

**Sport Maska Inc. Appellant**

v.

**Jack E. Zittler, Herbert E. Siblin, Samuel S. Stein, Marvin B. Goldsmith, David B. Stein, Steven A. Yaphe, Morton S. Spector, Stanley Wener, Jeffrey L. Payne, Brahm D. Levine, Morrie L. Fogelbaum, Allan M. Liverman, Robert H. Zittler Respondents**

INDEXED AS: SPORT MASKA INC. v. ZITTRER

File No.: 19660.

1987: October 22; 1988: March 24.

Present: Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Arbitration — Criteria — Distinction between arbitration and expert opinion — Undertaking to arbitrate — Mediation — Code of Civil Procedure, R.S.Q. 1977, c. C-25, ss. 940 to 951.*

The receiver of a bankrupt company sold a large part of its assets to a company which on the same day resold the assets to appellant. Clause 2.01 of the agreement with regard to this latter sale provided that the valuation of the inventory would be reviewed by the bankrupt's auditors, the respondents, who were to take into consideration the representations of appellant. Respondents had then to deliver a written opinion to all the parties to the effect that such inventory count and valuation was fairly presented, the whole at the cost of the bankrupt. Upon delivery of such opinion, the inventory count and valuation was to be deemed to be "definitively determined". In a letter sent to appellant (Exhibit DP-1), the bankrupt agreed that appellant attend the valuation of the inventory and make any representations, adding that respondents' valuation of the inventory would be "final and binding". Respondents confirmed the bankrupt's valuation of the inventory and appellant paid the amount so established. A year later, appellant brought an action for damages in the Superior Court against respondents in the amount representing the difference between the price it had paid and the price it would have paid if respondents had not been negligent in performing their task. Respondents made a declinatory exception alleging that they were acting in this matter as arbitrators and that, as such, they were covered by immunity. The Superior Court dismissed their motion. The Court of Appeal set aside that judgment. In its opinion,

**Sport Maska Inc. Appelante**

c.

**Jack E. Zittler, Herbert E. Siblin, Samuel S. Stein, Marvin B. Goldsmith, David B. Stein, Steven A. Yaphe, Morton S. Spector, Stanley Wener, Jeffrey L. Payne, Brahm D. Levine, Morrie L. Fogelbaum, Allan M. Liverman, Robert H. Zittler Intimés**

RÉPERTORIÉ: SPORT MASKA INC. c. ZITTRER

N° du greffe: 19660.

1987: 22 octobre; 1988: 24 mars.

Présents: Les juges Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Arbitrage — Critères — Distinction entre arbitrage et expertise — Clause compromissoire — Amiable composition — Code de procédure civile, L.R.Q. 1977, chap. C-25, art. 940 à 951.*

Le séquestre d'une compagnie en faillite a vendu une importante partie de l'actif de la compagnie à une entreprise qui, le même jour, l'a revendu à l'appelante. La clause 2.01 de la convention relative à cette dernière vente prévoyait que l'évaluation des stocks serait révisée par les vérificateurs de la faillie, les intimés, qui devaient tenir compte des arguments de l'appelante. Les intimés devaient par la suite donner un avis écrit à toutes les parties selon lequel l'inventaire et l'évaluation des stocks étaient présentés de manière fidèle, le tout au frais de la faillie. À la remise de cette opinion, l'inventaire et l'évaluation des stocks étaient présumés avoir été «déterminés de façon définitive». Dans une lettre qu'elle a fait parvenir à l'appelante (la pièce DP-1), la faillie a accepté que celle-ci assiste à l'évaluation des stocks et fasse des représentations, ajoutant que l'opinion des intimés quant à la valeur des stocks serait «finale et obligatoire». Les intimés ont confirmé l'évaluation des stocks faite par la faillie et la somme fixée a été payée par l'appelante. Un an plus tard, l'appelante a intenté une action en dommages et intérêts en Cour supérieure contre les intimés pour le montant représentant la différence entre le prix versé et celui qu'elle aurait dû payer si les intimés n'avaient pas fait preuve de négligence dans l'accomplissement de leur tâche. Les intimés ont présenté une exception déclinatoire prétendant qu'ils agissaient en tant qu'arbitres et, qu'à ce titre, ils devaient jouir de l'immunité. La Cour supérieure a

