Little and Randy A. Pepper. "The Osler Guide to Commercial Arbitration in Canada: A Practical Introduction to Domestic and International Commercial Arbitration." Kluwer Law International, 2006, p. 20-21.]

Judicial hostility to "lesser" tribunals, and the lack of a modern legislative framework, inhibited the growth of arbitration in Canada, particularly relative to European countries. Until the 1990's,

commercial arbitration in Canada was not regarded as a real substitute for the courts and the provinces were slow to recognize any distinction between **domestic arbitration** and **international arbitration**. [CanLII, Seidel v. TELUS Communications Inc., [2011] 1 SCR 531, 2011 SCC 15 (CanLII).]

Comme le décrivent les auteurs René Cadieux et Tina Cicchetti dans leur publication intitulée *Convention d'arbitrage* : « La principale différence entre les lois d'arbitrage nationales et internationales réside dans la portée de l'examen retenu par les tribunaux. Dans certains cas, les sentences arbitrales nationales peuvent être portées en appel, sur autorisation du tribunal, sur un point de droit, un fait ou une combinaison de points de droit et de faits. Cela n'est pas le cas pour les sentences arbitrales internationales ». ¹

In the common law provinces, some distinctions are made between “**domestic**” and “**international**” **arbitrations** for the purposes of court intervention and recognition of arbitral awards. The trend appears to be that court intervention is more tightly constrained in “**international**” **arbitration** than “**domestic arbitration**.” Courts are given more freedom to intervene and hear **domestic arbitrations**. [CanLII, Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs, [2007] 2 SCR 801, 2007 SCC 34 (CanLII).]

Selon nos recherches, nous avons constaté que les tournures *international* et *domestic arbitration* sont des formes elliptiques des termes *international commercial arbitration* et *domestic commercial arbitration*.

Voici des contextes pour les tournures *international commercial arbitration* et *domestic commercial arbitration*.

The provisions of the federal Commercial Arbitration Code apply to both **international** and **domestic commercial arbitration** but, with some exceptions, only if the place of arbitration is in Canada. This is not the case in the other provinces and territories where the Model Law is restricted in its application to “international” arbitration provided the place of arbitration is in the province and also subject to the same exceptions. [J.G. Castel. "International Commercial Arbitration." in D. Paul Emond ed. "Commercial Dispute Resolution: Alternatives to Litigation." Canada Law Book, 1989, p. 127.]

International commercial arbitration is not the same as **domestic arbitration** because it always involves at least two legal systems and consequently raises conflict of laws issues. [J.G. Castel. "International Commercial Arbitration." in D. Paul Emond ed. "Commercial Dispute Resolution: Alternatives to Litigation." Canada Law Book, 1989, p. 124.]

¹ Internet. [http://www.fasken.com/files/Publication/0020d7a2-7c72-4320-8c00-42bfb8f24fe0/0eaaae06-1223-42d9-bb2b-0087918d5356/Presentation/PublicationAttachment/df3a5202-5aa9-4647-8368-4eb1192235df/DM_MTL-%232365459-v1-FMD_-_IA10_Chapter_37_Cana.pdf]. Fasken Martineau Dumoulin. René Cadieux et Tina Cicchetti. «Conventions d'arbitrage». (20160614).

La loi fédérale intitulée *Commercial Arbitration Act*, R.S.C. 1985, c.17 (2nd Supp.) régit les *commercial arbitrations* lorsqu'au moins une des parties à l'arbitrage est Sa Majesté du chef du Canada, un établissement public ou une société d'État, ou dans le cas de questions de droit maritime. Tous les autres arbitrages sont soumis aux lois provinciales et territoriales applicables en matière d'arbitrage.

In Canada, arbitration is regulated by statute. Every province and territory has its own separate arbitration legislation. At the federal level, **commercial arbitration** is governed by the *Commercial Arbitration Act* (CAA), which came into force on August 10, 1986. The CAA is a short statute which serves principally to introduce the *Commercial Arbitration Code* ("the Code"), which is a Schedule to the CAA and which provides a basic procedural framework for **commercial arbitration**. The Code applies to all **commercial arbitrations** where at least one of the parties is a federal department or Crown corporation or in relation to admiralty or maritime law issues where the place of arbitration is Canada. [Internet. [<http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/dprs-sprd/res/drrg-mrrc/06.html>]. Department of Justice. "Dispute Resolution Reference Guide -Arbitration." (20160614).]

COMMERCIAL ARBITRATION

- deals with instances where dispute between commercial entities are resolved by third-party arbitrators that need to follow specific conventions
- relevant federal act: Commercial Arbitration Act (R.S.C., 1985, c.17 (2nd Supp.)) - applied when one of the parties in the commercial dispute is the federal government [Internet. [<http://guides.library.utoronto.ca/c.php?g=250653&p=1679820>]. "A-Z: Best Sources in Canadian Law by Topic." (20160602).

La *Commercial Arbitration Act* est basée sur la loi-type de l'UNCDCI.

The federal *Commercial Arbitration Act* is based on the UNCITRAL Model Law, and adopts it almost word for word. The Model Law is set out as a Schedule to the Act but is called the Commercial Arbitration Code. The major difference between the Model Law and the Code is the deletion of references to "**international**" and the inclusion of references to Canada. Thus, the federal *Commercial Arbitration Act* applies to both **domestic** and **international commercial arbitrations** which come within the Jurisdiction of the jurisdiction of the Parliament of Canada. The Code is further restricted to apply only to matters where at least one of the parties is a federal department, a Crown or departmental corporation, or to maritime or admiralty matters. [J. Brian Casey. "Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure." Second Edition, Juris, 2011, p. 23-24.]

La loi-type de la CNUDCI définit dans une note subpaginale le terme *commercial arbitration*.

Commercial Arbitration

The UNCITRAL Model Law recommends that the term "commercial" be given a broad meaning to cover "matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not." According to an explanatory note to the UNCITRAL Model Law:
...relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation of agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business co-operation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road.

This definition has been adopted in the *British Columbia International Act* to identify those relationships that may be made subject to arbitration. Other provincial statutes enacting the UNCITRAL Model Law and the New York Convention provide less guidance on their application within the context of the statute. In Alberta, Nova Scotia and Newfoundland and Labrador, the relevant *International Act* adopts the language of the New York Convention and applies the New York Convention to awards and arbitration agreements “arising in respect of differences arising out of commercial legal relationships, whether contractual or not.” Other provinces’ statutes are less specific and simply implement the UNCITRAL Model Law or the New York Convention in respect of “**commercial arbitrations**” or awards.

The Alberta Court of Appeal has held that the New York Convention and the Alberta International Act cover both contractual and non-contractual commercial relationships, including liability in tort, so long as the relationship that creates liability is one that can fairly be described as “**commercial**.” [Babak Barin, Andrew D. Little and Randy A. Pepper. "The Osler Guide to Commercial Arbitration in Canada: A Practical Introduction to Domestic and International Commercial Arbitration." Kluwer Law International, 2006, p. 23-24.]

Voici deux définitions pour les adjectifs *international* et *domestic* :

domestic, *adj.* **1.** Of or relating to one’s own country <domestic affairs>. [Bryan A. Garner dir., *Black’s Law Dictionary*, 9^e éd., West Group, 2009, s.v. «domestic».]

international *adj.* **1.** Existing, involving, or carried on between two or more nations. [Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, Second Edition, Ontario: Oxford University Press, 2004, s.v. «international».]

Au Canada, l’*interprovincial arbitration* concerne des parties prenantes à une convention d’arbitrage qui sont situées dans différentes provinces.

As a matter of principle, it is difficult to see why, in the context of the CLA, any distinction should be drawn between domestic and international arbitration or, for that matter, between domestic and **interprovincial arbitration**. Having regard to international community, and to the strong commitment made by the legislature of this province to the policy of international commercial arbitration through the adoption of the ICAA and the Model Law, it should, in my respectful view, require very clear language indeed to preclude it. [CanLII, *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.*, 1994 CanLII 1871 (ON CA).]

In the context of international or **inter-provincial arbitration** there are numerous legal issues that arise when considering limitation periods. [Internet. [<http://books.google.ca>]. Babak Barin, Andrew D. Little and Randy A. Pepper. "The Osler Guide to Commercial Arbitration in Canada: A Practical Introduction to Domestic and International Commercial Arbitration." Kluwer Law International, 2006, p. 170 (20160531).]

Inter-provincial arbitration

Under article 1(3) of the Model Law, for an arbitration to be international it must involve another State. Therefore, an arbitration agreement in a contract between parties in different provinces will

be governed by the Domestic Acts, the exception being the Province of Quebec in which all arbitrations not conducted in the province are considered “foreign” for the purposes of the legislation. [J. Brian Casey. "Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure." Second Edition, Juris, 2011, p. 43.]

Interprovincial Issues

If a court action is commenced in one province but the parties have agreed that arbitration is to occur in another province, the court may also consider the case law on stays of proceedings arising from the court’s inherent powers or general statutory power to grant a stay. Although the exact test varies amongst the common law provinces, the court generally upholds and expresses choice of jurisdiction. [Babak Barin, Andrew D. Little and Randy A. Pepper. "The Osler Guide to Commercial Arbitration in Canada: A Practical Introduction to Domestic and International Commercial Arbitration." Kluwer Law International, 2006, p. 76.]

inter- combining form **1.** between, among (intercontinental). [Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, Second Edition, Ontario: Oxford University Press, 2004, s.v. «inter-».]

interprovincial

adjective situated or carried on between provinces. [Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, Second Edition, Ontario: Oxford University Press, 2004, s.v. «interprovincial».]

Comme le *Canadian Oxford Dictionary*, nous retiendrons la graphie sans trait d’union *interprovincial arbitration*.

ÉQUIVALENTS

L’équivalent naturel pour *commercial arbitration* est « arbitrage commercial ».

Aujourd'hui, au Canada, l'arbitrage est réglementé par la loi. Chaque province et territoire a ses propres textes de loi sur l'arbitrage. Au niveau fédéral, l'**arbitrage commercial** est régi par la *Loi sur l'arbitrage commercial* (LAC) qui est entrée en vigueur le 10 août 1986. La LAC est une loi succincte qui sert principalement d'introduction au Code d'arbitrage commercial (le « Code »). Ce Code forme l'annexe de la LAC et fournit un cadre procédural en matière d'**arbitrage commercial**. Le Code s'applique à tous les cas d'**arbitrage commercial** où l'une des parties au moins est un ministère fédéral ou une société d'État ou aux questions d'amirauté et de droit maritime lorsque le lieu de l'arbitrage est situé au Canada. [Internet. [<http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/sprd-dprs/res/mrrc-drrg/06.html>]. Ministère de la Justice. «Le manuel relatif aux règlements des conflits». (20160602).]

Cet équivalent est passé dans l’usage et ne pose pas de problèmes. Nous recommandons « **arbitrage commercial** » pour rendre *commercial arbitration*.

Nous avons constaté les occurrences françaises « arbitrage commercial international » et « arbitrage commercial interne ».

Traditionnellement, en droit international privé, on considère qu'un **arbitrage commercial international** lorsque les parties résident dans des pays différents. Selon la définition économique moderne, on qualifie un **arbitrage commercial d'international** lorsque l'intérêt économique en jeu dépasse les frontières d'un pays. [Internet. [<http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol32/no6/arbitrage.html>]. Barreau du Québec. Louis Baribeau. «Arbitrages ad hoc, institutionnel ou assisté : Les formes d'arbitrage international». (20160615).]

