

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

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



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



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

Introduction

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

Facts

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

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

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

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

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

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

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

The Decision of the Motions Court Judge

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

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



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

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

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

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

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

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

Kanbay's Position at the Court of Appeal

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

Article 8(1) of the Model Law

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

Section 8 of the ICAA

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

Decision of the Court of Appeal

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

(i) "Commercial" Arbitration

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

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

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

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

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

(ii) Shareholders' Agreement

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

Comment

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

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

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

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

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

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

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

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

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

21, 1985) and the UNCITRAL Commentary.

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

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

Le droit à l'arbitrage est forte seulement quant à la langue utilisée

Quand un différend est-il de caractère « commercial » en vertu de la *Loi sur l'arbitrage commercial international* (Ontario)?

Introduction

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

Faits

M. Patel, à l'époque président de Kanbay

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

naires stipule à l'article 8.10 que :

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

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

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



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

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

La décision de la juge de la cour des requêtes

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

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

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

égard aux autres questions si elle conclut ce qui suit :

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

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

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

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

Position de Kanbay devant la Cour d'appel

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

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

Article 8(1) de la Loi type

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

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

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

Décision de la Cour d'appel

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

i) Arbitrage de nature commerciale

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



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

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

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

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

ii) Convention d'actionnaires

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

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

Commentaire

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

ii) Convention d'actionnaires

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

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

Commentaire

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

cial international et au Commentaire de la *CNUDCI*.

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

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