respondents were acting as arbitrators and that, in the absence of fraud or bad faith, they enjoyed the immunity from civil liability. This appeal is to determine whether the parties had agreed to submit a dispute to arbitration by a third party. This appeal must be disposed of according to the provisions then applicable, namely arts. 940 to 951 of the 1965 *Code of Civil Procedure* in force prior to the 1986 amendments.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per curiam:* For a third party to be classified as an arbitrator, it is essential for the agreement of the parties to contain the components of a submission, whether or not this submission is the result of an undertaking to arbitrate. A submission requires the existence of a dispute and an undertaking by the parties to submit that dispute to a third party. If the parties simply intended to avoid a possible dispute, the situation is not one of submission. However, they may have agreed to submit to the arbitration of a third party once a dispute has arisen, pursuant to an undertaking to arbitrate, the prerequisite to a submission. The search for the components of a submission presents no difficulty when the parties have clearly indicated their intent to have the dispute between them arbitrated, and have clearly identified that dispute. But in the absence of a clear intention, it is crucial to identify the precise function the parties intended to entrust to this third party under their agreement and in the circumstances of each case. The language used by the parties, the similarity between arbitration and the judicial process, the role assigned to the third party, the third party's independence and the compliance by the parties with the mandatory provisions of the *Code of Civil Procedure* are means of determining that function and the parties' intent. However, these criteria are neither exhaustive nor mutually exclusive.

In the case at bar, an arbitration agreement (submission or undertaking to arbitrate) could not be found since there was no present or potential dispute either when the agreement was concluded between the parties or when respondents revised the valuation made by the bankrupt. Disagreement as to the value of the inventory only arose once the transaction had been completed, that is after the valuation has been checked by respondents. The parties did not intend to submit a dispute to arbitration by respondents, but simply agreed to rely on their opinion, as accounting experts, to determine one of the essential components of the contract, namely the value of the assets sold, which essentially represented the selling price of those assets.

rejeté la requête. La Cour d'appel a infirmé la décision, considérant que les intimés agissaient à titre d'arbitres et qu'ils bénéficiaient d'une immunité à l'égard de la responsabilité civile en l'absence de fraude ou de mauvaise foi. Le présent pourvoi vise à déterminer si les parties ont convenu de soumettre un différend à l'arbitrage d'un tiers. Le pourvoi doit être décidé en fonction des dispositions applicables à l'époque, soit les art. 940 à 951 du *Code de procédure civile* de 1965 en vigueur avant les modifications de 1986.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*Per curiam:* Pour qu'un tiers puisse être qualifié d'arbitre, il est essentiel de retrouver dans la convention des parties les éléments d'un compromis, que ce compromis résulte ou non d'une clause compromissoire. Un compromis nécessite l'existence d'un différend et un engagement des parties de soumettre ce différend à un tiers. Si les parties ont simplement envisagé d'éviter une dispute éventuelle, il ne s'agit pas d'un arbitrage. Cependant elles peuvent convenir de se soumettre éventuellement à la juridiction d'un tiers, une fois le différend né, par le biais d'une clause compromissoire, étape préliminaire à l'arbitrage. La recherche des éléments d'un compromis ne pose aucune difficulté lorsque les parties ont clairement indiqué leur intention de faire arbitrer le différend qui les oppose, différend qu'elles ont clairement identifié. Mais à défaut d'une intention claire, il est crucial d'identifier, à partir des termes de leur entente et des circonstances de chaque espèce, la fonction précise que les parties ont entendu confier au tiers. Le langage utilisé par les parties, la similitude entre la procédure adoptée et le processus judiciaire, le rôle confié au tiers, son indépendance et le respect des dispositions impératives du *Code de procédure civile* sont des critères qui permettent de déterminer cette fonction et l'intention des parties. Ces critères ne sont toutefois pas exhaustifs ni mutuellement exclusifs.