L'**arbitrage commercial international** est une méthode de règlement des différends privés dans lequel les parties à un contrat commercial international conviennent que leurs litiges seront tranchés par une ou plusieurs personnes privées, à savoir les arbitres, plutôt que par un tribunal. [Internet. [<http://www.peacepalacelibrary.nl/guides-de-recherche/droit-international-prive/arbitrage-commercial-international/?lang=fr>]. Bibliothèque du Palais de la Paix. «Arbitrage commercial international». (20160623).]

Sauf entente à l'effet contraire entre les parties à un arbitrage, les règles du British Columbia International Commercial Arbitration Centre relatives à la conduite des **arbitrages commerciaux internes** s'appliquent à cet arbitrage. [CanLII, *Colombie-Britannique (Forêts) c. Teal Cedar Products Ltd.*, [2013] 3 RCS 301, 2013 CSC 51 (CanLII).]

Aussi, l'expression « arbitrage commercial international » est consacrée par la loi-type adoptée par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

L'équivalent français «arbitrage commercial international est bien ancré dans l'usage et ne pose pas de problèmes.

Pour *domestic arbitration*, nous avons relevé dans CanLII, les traductions suivantes : « arbitrage interne » et « arbitrage national ».

L'hostilité judiciaire à l'égard des tribunaux « inférieurs » et l'absence de cadre législatif moderne a freiné l'évolution de l'arbitrage au Canada, surtout en comparaison des pays européens. Au Canada, jusqu'en 1990, l'arbitrage commercial n'a pas été considéré comme une véritable solution de rechange aux tribunaux judiciaires, et les provinces ont mis du temps à établir des distinctions entre l'**arbitrage interne** et l'arbitrage international. [CanLII, *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, [2011] 1 RCS 531, 2011 CSC 15 (CanLII).]

La LCIA [London Court of International Arbitration] plaide que, en l'absence d'une dérogation claire à ce principe, les règles procédurales locales qui ne se retrouvent pas dans la loi édictant la Loi type ne devraient pas s'appliquer. Dans son mémoire, elle a décrit ce qu'elle a appelé une dichotomie entre la Loi type, qui ne prévoit aucun délai de prescription, et l'*Arbitration Act*, qui

prévoit un délai de prescription de deux ans pour les **arbitrages nationaux**. [CanLII, Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp., [2010] 1 RCS 649, 2010 CSC 19 (CanLII).]

Les provinces de common law font certaines distinctions entre l'**arbitrage « national »** et l'**arbitrage « international »** au regard de l'intervention du tribunal et de la reconnaissance des sentences arbitrales. La tendance semble indiquer un encadrement plus serré de l'intervention judiciaire dans les arbitrages « internationaux » que dans les **arbitrages « nationaux »**. [CanLII, Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs, [2007] 2 RCS 801, 2007 CSC 34 (CanLII).]

Sur Internet avec le moteur de recherche Google, on relève 22 300 résultats pour « arbitrage interne » et 13 100 pour « arbitrage national ».

Nous avons vu dans la mise en situation au début du dossier que l'adjectif *domestic* a été rendu en français par « interne » dans le syntagme *domestic arbitration award*.

Dans le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* d'Hubert Reid, on trouve les entrées suivantes pour des termes formés avec l'adjectif « interne » :

compétence interne (syn. juridiction interne)

1. Compétence des tribunaux d'un État à l'égard d'un litige ne possédant aucune dimension internationale. Elle peut être d'attribution ou territoriale.

2. Compétence de l'un des tribunaux d'un État, de préférence aux autres, à l'égard d'un litige à dimension internationale. Elle est parfois appelée « compétence territoriale interne ».

droit interne

Droit applicable à l'intérieur d'un État.

[Internet. [<http://dictionnaireid.caij.qc.ca>]. Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*.]

Dans CanLII, le passage suivant d'une décision de la Cour suprême indique le sens du terme « arbitrage interne » :

[...] Contrairement à l'extranéité, qui signale la possibilité d'un rattachement avec un État étranger, l'arbitrage est une institution sans for et sans assise géographique. Les parties à une convention d'arbitrage sont libres, sous réserve des dispositions impératives qui les lient, de choisir le lieu, la forme et les modalités qui leur conviennent. La procédure choisie n'a pas d'incidence sur l'institution de l'arbitrage. Les règles deviennent celles des parties, peu importe leur origine. Par conséquent, une situation d'arbitrage qui ne comporte aucun élément d'extranéité au sens véritable du mot est un **arbitrage interne**. [...] [CanLII, *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 RCS 801, 2007 CSC 34.]

Nous recommandons l'équivalent « **arbitrage commercial interne** » pour rendre le terme *domestic commercial arbitration*.

Pour rendre le terme *interprovincial arbitration*, nous avons relevé l'équivalent français « **arbitrage interprovincial** », lequel est transparent et bien ancré dans l'usage.

Dans les pages qui suivent nous tenterons de répondre aux deux questions suivantes : une province peut-elle adopter une loi d'**arbitrage interprovincial** et international valable sur le plan constitutionnel canadien ?

Divers facteurs dont deux retiennent ici notre attention : d'une part, le manque d'initiative des provinces canadiennes qui mettent en doute leur pouvoir de légiférer en matière d'**arbitrage interprovincial** et international, et, d'autre part, la difficulté de concilier le droit des provinces canadiennes de common law et de droit civil du Québec. [Internet. [<https://books.google.ca/books?id=5yM4QAIAAJ&q=%22arbitrage+interprovincial%22&dq=%22arbitrage+interprovincial%22&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwjotcWiqL7NAhULh4KHcXOCJlQ6AEIJDAAL>]. Revue de l'arbitrage, 1985, p. 374.]

ANALYSE NOTIONNELLE

foreign commercial arbitration

Nous avons vu dans le dossier 102, dans le cadre des travaux en cours, que la loi canadienne intitulée *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères* s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences arbitrales internes dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées.

This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards not considered as **domestic awards** in the State where their recognition and enforcement are sought. [CanLII, United Nations *Foreign Arbitral Awards Convention Act*, RSC 1985, c 16 (2nd Supp).]

En contexte, on trouve aussi le terme elliptique *foreign award* faisant référence à la *foreign arbitral award* notamment dans la Convention de New York de 1958.

The Convention, however, only defines its field of application in respect of the arbitral award: a **foreign award**, i.e., an award made in another State. [Internet. [http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf]. Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958: An Overview*, p. 9.]

Est considéré comme un *foreign commercial arbitration*, l'arbitrage commercial qui a lieu dans un autre pays ou un autre État.

The Arbitrazh Court may refuse to issue a writ of execution for the enforcement of an award [rendered] in *foreign commercial arbitration* on the grounds provided for by an international agreement of the Russian Federation and by the federal law on international commercial arbitration. [Internet. [http://books.google.ca]. Anton G. Maurer. "The Public Policy Exception under the New York Convention: History, Application and Interpretation." Juris, 2013, p. 209.]

On ne trouve pas beaucoup d'occurrences sur Internet pour *foreign commercial arbitration*, mais nous considérons qu'il serait utile de le retenir, car on trouve plusieurs occurrences de *foreign commercial award*.

ÉQUIVALENT

Dans le dossier 102, le terme *foreign award* a été rendu par « sentence étrangère ». Malgré le fait que nous ne trouvons que très peu d'occurrences sur Internet pour « arbitrage commercial étranger », nous le recommandons comme équivalent français pour rendre le terme *foreign commercial arbitration*.

ANALYSE NOTIONNELLE

private arbitration
public arbitration

Dans le cadre des présents travaux, l'auteur du dossier 202 groupe *dispute resolution* (partie 2) a constaté que dans l'univers des MSRD, il est difficile de faire la distinction entre un processus privé et un processus public.

The distinction between processes that are described as “public” or “private” has become increasingly blurred with the development of hybrid processes that appear to include features that are both public and private in nature. For example, is court-ordered mediation a public or a private process? It is ordered by a public body but the meeting itself is held in private. What difference does it make to this characterization that the outcome is confidential or that it is filed with the court; or that the mediators are court officers or private individual privately contracted by the parties? [Julie MacFarlane, *Dispute Resolution, Readings and Case Studies*, Emond Montgomery Publications Ltd, Toronto, 2^e éd., 2003, p. 107.]

Courts also try to distinguish between **public** and **private arbitration** based on the administering institution. However, institutions that administer arbitrations may administer “**public**” or “**private**” arbitrations. [Internet. [http://books.google.ca]. Stephen K. Hubert and Ben H. Sheppard ed. "AAA Yearbook on Arbitration & the Law." University of Houston, 2011, p. 376.]

L'arbitrage est un mode substitutif de résolution des différends qui est considéré parfois comme un mode privé.

Private arbitration is an agreement between parties to a dispute to have that dispute settled by a neutral arbitrator instead of going to court. [Internet. [http://michaelcoyle.ca/private-arbitration-faqs/]. Michael Coyle Private Law. "Private Arbitration FAQ's." (20160602).]

The parties agree to abide by the decision of the arbitrator, even if they do not agree with the decision itself. In short, they agree on a process, not on a result. These techniques, and others such as mini-trials, mock trials, early neutral evaluation and others are often referred to as “alternative dispute resolution” or ADR. “Alternative” means an alternative to the court system. The key way to classify them is whether the parties to the dispute agree on a resolution or whether someone else decides the dispute for them. ... All of these methods are **private**; they do not depend on “the law” to make them work, and they do not involve any governmental or state action.

...

Private resolution reduces the workload of the court system and may tend to reserve the courts, with their highly trained judges, for the hardest cases, those that private dispute resolution fails to resolve. [Nous soulignons.] [Internet. <https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/section2.pdf>]. Ministry of the Attorney General Ontario. "Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion." (20160627).]

À la lumière de ce dernier contexte, on comprend qu'un arbitrage qui serait rendu par une instance publique ou ordonné par la cour ou par la loi serait *public*.

ÉQUIVALENTS

Les équivalents « **arbitrage privé** » et « **arbitrage public** » pour rendre les termes *private arbitration* et *public arbitration* sont bien ancrés dans l'usage. Ils sont transparents et ne posent pas de problèmes.

Il faut distinguer l'arbitrage de griefs en droit du travail (« **arbitrage public** ») de l'arbitrage conventionnel choisi par les parties en matières civiles et commerciales (« **arbitrage privé** »). [Internet. [http://www.books.google.ca]. Henri Dorvil dir. «Problèmes sociaux : théories et méthodologies de la recherche, Tome III». Presses de l'Université du Québec, 2007, p. 323 (20160627).]

L'**arbitrage privé** se construit autour des « arbitres » qui sont des personnes choisies par les deux camps afin de donner le verdict et trancher l'affaire en cours. Généralement, trois arbitres interviennent lors d'un arbitrage : chaque partie désigne un arbitre et, de commun accord, un

troisième est alors désigné. Les arbitres, qui constituent alors le « tribunal d'arbitrage », ont alors les pleins pouvoirs pour trancher sur la question posée. [Internet. [<http://www.juriguide.com/le-monde-des-affaires/11032013,qu-est-ce-que-l-arbitrage-prive-,383.html>]. Juriguide.com. «Qu'est-ce que l'arbitrage privé?». (20160627).]

De **privé** qu'il était à l'origine, le système d'**arbitrage** est devenu de plus en plus **public** sur le plan de la compétence que les arbitres sont appelés à exercer, alors qu'il a conservé pour l'essentiel toutes les caractéristiques d'un régime privé quant à son mode de fonctionnement. Cette évolution se manifeste par un élargissement du champ d'intervention de l'arbitre de griefs dans des domaines qui étaient auparavant l'apanage des tribunaux de droit commun. Cette compétence élargie a été confirmée par une suite de décisions de la Cour suprême du Canada. [Internet. [<https://www.erudit.org/revue/cd/2012/v53/n1/1007831ar.html>]. Érudit. Jean Bernier. «L'arbitrage de griefs : un système de justice privé ou public ?». (20160627).]

ANALYSE NOTIONNELLE

private international arbitration *public international arbitration*

Le *public international arbitration* c'est celui qui met en présence des sujets du droit international public comme parties au différend soit des États souverains ou des organisations internationales, alors, que le *private international arbitration* met en présence des personnes ou des personnes morales régies par des législations d'États différents.

Public international arbitration also can be referred to as inter-State arbitration, though the phrase "**public international arbitration**" is preferred here in order to include disputes between States and international organizations. [Internet. [<http://books.google.ca>]. James D. Fry. *Legal Resolution of Nuclear Non-Proliferation Disputes*, New-York, Cambridge University Press, 2013, p. 269.]

The type of arbitration discussed above, set up by states to decide a case or a series of cases between them, must be distinguished from another type which deals with disputes in which individuals or corporations are involved as parties. This kind of arbitration ... is known as **private** (as opposed to public) **international arbitration** ... [Internet. [<http://books.google.ca>]. J. G. Merrills. *International Dispute Settlement*, 4th ed., New York, Cambridge University Press, 2005, p. 117.]

ÉQUIVALENTS

Les équivalents « **arbitrage international privé** » et « **arbitrage international public** » sont transparents et sont en usage. Nous les recommandons.

La multiplication récente des accords de libre-échange, et particulièrement les négociations actuelles concernant l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Europe, a mis en lumière les problèmes et les craintes que suscite l'**arbitrage international privé** en matière d'investissements étrangers. En effet, plusieurs pays européens, dont la France, ont vivement dénoncé le recours aux mécanismes privés de règlement des différends relatifs aux investissements, ces mécanismes étant perçus comme trop favorables aux investisseurs. [Quicklaw. *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, Critique par Johannie Dallaire, Revue de droit international (2015) 28 R.Q.D.I. no 1, 307-311.]

En ce qui concerne le caractère « commercial » de l'arbitrage, celui-ci devra être conçu dans les termes larges exprimés par la Loi-type CNUDCI (précités). Cette précision est importante puisque de cette manière, on se trouve à exclure l'**arbitrage international public** où les États ne renoncent pas aux immunités de juridiction et d'exécution. [Internet. [<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/2387/11740751.PDF?sequence=1>]. Université de Montréal. Alejandro Flores Patino. «La compétence du tribunal arbitral dans l'arbitrage commercial», 2006, p. 8.]

ANALYSE NOTIONNELLE

place of arbitration

seat of arbitration

En général, les parties déterminent le *place of arbitration* dans une convention d'arbitrage ou une convention ultérieure. À défaut, le tribunal arbitral le choisira. Ainsi, les parties ou le tribunal choisissent le *seat of arbitration* qui détermine le droit applicable à la procédure arbitrale et où la sentence est réputée être rendue.

Ces deux termes sont souvent considérés comme synonymes. Par contre, ils sont encore employés distinctement l'un de l'autre.

Place or “Seat” of the Arbitration. The location of the arbitration is important for both legal and practical reasons. As a tactical matter, a party negotiating an arbitration agreement may be reluctant to agree to arbitration in the other party's home and vice versa. Often, a mutually convenient independent location is agreed upon or the parties agree that the **place of the arbitration** shall automatically be determined depending on which party commences the arbitration. However, such a solution must be approached carefully, as it could be costly and very disadvantageous.

Particularly in the case of international or inter-provincial arbitration, the choice of location may have greater significance. The law of the place of the arbitration, or *lex arbitri*, can dramatically affect a party's ability to obtain and later enforce an arbitral award. Issues including interim relief (such as an injunction), disputes over the appointment and jurisdiction of arbitrators, and certain procedural rights may be resolved by local courts under the law of the place or “**seat**” of **arbitration**. There may be mandatory provisions of law that the arbitral tribunal must follow. Local law may also govern some aspects of hearing procedure (such as acquiring evidence from third parties) and appeals from interlocutory or procedural orders of an arbitral tribunal, if any. It is

very useful, therefore, to have or obtain an understanding of the arbitration law of the proposed **place of arbitration** prior to choosing that **place** as the **seat of the arbitration**.

There may also be a tactical advantage in choosing the location of the arbitration based on the availability of familiar counsel, common language and confidence in the courts of a particular jurisdiction. In international arbitration, proceedings in a country located far away from witnesses or from senior management of a corporate party may be very inconvenient. Arbitration in a jurisdiction with an underdeveloped infrastructure or outdated arbitration legislation can also be problematic in terms of communication, the use of technology during a hearing or in cases where the parties require a court's assistance to advance the arbitration.

Of course, in some cases, the question of where to arbitrate is much more complicated, and the opposite party's jurisdiction may actually be advantageous if, for example, it contains favourable limitations legislation or liability protection for a party breaching a contract. A careful approach involves investigating the advantages of each jurisdiction when the original agreement to arbitrate is negotiated. [Babak Barin, Andrew D. Little and Randy A. Pepper. "The Osler Guide to Commercial Arbitration in Canada: A Practical Introduction to Domestic and International Commercial Arbitration." Kluwer Law International, 2006, p. 47-48.]

Seat of the arbitration

Choosing the **seat of the arbitration** is important because generally the arbitration law of the arbitral situs will be the law that governs the arbitration (the *lex arbitri*). Parties want an "arbitration-friendly" regime – that is, one that will not unduly interfere with the arbitral process. If any court intervention is needed or occurs during or after the arbitration, the local law governing arbitrations will have an impact on the proceedings.

Parties will also tend to choose a country that is not the place of the business of either party, so they will be in a "neutral" forum. In addition, it is important to choose a situs within a country that is a party to the New York Convention (a "Contracting State"). Many countries have declared they will enforce only arbitration awards that were made in another Contracting State. Thus, if the **seat of arbitration** was not within a Contracting State, the award might not be enforceable in the jurisdiction where the losing party's assets are located.

In addition, the arbitration should be held in a place where the infrastructure is sufficiently developed to permit reasonable transportation to and from the location, where basic technology is available (phones, faxes, Internet access), and where the political and economic structure is stable. One rule of thumb: Do not hold an arbitration in a place where you would not go on vacation.

Choosing the **seat of the arbitration** is important because generally the arbitration law of the arbitral situs will be the law that governs the arbitration (the *lex arbitri*). [Margaret L. Moses. "The Principles and Practice of International Commercial Arbitration." Second Edition, Cambridge, 2012, p. 47-48]

The **place of arbitration** should be in a State that is a party to the 1958 Convention or has adopted the Model Law in order to force the courts of that State to defer to arbitration when allowed to hear disputes with respect to a contract that contains an arbitration clause and in order to facilitate the recognition and enforcement of the award in another signatory State where the defendant's assets are located. [J.G. Castel. "International Commercial Arbitration." in D. Paul Emond ed. "Commercial Dispute Resolution: Alternatives to Litigation." Canada Law Book, 1989, p. 136.]

seat n. 2. The center of some activity <the seat of the government>. [Black's Law Dictionary p. 1353]

Les audiences ou autres étapes procédurales peuvent se tenir en un autre lieu que celui du *seat* du tribunal arbitral.

The importance of the **place of arbitration**. The most important variable in an international arbitration clause is the **place** (or '**seat**') of arbitration. It is the city to which the arbitration is legally attached. But this does not mean that any physical activity, such as hearings or a tribunal's meetings to deliberate, need occur there. [Michael McIlwrath and John Savage. "International Arbitration and Mediation: A Practical Guide." Wolters Kluwer, 2010, p. 21.]

Distinguishing the **Place of Arbitration** from the Place of Hearing

The Model Law specifically states in Article 1(2) that except for articles 8, 9, 35 and 36, the Model Law only applies if the "**place of arbitration**" is in the territory of the State. Accordingly, if an arbitration takes place in Alberta, it is the Alberta version of the Model Law that is applicable. Similarly, on constitutional grounds, a province's domestic act applies if the **place of arbitration** is in that province. Choosing the **place of arbitration** carries with it the mandatory procedural law respecting arbitrations in force at that place. The English Arbitration Act adopts the phrase "**seat of the arbitration**" as meaning the juridical seat of the proceedings. Once the parties agree on a **place of arbitration** or a **place of arbitration** is fixed by the tribunal, then such place becomes the **seat of arbitration**. If the parties have not agreed on the **place of arbitration** then the arbitral tribunal determines if after hearing the submissions of the parties.

...

The **place of the arbitration** should be distinguished from the place or places the arbitral tribunal hears witnesses or hold hearings. This may be done at any appropriate place without affecting the juridical seat of the arbitration. [J. Brian Casey. "Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure." Second Edition, Juris, 2011, p. 214-215.]

Venue of hearing versus **place of arbitration**

The distinction between the **place or 'seat' of arbitration** and the actual location of the proceedings or deliberation is a trite one. Some participants inexperienced in international arbitration might initially be confused (and some more experienced sometimes *pretend* to be confused) about the fact that the **place or 'seat' of arbitration** is not the physical location but the link, the 'rattachement' or connecting factor to a given procedural order or '*lex arbitri*' of the State where the 'seat' is situated. It is also an accepted principle that, for convenience or other reasons, hearings and deliberations may be held elsewhere than at the '**seat' of arbitration**. [Internet. [http://www.lalive.ch/data/publications/msc_place_or_seat_of_arbitration_ASA2003.pdf]. "The Place or 'Seat' of Arbitration (Possibility, and/or Sometimes Necessity of its Transfer?) – Some Remarks on the Award in ICC Arbitration n° 10'623." (20160616).]

The **seat of the arbitration** is normally determined in the arbitration clause, but if not, the arbitrators will choose a seat, usually one that is neutral in the sense of not being in the country of either party. Once the seat is chosen, the tribunal will usually hold hearings there, but it can, on occasion, decide to hold meetings elsewhere, without changing the legal situs of the arbitration. For example, if a site visit is necessary, one set of hearings could be held near the site, because all parties would generally want to be present for the site visit. [Margaret L. Moses. "The Principles and Practice of International Commercial Arbitration." Second Edition, Cambridge University Press, 2012, p. 168.]

ÉQUIVALENTS

Les équivalents français « **lieu de l'arbitrage** » et « **siège de l'arbitrage** » sont bien ancrés dans l'usage pour rendre respectivement les termes *place of arbitration* et *seat of arbitration*. Nous les recommandons.