En l'espèce, on ne peut conclure à l'existence d'une convention d'arbitrage (compromis ou clause compromissoire) puisqu'il n'existait aucun différend né ou éventuel au moment où est intervenue la convention entre les parties ou au moment où les intimés ont révisé l'évaluation faite par la faillite. Le désaccord quant à la valeur des stocks n'est survenu qu'une fois l'achat complété, soit après que l'évaluation eut été vérifiée par les intimés. Les parties n'ont donc pas entendu soumettre un différend à l'arbitrage des intimés, mais ont simplement convenu de se fier à leur opinion d'experts comptables pour déterminer l'un des aspects du contrat, soit la valeur des actifs vendus, qui constituait le prix de vente de ces actifs.

The parties' intent confirmed this finding. Although they agreed to be bound by respondents' opinion and provided for representations to be made by appellant, the language used in the agreement and the other documents giving effect to it, the process contemplated by the parties under the rules applicable to arbitration under the *Code of Civil Procedure*, and the fact that they deliberately deleted a paragraph providing for a possible arbitration, clearly indicated that the parties agreed to obtain an expert opinion from an accountant and did not intend to submit the matter to arbitration by respondents in the accepted understanding of the structure and legal consequences of that process.

Clause 2.01 of the agreement and letter DP-1 did not constitute an undertaking to arbitrate since they did not refer to an undertaking by the parties to conclude a submission to arbitrate should a dispute arise between them.

Finally, respondents were not acting as mediators. Mediation is not, as such, a legal concept distinct from that of the arbitration. Rather, the mediator is an arbitrator who is exempted from compliance with the rules of law. Since mediation is a departure from the law of arbitration, it must be expressly provided for or result from a clear and unambiguous intent of the parties. In fact, clause 2.01 and letter DP-1 made no mention of respondents' being exempted from compliance with the rules of law, acting on the basis of equity or their conscience, or, more simply, being mediators. Moreover, since the mediator is an arbitrator, the criteria for distinguishing between arbitration and expert opinions apply to him *mutatis mutandis*. Since respondents were not acting as arbitrators, it was therefore impossible to speak of mediators.

*Per* Beetz J.: Considering the origin of the provisions of the *Code of Civil Procedure* with regard to arbitration, it is not necessary to rule on the possible similarity between common law and Quebec law in this respect. Such similarity, if any, cannot have any relevance in positive law.

#### Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

**Referred to:** *Corporation municipale du Village de St-Bernard c. Trottoirs et chaînes Pilote Inc.*, [1983] R.D.J. 583; *Corporation de la Ville de Beauharnois v. Liverpool & London & Globe Ins. Co.* (1906), 15 K.B. 235; *Home Insurance Co. de New York v. Capuano* (1926), 41 K.B. 85; *Ouellette v. Cie d'assurance mutuelle de commerce contre l'incendie*, [1949] R.L. 163; *Beaudoin v. Rodrigue*, [1952] Q.B. 83;

L'intention des parties confirme cette conclusion. Bien que les parties se soient déclarées liées par l'opinion des intimés et qu'elles aient prévu que l'appelante pouvait faire des représentations, les termes utilisés dans la convention et les documents qui y ont donné suite, le processus envisagé par les parties au regard des règles relatives à l'arbitrage prévues au *Code de procédure civile* et le fait qu'elles aient délibérément biffé un paragraphe qui prévoyait la possibilité d'un arbitrage, démontrent clairement que les parties ont entendu obtenir une expertise comptable et n'ont pas voulu se soumettre à l'arbitrage des intimés tel qu'il faut l'entendre dans sa conception et ses conséquences juridiques.

La clause 2.01 de la convention et la lettre DP-1 ne constituent pas une clause compromissoire puisqu'elles ne mentionnent pas l'obligation des parties de passer compromis dans l'éventualité où un différend surgirait entre elles.

Finalement, les intimés n'agissaient pas à titre d'amiabiles compositeurs. L'amiabie composition n'est pas en soi un concept distinct de celui de l'arbitrage. L'amiabie compositeur est plutôt un arbitre que l'on dispense de respecter les règles de droit. Puisqu'elle constitue une dérogation au droit relatif à l'arbitrage, l'amiabie composition doit être stipulée expressément ou résulter d'une intention claire des parties. Or, la clause 2.01 et la lettre DP-1 ne mentionnent aucunement que les intimés sont dispensés d'obéir aux règles de droit, qu'ils doivent agir selon l'équité ou leur conscience ou encore qu'ils sont amiabiles compositeurs. De plus, l'amiabie compositeur étant un arbitre, les critères de distinction entre l'arbitrage et l'expertise s'appliquent à lui *mutatis mutandis*. Or, puisque les intimés n'agissaient pas en tant qu'arbitres, on ne saurait donc parler d'amiabiles compositeurs.