Date, heure et **lieu de l'arbitrage**

22. (1) Le tribunal arbitral décide de la date, de l'heure et du **lieu de l'arbitrage**, en tenant compte des convenances des parties et des autres circonstances de l'affaire. 1991, chap. 17, par. 22 (1). [CanLII, Loi de 1991 sur l'arbitrage, LO 1991, c 17]

Le tribunal arbitral a finalement été constitué le 9 mars 2009 et il a désigné Toronto comme **lieu de l'arbitrage**. [Internet. [<http://books.google.ca>]. Currie, John H. «Annuaire canadien de droit international». UBC Press, 2013, p. 385 (20160511).]

En choisissant le **siège de l'arbitrage**, les parties désignent aussi le droit qui sera applicable à la procédure ainsi que les juridictions qui seront chargées du contrôle de la procédure et de la sentence arbitrale. [Internet. [<https://www.lw.com/.../2013-guide-to-international-arbitration-french-ed.>] Latham & Watkins. «Guide de l'arbitrage international». (20160617).]

Outre le droit applicable au litige, le choix du **lieu de l'arbitrage** s'avère important. Plusieurs critères sont à considérer, précise le conférencier. Entre autres critères importants, il est préférable que le pays visé comme **siège de l'arbitrage** soit signataire de la *Convention de New York* pour qu'il y ait reconnaissance de l'arbitrage et de la sentence et que celle-ci puisse être exécutée. De plus, l'endroit choisi doit procurer un sentiment de neutralité aux parties et tenir compte d'autres facteurs d'ordre pratique telle l'accessibilité. Par ailleurs, la (ou les) langue(s) à utiliser lors de l'arbitrage devrait être précisée au contrat sinon ce choix reviendra à l'arbitre. [Internet. [<http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol30/no3/litigesinternationaux.html>]. Barreau du Québec. Desjardins, Lucie. «La résolution des litiges commerciaux internationaux : De plus en plus la voie de l'arbitrage» (20160511).]

Pourquoi le choix du **lieu de l'arbitrage** est-il encore trop peu valorisé lors de la négociation des contrats? Il est souvent expliqué que la clause d'arbitrage ne doit pas être considérée comme une « midnight clause » que l'on négocie rapidement sur un coin de table et qu'il est essentiel de prendre le temps d'analyser les stipulations de la clause compromissoire. Parmi ces stipulations, il y a le lieu où l'arbitrage est réputé se dérouler, appelé « **lieu** » ou « **siège** » de l'arbitrage. [Internet. [<https://actuarbitragealtana.wordpress.com/2013/11/15/consequences-pratiques-et-juridiques-du-choix-du-lieu-de-larbitrage/>]. «Conséquences pratiques et juridiques du choix du lieu de l'arbitrage» (20160511).]

Le **siège de l'arbitrage** joue un double rôle dans la plupart des États ici considérés. En premier lieu, il détermine le champ d'application de la loi d'arbitrage. Celle-ci ne s'applique qu'aux

arbitrages « se déroulant », c'est-à-dire ayant leur siège, dans l'État en cause. En second lieu, le **siège** délimite la juridiction des tribunaux étatiques pour connaître d'un recours contre la sentence. Ceux-ci ne sont compétents qu'à l'égard des sentences « rendues » dans l'État dont ils relèvent, c'est-à-dire prononcées dans le cadre d'un arbitrage ayant son siège dans cet État. [Jean-François Poudret et Sébastien Besson. «Droit comparé de l'arbitrage international». Bruylant, 2002, p. 86.]

Bien que l'on qualifie traditionnellement de « territorialiste » le rattachement d'un arbitrage à l'ordre juridique et aux juridictions de son **siège**, cela n'implique pas que le siège comporte une localisation physique du tribunal arbitral. Le siège est aujourd'hui défini comme un lien juridique entre l'arbitrage et la juridiction – législative et judiciaire – de l'État choisi. Comme l'écrivent Lalive/Poudret/Reymond, le **siège** est « le lien juridique qui relie les parties à l'arbitrage et l'arbitre, d'une part, à un for judiciaire et à une loi étatique sur l'arbitrage, d'autre part ».

En anglais, l'expression « *place of arbitration* » était traditionnellement plus usitée que celle de « *seat of arbitration* ». À notre avis, elles doivent aujourd'hui être considérées comme synonymes. L'État du **siège de l'arbitrage** correspond également à l'État où l'arbitrage « a eu lieu » ou « s'est déroulé ».

Il résulte de la définition précitée que le choix du **siège** ne dépend pas d'un lien matériel entre l'objet du litige ou les parties et la juridiction choisie. En outre, la procédure arbitrale elle-même ne doit pas nécessairement se dérouler physiquement sur le territoire de l'État du **siège**. [Jean-François Poudret et Sébastien Besson. «Droit comparé de l'arbitrage international». Bruylant, 2002, p. 134.]

Dans le droit de l'arbitrage, le **siège de l'arbitrage** est le lieu géographique choisi par les parties qui détermine quel sera le droit applicable, quelle loi gouvernera la solution de leur différend. Les conventions d'arbitrage prévoient toujours des dispositions relatives à l'élection de for, c'est-à-dire au choix du **siège de l'arbitrage** en cas de litige.

[Internet. [<http://www.cttj.ca/>]. Centre de traduction et de terminologie juridiques de l'Université de Moncton (CTTJ). Jacques Picotte, *Juridictionnaire*, s.v. «siéger».]

siège n.m. **1.** Localité où est établie une autorité, où elle se trouve légalement. Ex. le siège des pouvoirs publics est à Paris. –**du tribunal.** Localité où le tribunal est installé, où il tient régulièrement ses séances. [Cornu, Gérard. «Vocabulaire juridique» p. 956].

ANALYSE NOTIONNELLE

guerilla tactic

querrilla tactic

dilatory tactic

delay tactic

delaying tactic

Le terme *guerilla tactic* concerne des pratiques procédurales arbitrales condamnables notamment celles concernant les parties prenantes dans le cadre d'un arbitrage commercial international. Voici les explications de trois auteurs qui se sont penchés sur la question :

... dumpster diving ... 'convincing' an arbitrator to go home rather than attend deliberations ... death threats!!!... changing counsel mid-proceedings to create a conflict with an arbitrator ... wiretapping opposing counsel's meeting rooms ... hiding damaging documents that were ordered to be disclosed ... raising fourteen challenges to a single arbitral tribunal ... physically assaulting the opposing party ... raising excessive frivolous objections to 'run the clock' at an evidentiary hearing ... threatening a witness that he would 'never work again' to dissuade him from testifying ... absurdly excessive requests for document disclosure ... hiring private detectives to follow and observe arbitrators ... staging a car accident with opposing counsel to prevent attendance at a hearing ...

As various contributions in this volume attest, **guerrilla tactics** like those described above appear to be an increasingly common phenomenon in international arbitration. In a recent survey, 68% of respondents reported that they had experienced what they believed were **guerrilla tactics** in international arbitration. One of the most notable aspects of this study is that the authors did not seek to define the very topic they were investigating. Rather than a methodological misstep, the absence of a clear definition of '**guerrilla tactics**' was an intentional decision. As the authors describe, 'what needed to be discovered is whether counsel and arbitrators felt such tactics were being used and to learn what kinds of tactics they felt deserved to be labelled "**guerrilla tactics**". Given this starting point, it is perhaps not surprising that conduct identified by some attorneys as '**guerrilla tactics**' would be defended by others as a legitimate strategy, or even as part of an attorney's obligation to diligently represent the client's interest. [Internet. [http://shop.americanbar.org/PersonifyImages/ProductFiles/187204082/ArbitCrisis_combo.pdf]. ABA American Bar Association. Catherine Rogers. "Guerilla Tactics and Ethical Regulation." (20160614).]

The book starts with an analysis of precisely what constitutes a **guerrilla tactic**, a term not easily defined in the arbitration context. The definition, depending on one's perspective, can range from just playing arbitration hardball to criminal acts. The authors discuss various categories of **guerrilla tactics**. They identify unacceptable conduct such as delay tactics, frivolous challenges, bribery, use of surveillance methods, fraud, intimidation of arbitrators and witnesses, threats of violence and blatant abuse of State authority. However, they also identify other conduct, which may or may not be viewed as a **guerrilla tactic**, such as withholding evidence for late production, introducing evidence through witnesses to ambush opposing counsel, disregard of professional courtesies, and excessive document requests. Interestingly, the authors also bring up the issue of **guerrilla tactics** by the arbitral tribunal itself and provide several examples such as being unavailable for deliberations, demonstrating bias by constantly objecting to even basic procedural orders, and, most egregiously, disseminating information about the tribunal's deliberations and thought process. [Internet. [<http://www.sussmanadr.com/docs/guerrilla%20tactics%20book%20review%202%20NYSBA.pdf>]. Gunther J. Horvath and Stephan Wilske ed. "Guerrilla Tactics in International Arbitration." (20160614).]

Dans le contexte ci-dessous, on décrit non seulement les *guerrilla tactics*, mais aussi les *dilatory tactics* dont le but est de retarder la procédure arbitrale ou bien judiciaire.

Dilatory tactics are methods by which the rules of procedure are used by a party to a lawsuit in an abusive manner to delay the progress of the proceedings. For example, when numerous motions brought before a court for postponement are baseless, time is wasted because the court must stop the course of ongoing proceedings to examine whether there is any merit to the motions. The party in whose interests the motion is brought uses this tactic to gain time to enhance his or her position, or to postpone an action by a court as long as possible to minimize the impact of a decree rendered

against him or her. [Internet. [<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/dilatory>]. The free Dictionary by Farlex. "Dilatory."(20160629).]

... arbitration has proven to be increasingly vulnerable to **dilatory tactics**. [Internet. [<http://www.books.google.ca>]. Gabrielle Kaufmann-Kohler and Antonio Rigozzi, "International Arbitration: Law and Practice in Switzerland." Oxford University Press, 2015, p. 15 (20160705).]

The arbitral tribunal's competence to rule on its own jurisdiction, i.e. on the very foundation of its mandate and power, is, of course, subject to court control. Where the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, article 16(3) provides for instant court control in order to avoid unnecessary waste of money and time. However, three procedural safeguards are added to reduce the risk and effect of **dilatory tactics**: short time-period for resort to court (30 days), court decision is not appealable, and discretion of the arbitral tribunal to continue the proceedings and make an award while the matter is pending with the court. [Internet. [https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf]. UNCITRAL United Nations Commission on International Trade Law. "UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration." (20160704).]

On a repéré aussi les termes *delay tactics* et *delaying tactics* pour décrire la même notion que *dilatory tactics*.

Dilatory or **delay tactics** include delaying the scheduling of meetings, canceling meetings or showing up late, or attaching preconditions to negotiations. [Internet. [<http://books.google.ca>]. Philip L. Martin. "Promise Unfulfilled: Unions, Immigration and the Farm Workers." p. 127 (20160719).]

The authors discuss various categories of guerrilla tactics. They identify unacceptable conduct such as **delay tactics**, frivolous challenges, bribery, use of surveillance methods, fraud, intimidation of arbitrators and witnesses, threats of violence and blatant abuse of state authority. [Internet. [<http://www.sussmanadr.com/docs/guerrilla%20tactics%20book%20review%20%20NYSBA.pdf>]. Gunther J. Horvath and Stephan Wilske ed. "Guerrilla Tactics in International Arbitration." (20160614).]

A **delaying tactic** is any reason or excuse given to intentionally delay an arbitration from proceeding. The usual purpose of **delaying tactics** is to postpone the discussion of a particular topic or the resolution of a particular issue or to confuse the arbitrator about the merits of the case. Because **delaying tactics** are contrary to one of the goals of arbitration (an expeditious resolution of the case), they tend to be perceived negatively. By lengthening the process, they increase costs and expenses and often antagonize the adversary. [Internet. [<http://books.google.ca>]. American Arbitration Association. "AAA Handbook on Arbitration Practice." Juris, 2010, p. 296 (20160719).]

No one likes it when a party uses **delaying tactics** to stall the normal course of an arbitration, whether it is an ad hoc (i.e., self-administered) or an administered proceeding. It is generally assumed that the respondent is the most likely party to seek to delay the arbitration, arguably because it would benefit from a postponement of the outcome. However, experience teaches that this is not the exclusive privilege of respondents. Claimants have reasons of their own to instigate delay. Since arbitration is a voluntary process created by the parties for their own benefit, there is little doubt that one or both parties can exert enough control over the process to slow it down. A party may have a variety of reasons for doing so.

Fortunately, **delaying tactics** are rarely abused to the point of totally defeating the arbitration process. There are several reasons for this. First, parties generally do not want to increase the costs of arbitration. Second, their attorneys know that lengthy delays may cause confusion and prevent the arbitrator from focusing on the crucial issues and facts of the case. [Internet. [http://www.jurispub.com/DELAYING-TACTICS-IN-ARBITRATION-Dispute-Resolution-Journal-Vol-59-No-4.html] Alain Frécon. "Delaying Tactics in Arbitration - Dispute Resolution Journal - Vol. 59, No. 4." (20160719).]

Voici les définitions de *guerrilla*, *dilatory*, *delay*, *tactic* :

guerrilla *noun*

(also **guerilla**)

- 1. a person taking part in an irregular war waged by small bands operating independently, often against a stronger, more organized force, with surprise attacks etc.: [also *attributive*] : *guerrilla warfare*.
- 2. *informal* an activist using controversial or sensational means to support a cause. [Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, Second Edition, Ontario, Oxford University Press, 2004, s.v. «guerrilla».]

dilatory

A. adj.

1. *Tending to cause delay; made for the purpose of gaining time or deferring decision or action.*
Law.

B. A means of procuring delay; a dilatory plea

[Internet. "*Oxford English Dictionary*", s.v. «dilatory».]

delay

noun

1. The act or an instance of delaying: the process of being delayed.

[Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, Second Edition, Ontario, Oxford University Press, 2004, s.v. «delay».]

tactic

noun

A plan or method used to achieve something, esp. against an opponent.

[Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, Second Edition, Ontario, Oxford University Press, 2004, s.v. «tactic».]

tactics

plural noun

1. (also treated as sing.) The art of disposing armed forces esp. in contact with an enemy (compare *strategy* 4a).

[Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, Second Edition, Ontario, Oxford University Press, 2004, s.v. «tactics».]

On retiendra les deux graphies *guerilla* et *guerrilla*, car elles sont admises dans le *Canadian Oxford Dictionary*.

ÉQUIVALENTS

Nous avons relevé les équivalents français « tactique guerrière », « tactique de guérilla », « stratégie de guerre de tranchées » et « stratégie guerrière » pour rendre *guerilla tactic*.

Avec l'éclairage de leurs conseils, spécialistes de la science et donc de l'éthique arbitrales, les parties pourront sans doute privilégier une certaine retenue aux dépens d'une stratégie procédurale jusqu'au-boutiste, parfois appelée « **tactiques guerrières** » c'est-à-dire faite d'obstructions systématiques et qui pourrait d'ailleurs finalement s'avérer contre-productive et couteuse. [Internet. [<http://www.fca-arbitrage.com/publications/ethique-dans-la-conduite-et-la-gestion-de-l-arbitrage/>] Fédération des Centres d'arbitrage. «L'éthique dans l'arbitrage». (20160614).]

Une montée en puissance des **tactiques guerrières**?

Il ne peut être nié que le recours à l'arbitrage international présente de nombreux avantages, lesquels sont bien connus et sur lesquels il n'est pas nécessaire de s'appesantir ici. Néanmoins, si ces atouts sont bien réels, un aspect bien plus négatif pourrait mettre en danger son évolution et sa réputation comme mode fiable de règlements des litiges : l'utilisation croissante de comportements dilatoires et abusifs notamment par certains conseils dans le seul but d'être toujours plus efficace dans la réalisation d'un objectif purement tactique, souvent négatif (celui de paralyser l'arbitrage). Comme mentionné précédemment, le terme de « guerilla tactics », ou « **stratégies de guerre de tranchées** », utilisé pour qualifier ces comportements procéduraux abusifs, notamment par certains conseils, parfois dépourvus de tout scrupule, est désormais bien ancré dans le jargon professionnel de l'arbitrage international.

Si ce terme est bien assis, il n'est pas clairement défini et recouvre de multiples hypothèses. Bien que ne rentrant pas dans ce que l'on pourrait appeler la « sphère éthique », une **stratégie guerrière** n'équivaut pas toujours à la violation d'une loi ou d'une règle de procédure. Il est également important de différencier un comportement procédural stratégique, voire agressif, mais admis dans la pratique arbitrale et une stratégie jusqu'au-boutiste, caractérisé par une attitude de combat où seule la victoire compte au final, et qui peut être, elle, répréhensible et sanctionnable. Les *guerilla tactics* peuvent par ailleurs être classées en fonction de leur gravité : on distingue ainsi ses formes communes qui mettent en jeu des manœuvres procédurales, non pas *stricto sensu* abusives, et les hypothèses « extrêmes », constituant des infractions graves et un abus caractérisé de procédure.

Ces **tactiques guerrières** se rencontrent en effet sous différentes formes, sans pour autant d'ailleurs qu'elles ne mettent en cause ou qu'elles ne passent par un conseil. De manière non exhaustive, un auteur cite notamment : l'intimidation exercée par une partie sur un arbitre pour le dissuader d'assister aux délibérations, le changement d'un avocat au cours de la procédure pour créer un conflit d'intérêts avec un arbitre, la mise sur écoute des salles de conférence des avocats adverses, la menace physique d'un témoin pour le dissuader de témoigner, l'engagement de détectives privés pour suivre les arbitres, le déclenchement d'une alarme au feu pour éviter la poursuite d'une audience, etc. [Internet. [<http://books.google.ca>]. Filali Osman et Lotfi Chedly. «Vers une lex mediterranea de l'arbitrage : Pour un cadre commun de référence». Bruylant, 2015, n.p. (20160614).]

L'ouvrage paru chez l'éditeur Kluwer² dans la série « International Arbitration Law Library » est précieux en ce qu'il constitue le premier - à notre connaissance - à examiner d'une façon exhaustive, d'un point de vue à la fois scientifique et pratique, l'épineux problème des « **tactiques de guérilla** » déployées en arbitrage international et de leurs effets néfastes sur l'acte de rendre la justice internationale. [Internet. [http://www.lexisnexus.fr/droit-document/article/journal-droit-international-clunet-/04-2015/026_PS_JDI_JDI1504AL00026.htm#.V2A20k8UXIU]. LexisNexis. «Journal de droit international». (20160614).]

[...] le paysage juridique de l'arbitrage international a considérablement changé, et les règles de la LCIA [Cour d'arbitrage international de Londres] a été de tenter de résoudre certains des plus grands changements. La modification du Règlement de la LCIA a été approfondie, et de nombreux articles, qui peuvent être trouvés ci-dessous, ont été mis à jour.

Les modifications les plus importantes comprennent:
[...]

- Lignes directrices sur la conduite des avocats à l'adresse que l'on appelle « des **tactiques de guérilla** » dans l'arbitrage international, comme le mensonge aux arbitres, en essayant de les influencer ou présentant de fausses preuves. [Internet. [<https://international-arbitration-attorney.com/fr/2014-lcia-rules-arbitration/>]. Réseau d'avocats d'arbitrage international indépendants. «2014 LCIA Règlement d'arbitrage». (20160614).]

Voici des définitions pour les substantifs « guérilla », « tactique » et « stratégie » :

guérilla *nom*

Guerre de harcèlement, de coups de main, menée par des partisans, des groupes clandestins, pour une cause politique, religieuse, sociale, nationale. [Paul Robert et al., *Le Nouveau Petit Robert*, 2009, s.v. «guérilla».]

tactique *nom*

1. Art de combiner tous les moyens militaires (troupes, armements) au combat; exécution locale, adaptée aux circonstances, des plans de la stratégie. *Tactique d'infanterie. Tactique aérienne, navale.* – par anal. *La tactique d'une équipe de football, d'un boxeur.*
2. Fig. Ensemble des moyens coordonnés que l'on emploie pour parvenir à un résultat. *Tactique parlementaire.* [Paul Robert et al., *Le Nouveau Petit Robert*, 2009, s.v. «tactique».]

stratégie *nom*

1. (Opposé à *tactique*) Art de faire évoluer une armée sur un théâtre d'opérations jusqu'au moment où elle entre en contact avec l'ennemi. [Paul Robert et al., *Le Nouveau Petit Robert*, 2009, s.v. «stratégie».]

strategy

noun

4a The art of planning and directing military activity in a battle or war (compare *tactics* 1). [Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary*, Second Edition, Ontario, Oxford University Press, 2004, s.v. «strategy».]

² Günther J. Horvath et Stephan Wilske (ss dir.). Wolters Kluwer, 2013, 429 p. "Guerilla Tactics in International Arbitration."

Nous ne retiendrons pas les syntagmes composés avec le substantif « stratégie » qui correspondent à la notion de *strategy* en anglais.

Pour les termes *dilatory tactic*, *delaying tactic* et *delay tactic*, nous avons constaté l'usage de l'équivalent « tactique dilatoire ».

Avant de déroger à la règle générale du renvoi, le tribunal doit être convaincu que la contestation de la compétence arbitrale n'est pas **une tactique dilatoire** et ne préjudiciera pas indûment le déroulement de l'arbitrage. [Internet. [<https://www.mcgill.ca/arbitration/files/arbitration/Telus.pdf>]. Université McGill. «9064-1622 Québec inc. c. Société Telus Communications (Telus Mobilité)». (20160704).]

L'autonomie de l'arbitrage face à l'intervention des tribunaux de droit commun contribue à lui conférer l'une de ses qualités premières : son efficacité. Limiter le pouvoir de contrôle ou de révision des tribunaux de droit commun durant le processus arbitral permet en effet d'en simplifier la procédure et décourage l'emploi de **tactiques dilatoires**. Le principe de l'autonomie de l'arbitrage est d'ailleurs si crucial qu'il se retrouve dans la plupart des conventions régissant l'arbitrage international ainsi que dans le droit de nombreuses juridictions favorables à l'arbitrage. [Internet. [<http://www.nortonrosefulbright.com/centre-du-savoir/publications/56420/la-revision-par-les-tribunaux-de-droit-commun-des-decisions-procedurales-rendues-durant-larbitrage-perspect>]. Norton Rose Fulbright. «La révision par les tribunaux de droit commun des décisions procédurales rendues durant l'arbitrage : perspectives comparatives». (20160704).]

dilatoire

adj.