*Le juge Beetz:* Vu l'origine des dispositions du *Code de procédure civile* relatives à l'arbitrage, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la similitude que pourraient présenter la *common law* et le droit québécois en la matière. Cette similitude, s'il en est, ne saurait avoir de pertinence en droit positif.

#### Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts mentionnés:** *Corporation municipale du Village de St-Bernard c. Trottoirs et chaînes Pilote Inc.*, [1983] R.D.J. 583; *Corporation de la Ville de Beauharnois v. Liverpool & London & Globe Ins. Co.* (1906), 15 B.R. 235; *Home Insurance Co. de New York v. Capuano* (1926), 41 B.R. 85; *Ouellette v. Cie d'assurance mutuelle de commerce contre l'incendie*, [1949] R.L. 163; *Beaudoin v. Rodrigue*, [1952] B.R. 83;

*St-Raymond Paper Ltd. c. Campeau Corp.*, Mtl. C.A., No. 500-09-000639-765, November 17, 1976; *Rindress c. Cie de Charlevoix Ltée*, [1983] C.S. 897; *Church v. Racicot* (1912), 21 K.B. 471; *Zodiak International Productions Inc. v. Polish People's Republic*, [1983] 1 S.C.R. 529; *Collins v. Collins* (1858), 26 Beav. 306, 53 E.R. 916; *Scott v. Corporation of Liverpool* (1858), 3 De G. & J. 334, 44 E.R. 1297; *Bos v. Helsham* (1866), L.R. 2 Ex. 72; *Re Hopper* (1867), L.R. 2 Q.B. 367; *Re Carus-Wilson and Greene* (1886), 18 Q.B.D. 7; *Sutcliffe v. Thackrah*, [1974] 1 All E.R. 859; *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, [1975] 3 All E.R. 901; *Chambers v. Goldthorpe*, [1901] 1 Q.B. 624; *Pappa v. Rose* (1871), L.R. 7 C.P. 32; *Tharsis Sulphur and Copper Co. v. Loftus* (1872), L.R. 8 C.P. 1; *Stevenson v. Watson* (1879), 4 C.P.D. 148; *Finnegan v. Allen*, [1943] 1 K.B. 425; *Re Krofschick and Provincial Insurance Co.* (1978), 21 O.R. (2d) 805; *Pfeil v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 91; *Preload Co. of Canada Ltd. v. Regina (City of)* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 241; *Campbellford, Lake Ontario and Western Railway Co. v. Massie* (1914), 50 S.C.R. 409; *Re Premier Trust Co. and Hoyt and Jackman* (1969), 3 D.L.R. (3d) 417; *Hartford Fire Insurance Co. v. Jones*, 108 So.2d 571 (1959); *Sanitary Farm Dairies v. Gammel*, 195 F.2d 106 (1952); *In re Waters*, 93 F.2d 196 (1937); *Bewick v. Mecham*, 156 P.2d 757 (1945); *Preferred Insurance Co. v. Richard Parks Trucking Co.*, 158 So.2d 817 (1963); *In re Delmar Box Co.*, 127 N.E.2d 808 (1955); Cass. civ. 2<sup>e</sup> Ch., November 7, 1974, *Rev. arb.*, 1975.302 (*Di Trento c. Pinatel*); Cass. civ., June 9, 1961, *Rev. arb.*, 1961.186 (*Soc. Distilleries réunies de Bretagne et de Normandie c. Sofridex*); Cass. com., May 8, 1961, *Bull. civ.*, III, n<sup>o</sup> 192, p. 169 (*Société Idéal Coiffeur c. Société Raimon*); Paris, 1<sup>re</sup> Ch. supp., February 5, 1976, *Rev. arb.*, 1976.255 (*S.C.I. Résidence Les Tilleuls c. S.A. Promeric*); Trib. civ. Seine, 1<sup>re</sup> Ch., February 8, 1956, *Rev. arb.*, 1957.25 (*Distilleries de Bretagne et de Normandie c. Société privée d'exploitation immobilière*); Cass. civ. 2<sup>e</sup> Ch., May 25, 1962, *Rev. arb.*, 1962.103 (*Société Romand c. de Montmort*); Cass. civ. 1<sup>re</sup> Ch., October 26, 1976, *Rev. arb.*, 1977.336 (*Cayrol c. Cayrol*); Cass. civ. 2<sup>e</sup> Ch., June 7 and November 30, 1978, *Rev. arb.*, 1979.343 (*Pentecost c. Pantaloni*; *Société Creaciones Reval c. Société Cerruti 1881*); Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, January 12, 1979, *Rev. arb.*, 1980.83 (*Belon c. Maurey*); Nancy, 1<sup>re</sup> Ch., December 12, 1985, *Rev. arb.*, 1986.255 (*Langlais c. Bruneau*); Cass. civ. 3<sup>e</sup> Ch., October 9, 1984, *Rev. arb.*, 1986.263 (*Société S.E.C.A.R. c. Société Shopping Décor*); C.(G.) v. V.-F.(T.), [1987] 2 S.C.R. 244; *Ville de Granby v. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971; *Concrete Column Clamps Ltd. v. Cie de Construction de Québec Ltée* (1939), 67 K.B. 536, aff'd [1940] S.C.R. 522; *Corporation du Village de Tadoussac v. Brisson*, [1959] Q.B. 644; *McKay v. Mackiedie* (1897),