JURISPR. Qui tend à différer l'instruction ou le jugement d'une affaire, d'un procès. [Internet. [<http://atilf.atilf.fr>]. *Le Trésor de la langue française informatisé*, s.v. «dilatoire».]

Nous recommandons les équivalents français « **tactique de guérilla** » et « **tactique dilatoire** » pour rendre respectivement *guerilla tactic*/*guerrilla tactic* et les termes *dilatory tactic*, *delaying tactic* et *delay tactic*.

ANALYSE NOTIONNELLE

pathological arbitral clause

pathological arbitration clause

Une *pathological arbitration clause* est une clause affectée d'un défaut qui fait généralement obstacle au déroulement de l'arbitrage ou qui le rend impossible à mettre en œuvre.

Pathological arbitration clauses might be defined as those drafted in such a way that they may lead to disputes over the interpretation of the arbitration agreement, may result in the failure of the arbitral clause or may result in the unenforceability of an award. Defective arbitration clauses were first denominated as "**pathological**" in 1974 by Frederick Eisemann, who served at that time as the

Secretary General of the ICC International Court of Arbitration. [Internet. [<http://arbitration-blog.eu/arbitration-friendly-3/>]. International Arbitration: News, Analytics and Practice. "Intention to Arbitrate or Pathological Arbitration Clause?" (20160620).]

Pathological Arbitration Clauses

Posted on March 8, 2013 by Shaun Lee

In a recent post, we wrote about the Singapore High Court case of *HKL Group Co Ltd v Rizq International Holdings Pte* costs for the parties involved. This was because the arbitration clause in issue was a so-called **pathological arbitration clause** i.e. a defective arbitration clause. In the worst case scenario, the clause might be so defective such that it cannot be enforced as an arbitration clause at all.

This post considers some of the common issues that may render an arbitration clause defective. It also sets out for the benefit of our readers various examples of **pathological arbitration clauses** which have failed and also some of those which have been upheld.

Background to the term

Frédéric Eisemann coined the term “*pathological clauses*” or “*clauses pathologiques*,” in “La clause d’arbitrage pathologique” in *Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli* (Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1974). According to Eisemann, there are four essential elements of an arbitration clause.

“(1) The first, which is common to all agreements, is to produce mandatory consequences for the parties,

(2) The second, is to exclude the intervention of state courts in the settlement of the disputes, at least before the issuance of the award,

(3) The third, is to give powers to the arbitrators to resolve the disputes likely to arise between the parties,

(4) The fourth, is to permit the putting in place of a procedure leading under the best conditions of efficiency and rapidity to the rendering of an award that is susceptible of judicial enforcement”.

An **arbitration clause** is **pathological** when it deviates from any one of the above four elements. How defective the clause is depends on the extent of the deviation from those elements.

[Internet. [<http://singaporeinternationalarbitration.com/2013/03/08/pathological-arbitration-clauses/>]. Singapore International Arbitration Blog. "Pathological Arbitration Clauses." (20141205).]

On trouve aussi la tournure *pathological arbitral clause*.

... it has also been cautioned that it would be a mistake to apply the term **pathological arbitral clause** to this provision. Since 'the parties plainly wished to require that both sides negotiate in order to reach consent on a particular arbitration'. [Internet. [<https://books.google.ca>]. Netherlands International Law Review, volume 36. (20160620).]

Dans le dossier 102, les auteures ont constaté que les termes formés avec *arbitral* sont moins fréquents que ceux construits avec *arbitration* en apposition dans un contexte qui n'est pas exclusivement canadien.

ÉQUIVALENTS

On relève les équivalents « clause d'arbitrage pathologique » et « clause arbitrale pathologique ».

Les clauses d'arbitrage pathologiques

Fruits de la précipitation, de la maladresse ou de l'ignorance du rédacteur, les **clauses arbitrales pathologiques** ont stimulé l'imagination des juges et des arbitres et piqué la curiosité des auteurs. Comme l'a relevé notamment Eisemann, elles ne sont pas nécessairement nulles ou inefficaces. Certaines, que nous évoquerons tout d'abord, pourront donner lieu à des difficultés lors de la mise en œuvre de l'arbitrage, mais ne feront pas en fin de compte obstacle au déroulement de celui-ci. En effet, la jurisprudence et plus encore la pratique arbitrale s'attachent à sauver de telles clauses dans la mesure du possible par voie d'interprétation. [Jean-François Poudret et Sébastien Besson. «Droit comparé de l'arbitrage international». Bruylant, 2002, p. 130.]

L'imprécision de l'accord des parties sur le principe du recours à l'arbitrage et ses modalités donne naissance à ce qu'il est convenu d'appeler, à la suite de M. Eisemann, « la **clause d'arbitrage pathologique** ». Il s'agit d'une convention improprement rédigée, « susceptible de faire obstacle au déroulement harmonieux de l'arbitrage ». Comme l'écrit le professeur Fernández Rozas, l'on se trouve en présence d'une **clause pathologique** chaque fois que « la clause est équivoque quant à la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage, dans l'identification de l'institution arbitrale compétente ou quant à la certitude de la renonciation à la juridiction étatique ».

On peut en inférer deux grandes catégories de **clauses arbitrales pathologiques**, d'une part, celle dont l'imprécision porte sur la volonté même de recourir à l'arbitrage et, d'autre part, celle qui regroupe les cas plus simples où la volonté d'arbitrer est certaine mais ses modalités de mise en œuvre restent confuses. [Internet. [<http://books.openedition.org/iheid/970>]. Open Edition Books. «Le consentement à l'arbitrage par voie contractuelle». (20160620).]

- CHINE: les **clauses d'arbitrage pathologiques** - une perspective continentale
- Les parties impliquées dans les conflits en Chine sont en mesure de faire face à de mauvaises surprises en l'absence d'une clause d'arbitrage rédigé avec soin. [Internet. [<http://sante.hubatuba.eu/nouvelles-de-la-sante/nouvelles-arbitrage-caracteristiques-et-critiques-examen-darbitrage-mondi.php>]. Santé. «Nouvelles arbitrage, Caractéristiques et critiques - examen d'arbitrage mondial». (20160620).]

Nous recommandons « **clause arbitrale pathologique** » et « **clause d'arbitrage pathologique** » pour rendre les termes *pathological arbitral clause* et *pathological arbitration clause*. Ces équivalents sont transparents et ne posent pas de problèmes.

ANALYSE NOTIONNELLE

statement of independence

statement of independence and impartiality

qualified statement of independence

unqualified statement of independence

L'indépendance et l'impartialité sont des qualités requises des arbitres par la plupart des règlements d'arbitrage et des législations nationales. En cas de défaut, les arbitres peuvent généralement être récusés.

A **statement of independence** is considered 'qualified' when the arbitrator declares that he is independent of the parties, but discloses information regarding relationships or circumstances that could affect their independence in the eyes of the parties. A statement of independence is 'unqualified' when the arbitrator declares that he is independent of the parties and does not disclose any such information.

Information to be disclosed in the **statement of independence**. The ICC Rules do not contain guidelines as to the type of information that must be disclosed by arbitrators in their **Statements of Independence**. Arbitrators are expected to disclose any information that could be perceived as affecting their independence in the eyes of the parties. The **statement of independence** provides that, in deciding whether to disclose information, potential arbitrators should take into account, among other things, 'whether there exists any past or present relationship, direct or indirect, with any of the parties, their counsel, whether financial professional or of another kind'. [Internet. [<http://books.google.ca>]. "Concise International Arbitration." Kluwer Law International, 2010, p. 327.]

Before accepting appointment, a prospective arbitrator shall sign a **statement of independence** and disclose in writing to the Canadian Arbitration Association any facts or circumstances that might be of such a nature as to give rise to any apprehension of bias in the eyes of the Parties, and shall undertake to avoid and, if necessary, disclose to the Parties any such circumstances arising after that time and before the arbitration is concluded. The Canadian Arbitration Association shall provide such information to the Parties in writing and fix a time limit for any comments from them. [Internet. [http://canadianarbitrationassociation.ca/?page_id=55]. Canadian Arbitration Association. "Arbitration Rules." (20160525).]

Dans CanLII et dans d'autres sources juridiques, on parle de *statement of independence and impartiality*.

The petitioners submitted it is impossible to reconcile the arbitrator's **statement of independence and impartiality** with the facts known to him when he made it and emphasized that the standard of reasonable apprehension of bias is an objective one, not dependant on the adjudicator's subjective view of his actual impartiality or independence. [CanLII, *Tepei v. ICBC*, 2007 BCSC 1694 (CanLII).]

Every arbitrator must remain independent and impartial at all times. Before he agrees to serve, a prospective arbitrator shall sign a **statement of independence and impartiality**. The statement shall disclose in writing to the Centre any facts or circumstances which might be of such a nature

as to raise a reasonable doubt with regard to his independence or impartiality. [Internet. [http://books.google.ca]. Brian J. Casey. "Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure." JurisNet, 2011, p. 828 (20160525).]

Before he agrees to serve, a prospective arbitrator shall sign a **statement of independence and impartiality**. The arbitrator shall disclose in writing to the Centre any facts or circumstances which might be of such a nature as to raise a reasonable doubt with regard to his independence or impartiality. [Internet. [http://www.ccac-adr.org/en/arbitrage-international.php]. CCAC Canadian Commercial Arbitration Centre. "International Arbitration Rules." (20160525).]

Ce terme désigne aussi le document signé par l'arbitre soit le *Statement of Arbitration and Impartiality*.

On July 29, 2013, BCICAC named The Honourable Neil Anthony Brown QC as the Panel. On August 2, 2013, the Panel signed an Acceptance of Appointment as Arbitrator and **Statement of Independence and Impartiality**. [Internet. [https://cira.ca/sites/default/files/attachments/cdrp/00236-empiretheatres.ca_.pdf]. CIRA Canadian Internet Registration Authority." In the Matter of a Complaint Pursuant to the Canadian Internet Registration Authority." (20160525).]

Dans les travaux du PAJLO, nous n'étudions pas les appellations. Donc, nous ne retiendrons pas le titre du document en question.

On relève aussi les termes *qualified statement of independence* et *unqualified statement of independence*. Ce dernier indique qu'il n'y a aucun motif qui mettrait en doute l'impartialité et/ou l'indépendance de l'arbitre alors que le premier fait état de circonstances qui dérogent aux principes d'impartialité et/ou de d'indépendance de l'arbitre.

An "**unqualified**" **statement of independence** means that there are no circumstances that could give rise to doubts as to the independence and/or impartiality of the arbitrator. A "**qualified**" **statement of independence** refers as a precaution to certain circumstances that could be relevant while nonetheless ruling out any doubts as to the independence and/or impartiality of the arbitrator. If the qualifications are not entirely irrelevant, the statement of independence is sent to the parties for their comments. [Internet. [http://books.google.ca]. Rolf A. Schütze (ed.). "Institutional Arbitration: Article-by-Article Commentary." Portland, Hart Publishing, 2013, p. 237 (20160908).]