*St-Raymond Paper Ltd. c. Campeau Corp.*, C.A. Mtl., n<sup>o</sup> 500-09-000639-765, 17 novembre 1976; *Rindress c. Cie de Charlevoix Ltée*, [1983] C.S. 897; *Church v. Racicot* (1912), 21 B.R. 471; *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529; *Collins v. Collins* (1858), 26 Beav. 306, 53 E.R. 916; *Scott v. Corporation of Liverpool* (1858), 3 De G. & J. 334, 44 E.R. 1297; *Bos v. Helsham* (1866), L.R. 2 Ex. 72; *Re Hopper* (1867), L.R. 2 Q.B. 367; *Re Carus-Wilson and Greene* (1886), 18 Q.B.D. 7; *Sutcliffe v. Thackrah*, [1974] 1 All E.R. 859; *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, [1975] 3 All E.R. 901; *Chambers v. Goldthorpe*, [1901] 1 Q.B. 624; *Pappa v. Rose* (1871), L.R. 7 C.P. 32; *Tharsis Sulphur and Copper Co. v. Loftus* (1872), L.R. 8 C.P. 1; *Stevenson v. Watson* (1879), 4 C.P.D. 148; *Finnegan v. Allen*, [1943] 1 K.B. 425; *Re Krofschick and Provincial Insurance Co.* (1978), 21 O.R. (2d) 805; *Pfeil v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 91; *Preload Co. of Canada Ltd. v. Regina (City of)* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 241; *Campbellford, Lake Ontario and Western Railway Co. v. Massie* (1914), 50 R.C.S. 409; *Re Premier Trust Co. and Hoyt and Jackman* (1969), 3 D.L.R. (3d) 417; *Hartford Fire Insurance Co. v. Jones*, 108 So.2d 571 (1959); *Sanitary Farm Dairies v. Gammel*, 195 F.2d 106 (1952); *In re Waters*, 93 F.2d 196 (1937); *Bewick v. Mecham*, 156 P.2d 757 (1945); *Preferred Insurance Co. v. Richard Parks Trucking Co.*, 158 So.2d 817 (1963); *In re Delmar Box Co.*, 127 N.E.2d 808 (1955); Cass. civ. 2<sup>e</sup> Ch., 7 novembre 1974, *Rev. arb.*, 1975.302 (*Di Trento c. Pinatel*); Cass. civ., 9 juin 1961, *Rev. arb.*, 1961.186 (*Soc. Distilleries réunies de Bretagne et de Normandie c. Sofridex*); Cass. com., 8 mai 1961, *Bull. civ.*, III, n<sup>o</sup> 192, p. 169 (*Société Idéal Coiffeur c. Société Raimon*); Paris, 1<sup>re</sup> Ch. supp., 5 février 1976, *Rev. arb.*, 1976.255 (*S.C.I. Résidence Les Tilleuls c. S.A. Promeric*); Trib. civ. Seine, 1<sup>re</sup> Ch., 8 février 1956, *Rev. arb.*, 1957.25 (*Distilleries de Bretagne et de Normandie c. Société privée d'exploitation immobilière*); Cass. civ. 2<sup>e</sup> Ch., 25 mai 1962, *Rev. arb.*, 1962.103 (*Société Romand c. de Montmort*); Cass. civ. 1<sup>re</sup> Ch., 26 octobre 1976, *Rev. arb.*, 1977.336 (*Cayrol c. Cayrol*); Cass. civ. 2<sup>e</sup> Ch., 7 juin et 30 novembre 1978, *Rev. arb.*, 1979.343 (*Pentecost c. Pantaloni*; *Société Creaciones Reval c. Société Cerruti 1881*); Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, 12 janvier 1979, *Rev. arb.*, 1980.83 (*Belon c. Maurey*); Nancy, 1<sup>re</sup> Ch., 12 décembre 1985, *Rev. arb.*, 1986.255 (*Langlais c. Bruneau*); Cass. civ. 3<sup>e</sup> Ch., 9 octobre 1984, *Rev. arb.*, 1986.263 (*Société S.E.C.A.R. c. Société Shopping Décor*); C.(G.) c. V.-F.(T.), [1987] 2 R.C.S. 244; *Ville de Granby v. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971; *Concrete Column Clamps Ltd. v. Cie de Construction de Québec Ltée* (1939), 67 B.R. 536, conf. [1940] R.C.S. 522; *Corporation du Village de Tadoussac v. Brisson*, [1959] B.R. 644; *McKay v. Mackiedie* (1897), 11 C.S. 513; *Chamberland v. Corpo-*