Under the ICC Rules of 1998, the Secretary General – and not only the Court of Arbitration as it was the case previously – is empowered to confirm the arbitrators where the latter have submitted an **unqualified statement of independence** or where a **qualified statement of independence** has not given rise to objections (ICC Rule Art. 9.2). [Internet. [http://books.google.ca]. Jean-François Poudret et Sébastien Besson. "Comparative Law of International Arbitration." Second Edition, Sweet & Maxwell Ltd., 2007, p. 396 (20160908).]

ÉQUIVALENTS

Nous avons relevé les équivalents « **déclaration d'indépendance** » et « **déclaration d'indépendance et d'impartialité** » pour rendre les termes *statement of independence* et *statement of independence and impartiality*.

On peut donc dire que les membres du Réseau partagent la conviction que, dans la région méditerranéenne, la **déclaration d'indépendance** des arbitres et leur devoir de révélation est la pierre angulaire de l'arbitrage international. En imposant aux les arbitres de déclarer tous les motifs possibles de conflits, les Centres évitent d'éventuels problèmes avec un arbitre, non seulement au début de la procédure, mais aussi au cours de celle-ci, en sauvegardant l'intégrité de la procédure d'arbitrage dans sa totalité. [Internet. [https://ccib.org.lb/uploads/Rapport%20ind_1.pdf]. «Institut pour la promotion de l'arbitrage et la médiation en Méditerranée». (20160822).]

Avant d'accepter sa mission, l'arbitre pressenti signe une **déclaration d'indépendance et d'impartialité** suivant une formule prescrite par le Centre. Il déclare par écrit au Centre les faits ou circonstances susceptibles de susciter un doute raisonnable quant à son indépendance ou son impartialité. [Internet. [<http://www.ccac-adr.org/fr/arbitrage-international.php>]. CCAC Centre canadien d'arbitrage commercial. «Arbitrage international». (20160525).]

L'arbitrage *ad hoc*

Les parties, elles-mêmes, doivent, dans ce cas, mettre en œuvre la constitution du tribunal arbitral. Si la convention d'arbitrage prévoit un arbitrage par un arbitre unique, les parties doivent, d'un commun accord, désigner l'arbitre unique, dresser un procès-verbal dans lequel ledit arbitre doit accepter sa mission et certifier sa **déclaration d'indépendance et d'impartialité**. [Internet. [<http://books.google.ca>]. Bertrand Moreau dir. «L'arbitrage institutionnel en France». Bruylant, 2016.]

Ces équivalents sont dans l'usage et ne posent pas de problèmes. Alors, nous les recommandons pour rendre respectivement les termes *statement of independence* et *statement of independence and impartiality*.

Pour les termes *qualified* et *unqualified statement of independence*, l'article 9.2 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international parle respectivement de « **déclaration d'indépendance avec réserves** » et de « **déclaration d'indépendance sans réserves** ».

Règlement de la CCI (Art. 902) : « Le Secrétaire général peut confirmer en qualité de coarbitres, arbitres uniques et de présidents de tribunaux arbitraux les personnes désignées par les parties ou en application de leurs accords particuliers si elles ont soumis une **déclaration d'indépendance sans réserves** ou si une **déclaration d'indépendance avec réserves** ne donne lieu à aucune contestation. La Cour est informée de cette confirmation lors de sa prochaine session. Si le secrétaire général estime qu'un coarbitre, un arbitre unique ou un président de tribunal arbitral ne doit pas être confirmé, cette question est soumise à la décision de la Cour. » [Internet. [<http://www.intracen.org/Reglement-darbitrage-de-la-Chambre-de-commerce-internationale-1998/>]. «Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international (1998)». (20160908).]

Dans le dossier CTTJ contrats 16D, les auteurs ont traité les termes *qualified acceptance* et *unqualified acceptance*. Le Comité a normalisé respectivement les équivalents « acceptation sous réserve » et « acceptation sans réserve ». La notion à l'étude était la suivante :

Pour qu'un contrat se forme il faut que l'acceptation soit *absolute*, **unconditional** ou **unqualified**, c'est-à-dire qu'elle soit conforme à l'offre dans tous ses éléments essentiels. Si l'acceptation est **conditional** ou **qualified**, le contrat ne se forme pas, il y a alors *counter-offer* qui pourra être acceptée par l'auteur de l'offre primitive.

Ces différents termes semblent être utilisés de façon interchangeable par les auteurs. [...] Il est cependant possible d'établir certaines distinctions : **conditional acceptance** et **unconditional acceptance** font intervenir la notion de condition. **Qualified acceptance** et **unqualified acceptance** renvoient à la notion de qualification, c'est-à-dire une modification ou une restriction.

Voici quelques définitions de « sous réserve » et de « sans réserve » dans la langue courante :

[...] *Sous (toute) réserve*. Sous condition. *Donner son accord sous réserve*. [...] [Internet. [<http://atilf.atilf.fr>]. *Le Trésor de la langue française informatisé*, s.v. «réserve».]

Sous (toute) réserve. *Il a donné son accord, mais sous réserve*, sous condition. [Internet. [<http://lerobert.demarque.com/legrandrobert.html>]. *Le Grand Robert de la langue française*, s.v. «réserve».]

Loc. adv.  **Sans réserve.**  Sans aucune restriction, sans aucune condition. *Admiration, amitié, dévouement sans réserve. La dot de la femme appartenait sans réserve au mari, qui exerçait sur les biens dotaux non-seulement les droits d'un administrateur, mais ceux d'un propriétaire* (FUSTEL DE COUL., *Cité antique*, 1864, p. 109). [Tlf]

sans réserve : entièrement, sans restriction, sans réticence. *Acceptation sans réserve*. [Alain Rey (dir.). *Dictionnaire culturel en langue française*, s.v. «réserve».]

Dans la langue courante « sans réserves » veut dire « sans argent » et « sous réserves », « absence de certitude ».

Difficultés de réserve

Grammaire

Au singulier dans "avec réserve", "cadre de réserve", "droit de réserve", "en réserve", "sans réserve" (mais "sans réserves" au sens de "sans argent"), "sous réserve de". Au pluriel dans "sous toutes réserves". [Internet. [<http://dictionnaire.cordial-enligne.fr/definition/r%C3%A9serve>]. *Dictionnaire Cordial en ligne*. s.v. «réserve».]

sous réserves, locution adverbiale

- Sens 1

Indique que l'on ne peut préjuger de ce qui peut survenir, sans garantie.

Exemple : Il a été accepté dans le groupe sous réserves, en attendant de mieux connaître son passé. Et les raisons qui l'ont poussé à nous rejoindre.

[Internet. [<http://www.linternaute.com/dictionnaire/fr/definition/sous-reserves/>]. Internaute. s.v. «sous réserves».]

Nous écartons « sous réserves » et « sans réserves » avec un « s » puisqu'ils ne conviennent pas à la notion.

Dans le domaine de la comptabilité, l'auditeur peut émettre une opinion avec ou sans réserve.

Opinion avec réserve

Opinion du vérificateur énonçant qu'à l'exception des effets certains ou probables d'un ou de plusieurs éléments, les états financiers ou autres informations donnent une image fidèle de la situation financière et des résultats selon les principes comptables généralement reconnus (ou d'autres règles comptables appropriées communiquées au lecteur).

Notes

Quand l'opinion du vérificateur ne comporte aucune restriction, on utilise le terme *opinion sans réserve* (*unqualified opinion*).

[Internet. [http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8377572]. Office québécois de la langue française. *Le grand dictionnaire terminologique*. s.v. «opinion avec réserve».]

Dans le cas qui nous occupe, il nous semble que « avec réserve » (avec restriction) et « sans réserve » (aucune restriction) correspondrait bien aux notions de *qualified* et *unqualified* dans le cas de la déclaration d'indépendance de l'arbitre.

Nous écartons « sous réserve » du fait que cette formulation comporte une relation de subordination, c'est-à-dire qu'elle sous-entend qu'il y a une condition à remplir, alors que « avec réserve » indique qu'il n'y a des restrictions, des motifs qui mettraient en doute l'indépendance de l'arbitre.

Nous recommandons ces deux équivalents et nous indiquerons en nota les équivalents trouvés dans l'article 9.2 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international.

ANALYSE NOTIONNELLE

terms of reference

Le *terms of reference* est un document exigé par le Règlement de la CCI (Chambre de commerce international) qui définit l'objet de l'arbitrage et qui contient, notamment les noms et adresses des parties et de leurs représentants, les arguments en demande et en réponse, le siège de l'arbitrage, le montant de la demande et les questions qu'il conviendra de traiter.

Terms of reference In arbitration proceedings sponsored by the International Chamber of Commerce, the parties and the arbitrators jointly prepare a document, known as the "**terms of reference**," which includes a summary of each party's claims, and the issues to be decided by the arbitrators. [Steven C. Bennett. "Arbitration: Essential Concept." 2002, New York: ALM Publishing, p. 200.]

As soon as it has received the file from the Secretariat, the arbitral tribunal must draw up, on the basis of documents or in the presence of the parties and in the light of their most recent submissions, a document defining its "**Terms of Reference**" (Article 23).

As required in the Rules, the "**Terms of Reference**" include the full names and description of the parties and arbitrators, the place of arbitration, a summary of the parties' respective claims and relief sought, particulars concerning the applicable procedural rules, etc. They may also contain a list of issues to be determined.

The **Terms of Reference** must be completed within two months of the file being transmitted to the Arbitral Tribunal. If one of the parties refuses to take part in drawing up or to sign the "**Terms of Reference**", the latter are submitted to the Court for approval. [Internet. [<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/ICC-Arbitration-process/Transmission-of-File,-Terms-of-Reference,-Case-Management-Conference/>]. ICC International Chamber of Commerce. "Transmission of File, Terms of Reference, Case Management Conference." (20150116).]

The phrase "**Terms of Reference**" is borrowed from the ICC Rules of Arbitration, which set out the requirements for what has become a hallmark of ICC International Arbitration. As the Terms of Reference will govern the arbitration's scope and often important aspects of its process, significant care should be taken in its drafting. Depending on the terms of the initial arbitration agreement, parties in a Canadian arbitration may also choose to execute formal "Terms of Reference" or "Terms of Submission to Arbitration" for an arbitration. [Babak Barin, Andrew D. Little and Randy A. Pepper. "The Osler Guide to Commercial Arbitration in Canada: A Practical Introduction to Domestic and International Commercial Arbitration." Kluwer Law International, 2006, p. 34.]

The ICC and some private arbitrators require, in addition to the parties' statements, a document setting out the arbitral tribunal's **terms of reference**. Some confuse **terms of reference** with a submission to arbitration. The **terms of reference** are drawn up after the arbitration has commenced and sometimes after the exchange of pleadings in order to narrow and define the issues and get agreement on jurisdiction. [J. Brian Casey. "Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure." Second Edition, Juris, 2011, p. 201.]

Nous avons élargi la notion à l'étude en dehors du Règlement de la Chambre de commerce international. Nous avons repéré des contextes d'arbitrage dans CanLii qui contiennent le terme *terms of reference*.

The parties to an arbitration agreement have virtually unfettered autonomy in identifying the disputes that may be the subject of the arbitration proceeding. Subject to the applicable statutory provisions, that agreement comprises the arbitrator's **terms of reference** and delineates the task he or she is to perform. In this case, however, the arbitrator's **terms of reference** were not defined by a single document. His task was delineated, and its content determined, by a judgment of the Superior Court, and by an exchange of correspondence between the parties and the arbitrator. [CanLii, *Desputeaux v. Éditions Chouette* (1987) inc., [2003] 1 SCR 178, 2003 SCC 17 (CanLII).]