11 C.S. 513; *Chamberland v. Corporation du Village de Mont-Joli* (1936), 74 C.S. 529.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the Code of Civil Procedure of Lower Canada*, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., c. 25.  
*Act respecting the Code of Civil Procedure of the Province of Quebec*, S.Q. 1897, c. 48.  
*Act to amend the Civil Code and the Code of Civil Procedure in respect of arbitration*, S.Q. 1986, c. 73, ss. 1, 2.  
*Civil Code of Lower Canada*, arts. 1926.1 to 1926.6 [ad. 1986, c. 73, s. 1].  
*Code civil* (France), art. 1592.  
*Code de procédure civile* (France), arts. 1003 to 1028.  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, arts. 940 to 951.2 [ad. 1986, c. 73, s. 2].  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q. 1977, c. C-25 [formerly S.Q. 1965, c. 80], arts. 165.4, 940 to 951.  
*Code of Civil Procedure of Lower Canada*, arts. 1341 to 1354.  
*Code of Civil Procedure of the Province of Quebec*, arts. 1431 to 1444.  
*Nouveau Code de procédure civile* (France), art. 1451.

#### Authors Cited

Anctil, Jacques J. *Commentaires sur le Code de procédure civile avec tableaux synoptiques et formules*, t. 2. Sherbrooke: Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1983.  
 Antaki, Nabil N. "L'Amiable composition". Dans Nabil N. Antaki et Alain Prujiner (éd.), *Actes du 1<sup>er</sup> Colloque sur l'arbitrage commercial international*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1986.  
 Beullac, Pierre. *Code de procédure civile de la province de Québec annoté*. Montréal: Lovell & Son, 1908.  
 Boissésou, Matthieu de. *Le droit français de l'arbitrage*. Paris: Gide, Loyrette, Nouel, 1983.  
 Bredin, Jean-Denis. "L'amiable composition et le contrat", *Rev. arb.*, 1984.259.  
 Brierley, John E. C. "La convention d'arbitrage en droit québécois interne", [1987] *C.P. du N.* 507.  
 Brierley, John E. C. "Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage" (1987), 47 *R. du B.* 259.  
 Canadian Institute of Chartered Accountants. *CICA Handbook*, vol. II. Toronto: Canadian Institute of Chartered Accountants, [1983].  
 Colas, Emile. "Clause compromissoire, compromis et arbitrage en droit nouveau" (1968), 28 *R. du B.* 129.  
 Doutre, Gonzalve. *Les lois de la procédure civile*. Montréal: Eusèbe Sénécal, 1867.  
 Ferland, Philippe. *L'arbitrage conventionnel*. Montréal: Thélème, 1983.  
 Gérin-Lajoie, Henri. *Code de procédure civile de la province de Québec annoté*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1920.