...we consider it significant that the matter was referred to the arbitrator in highly imprecise terms; it is not possible to conclude from the terms of reference that both the union and the employer were in agreement that the employer had the right to discipline striking employees and that the sole question for the arbitrator was the appropriate disciplinary action; it is clear from the union's submissions throughout that they did dispute the employer's right to impose any disciplinary measures; in light of the broad **terms of reference** put to him, it was squarely within the arbitrator's jurisdiction to consider whether the employer had the right to discipline workers participating in a lawful strike, and if the answer to that question was in the affirmative, what discipline was appropriate in the circumstances. [CanLII, *TWU v. British Columbia Telephone Co.*, [1988] 2 SCR 564, 1988 CanLII 14 (SCC).]

Dans l'arrêt *Desputeaux c. Éditions Chouette* précité, la Cour explique que la convention d'arbitrage constitue le *terms of reference* de l'arbitre et définit le cadre fondamental de son intervention.

Voyons maintenant quelques définitions du syntagme *terms of reference* :

Statement showing background, objectives, purpose of a project, proposal or program. [Internet. [http://thelawdictionary.org/terms-of-reference/]. Law Dictionary: [What is TERMS OF REFERENCE? definition of TERMS OF REFERENCE \(Black's Law Dictionary\)](http://thelawdictionary.org/terms-of-reference/).]

Terms of reference (TOR) define the purpose and structure of a [project](#), [committee](#), [meeting](#), [negotiation](#), or any similar collection of people who have agreed to work together to accomplish a shared [goal](#). [Internet. [https://en.wikipedia.org/wiki/Terms_of_reference].]

A [description](#) of the [objectives](#) and structure of a [meeting](#), [committee](#), [project](#), etc ⇒ *The government has announced the terms of reference for its proposed committee of inquiry.*, ⇒ A

report he commissioned and whose terms of reference he limited. [Internet.
[<http://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/terms-of-reference>].

ÉQUIVALENT

Voici le contenu de l'acte de mission (article 23 Règlement CCI) :

Article 23

Acte de mission

1 Dès la remise du dossier par le Secrétariat, le tribunal arbitral établit, sur pièces ou en présence des parties, en l'état de leurs dernières écritures, un acte précisant sa mission. Il contiendra notamment les éléments suivants :

- a) les noms et dénominations complètes, qualités, adresse et autres coordonnées de chacune des parties et de toute(s) personne(s) représentant une partie dans l'arbitrage,
- b) les adresses où peuvent valablement être faites toutes notifications ou communications au cours de l'arbitrage,
- c) un exposé sommaire des prétentions des parties et des décisions sollicitées par chacune d'elles ainsi que le montant de toute demande quantifiée et, dans la mesure du possible, une estimation de la valeur pécuniaire de toute autre demande,
- d) à moins que le tribunal arbitral ne l'estime inopportun, une liste de points litigieux à résoudre,
- e) les noms et dénominations complètes, adresse et autres coordonnées de chacun des arbitres,
- f) le lieu de l'arbitrage, et
- g) des indications relatives aux règles applicables à la procédure et, le cas échéant, la mention des pouvoirs octroyés au tribunal arbitral de statuer en amiable compositeur ou de décider *ex aequo et bono*.

2 L'acte de mission doit être signé par les parties et par le tribunal arbitral. Dans les deux mois de la remise du dossier au tribunal arbitral, ce dernier communique à la Cour l'acte de mission signé par les parties et par lui-même. La Cour peut, sur demande motivée du tribunal arbitral, et au besoin d'office, si elle l'estime nécessaire, prolonger ce délai.

Arbitrage.

3 Si l'une des parties refuse de participer à l'établissement de l'acte de mission ou de le signer, il est soumis à la Cour pour approbation. Une fois l'acte de mission signé conformément à l'article 23, paragraphe 2, ou approuvé par la Cour, la procédure arbitrale suit son cours. [Internet.
[<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>].
Chambre de commerce internationale «Règlement d'arbitrage et règlement de médiation». (20150116).]

La CCI est l'institution qui exerce le contrôle le plus étroit. Son règlement comporte en particulier deux étapes importantes qui ne sont pas prévues par les règlements de la LCIA et de l'ICDR.

- La préparation d'un acte de mission, document qui définit l'objet de l'arbitrage et qui présente sommairement les arguments en demande et en réponse, le montant de la demande et les questions qu'il conviendra de traiter. [Internet.

[https://www.google.ca/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjZ2s2Ej4zNAhVWU1IKHQb4CuIQFgg0MAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.lw.com%2FthoughtLeadership%2F2013-guide-to-international-arbitration-french-edition&usg=AFQjCNGnu9hSKHVyEhZfSuFO_SGLZeRYeA&bvm=bv.123664746,d.aXo].
Latham et Watkins. «Guide de l'arbitrage international» (20160603).]

Dans CanLII, nous avons constaté les équivalents suivants pour rendre *terms of reference* : « acte de mission », « mission » et « mandat » dans le contexte de l'arbitrage.

Les parties à une convention d'arbitrage jouissent d'une autonomie quasi illimitée pour identifier les différends qui pourront faire l'objet de la procédure d'arbitrage. Sous réserve des dispositions législatives pertinentes, cette convention constitue l'acte de mission de l'arbitre et définit le cadre fondamental de son intervention. Toutefois, dans le présent litige, la mission arbitrale n'est pas définie par un document unique. Son cadre et son contenu ont été établis par un jugement de la Cour supérieure, ainsi que par un échange de lettres entre les parties et l'arbitre. [Nous soulignons.] [CanLII, *Desputeaux c. Éditions Chouette* (1987) inc., [2003] 1 RCS 178, 2003 CSC 17 (CanLII).]

Il n'est pas possible de conclure du mandat confié que le syndicat et l'employeur s'accordaient pour dire que l'employeur avait le droit d'imposer des mesures disciplinaires aux employés en grève et que la seule question qu'avait à trancher l'arbitre était celle des mesures disciplinaires à imposer. Il ressort nettement des arguments avancés par le syndicat pendant toutes les procédures qu'il contestait effectivement le droit de l'employeur d'imposer des mesures disciplinaires. Compte tenu du **mandat** qui lui avait été confié, l'arbitre avait nettement compétence pour déterminer si l'employeur avait le droit d'imposer des mesures disciplinaires aux travailleurs participant à une grève légale, et dans l'affirmative, pour décider lesquelles devaient être imposées dans les circonstances. [CanLII, *STT c. British Columbia Telephone Co.*, [1988] 2 RCS 564, 1988 CanLII 14 (CSC).]

Voici un contexte relié à l'arrêt *Desputeaux c. Éditions Chouette* qui traite du mandat de l'arbitre :

Il convient de rappeler en premier lieu que, sous l'impulsion d'une réforme importante en 1986, le droit civil québécois offre désormais un cadre propice à l'arbitrage consensuel. Dans l'arrêt *Desputeaux c. Éditions Chouette*, le juge LeBel écrivait à ce propos :

Pour comprendre la portée du **mandat** de l'arbitre, il ne suffit pas de se livrer à une analyse purement textuelle des communications entre les parties. Il ne faut pas interpréter le **mandat** de l'arbitre de façon restrictive en le limitant à ce qui est expressément énoncé à la convention d'arbitrage. Le **mandat** s'étend aussi à tout ce qui entretient des rapports étroits avec cette dernière, ou, en d'autres mots, aux questions qui entretiennent un « lien de connexité de la question tranchée par les arbitres avec le litige qui leur est soumis » (S. Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec : droit interne — droit international privé* (1991), p. 115). Depuis les réformes de l'arbitrage de 1986, l'étendue des conventions d'arbitrage fait l'objet d'une interprétation libérale (N. N. Antaki, *Le règlement amiable des litiges* (1998), p. 103; *Guns N'Roses Missouri Storm Inc. c. Productions Musicales Donald K. Donald Inc.*, [1994] R.J.Q. 1183 (C.A.), p. 1185-1186, le juge Rothman).

Voici une définition du *Dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière* de Louis Ménard :

terms of reference
mandat; attributions

Gestion. Description de la mission confiée à un comité ou à un autre groupe, précisant notamment les objectifs des travaux à exécuter et délimitant les sujets qui seront abordés. *Note*- On entend plus particulièrement par **attributions** les pouvoirs conférés au titulaire d'une fonction, à un corps

constitué ou à un service. [Louis Ménard et al. *Dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière*, 1994, Toronto, Institut Canadien des Comptables Agréés, s.v. «terms of reference».]

Le *Grand dictionnaire terminologique* recommande aussi l'équivalent « mandat » et précise que dans le cas où le mot anglais *term* dans *terms of reference* désigne des conditions, des stipulations qui sont énoncées dans un contrat auquel on peut se référer, alors l'équivalent à employer est « stipulations » d'un contrat.

Pour ce sens plus large, nous recommandons l'emploi de l'équivalent « mandat » et nous indiquerons en nota que l'équivalent employé dans le Règlement de la Chambre de commerce international est « acte de mission ».

TABLEAU RÉCAPITULATIF

commercial arbitration	arbitrage commercial (n.m.)
dilatory tactic; delaying tactic; delay tactic	tactique dilatoire (n.f.)
domestic commercial arbitration ANT international commercial arbitration	arbitrage commercial interne (n.m.) ANT arbitrage commercial international
foreign commercial arbitration	arbitrage commercial étranger (n.m.)
guerrilla tactic; guerilla tactic	tactique de guérilla (n.f.)
international commercial arbitration ANT domestic commercial arbitration	arbitrage commercial international (n.m.) ANT arbitrage commercial interne
interprovincial arbitration	arbitrage interprovincial (n.m.)

pathological arbitration clause; pathological arbitral clause	clause arbitrale pathologique (n.f.); clause d'arbitrage pathologique (n.f.)
place of arbitration	lieu de l'arbitrage (n.m.)
private arbitration ANT public arbitration	arbitrage privé (n.m.) ANT arbitrage public
private international arbitration ANT public international arbitration	arbitrage international privé (n.m.) ANT arbitrage international public
public arbitration ANT private arbitration	arbitrage public (n.m.) ANT arbitrage privé
public international arbitration ANT private international arbitration	arbitrage international public (n.m.) ANT arbitrage international privé
qualified statement of independence ANT unqualified statement of independence	déclaration d'indépendance avec réserve (n.f.) NOTA « déclaration d'indépendance avec réserves » est le terme employé à l'article 9.2 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international (CCI). ANT déclaration d'indépendance sans réserve
seat of arbitration	siège de l'arbitrage (n.m.)
statement of independence	déclaration d'indépendance (n.f.)
statement of independence and impartiality	déclaration d'indépendance et d'impartialité (n.f.)
terms of reference	mandat (n.m.)

	NOTA « acte de mission » est le terme employé à l'article 23 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international (CCI).
unqualified statement of independence ANT qualified statement of independence	déclaration d'indépendance sans réserve (n.f.) NOTA « déclaration d'indépendance sans réserves » est le terme employé à l'article 9.2 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international (CCI). ANT déclaration d'indépendance avec réserve