*ration du Village de Mont-Joli* (1936), 74 C.S. 529.

#### Lois et règlements cités

a *Acte concernant le Code de Procédure Civile du Bas Canada*, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., chap. 25.  
*Code civil* (France), art. 1592.  
*Code civil du Bas-Canada*, art. 1926.1 à 1926.6 [aj. 1986, chap. 73, art. 1].  
 b *Code de procédure civile*, L.R.Q., chap. C-25, art. 940 à 951.2 [aj. 1986, chap. 73, art. 2].  
*Code de procédure civile*, L.R.Q. 1977, chap. C-25 [auparavant S.Q. 1965, chap. 80], art. 165.4, 940 à 951.  
*Code de procédure civile* (France), art. 1003 à 1028.  
 c *Code de procédure civile de la province de Québec*, art. 1431 à 1444.  
*Code de procédure civile du Bas-Canada*, art. 1341 à 1354.  
*Loi concernant le Code de procédure civile de la province de Québec*, S.Q. 1897, chap. 48.  
 d *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, L.Q. 1986, chap. 73, art. 1, 2.  
*Nouveau Code de procédure civile* (France), art. 1451.  
 e **Doctrine citée**  
 Anctil, Jacques J. *Commentaires sur le Code de procédure civile avec tableaux synoptiques et formules*, t. 2. Sherbrooke: Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1983.  
 f Antaki, Nabil N. «L'Amiable composition». Dans Nabil N. Antaki et Alain Prujiner (éd.), *Actes du 1<sup>er</sup> Colloque sur l'arbitrage commercial international*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1986.  
 Beullac, Pierre. *Code de procédure civile de la province de Québec annoté*. Montréal: Lovell & Son, 1908.  
 g Boissésou, Matthieu de. *Le droit français de l'arbitrage*. Paris: Gide, Loyrette, Nouel, 1983.  
 Bredin, Jean-Denis. «L'amiable composition et le contrat», *Rev. arb.*, 1984.259.  
 h Brierley, John E. C. «La convention d'arbitrage en droit québécois interne», [1987] *C.P. du N.* 507.  
 Brierley, John E. C. «Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage» (1987), 47 *R. du B.* 259.  
 Colas, Emile. «Clause compromissoire, compromis et arbitrage en droit nouveau» (1968), 28 *R. du B.* 129.  
 i Doutre, Gonzalve. *Les lois de la procédure civile*. Montréal: Eusèbe Sénécal, 1867.  
 Ferland, Philippe. *L'arbitrage conventionnel*. Montréal: Thélème, 1983.  
 Gérin-Lajoie, Henri. *Code de procédure civile de la province de Québec annoté*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1920.  
 Hogg, Quintin McGarel. *The Law of Arbitration*. London: Butterworths, 1936.

- Hogg, Quintin McGarel. *The Law of Arbitration*. London: Butterworths, 1936.
- Johnson, Walter Seely. *The Clause Compromissoire: Its Validity in Quebec*. Montreal: W. S. Johnson, 1945.
- Langelier, François. *Cours de droit civil*, t. 1 à 6. Montréal: Wilson & Lafleur, 1905 à 1911.
- Loquin, Eric. *L'amiable composition en droit comparé et international*. Paris: Librairies Techniques, 1980.
- Martineau, Paul G. et Romuald Delfausse. *Code de procédure civile de la province de Québec annoté*. Montréal: Théoret, 1899.
- Mayer, Pierre. Note, *Rev. arb.*, 1986.267.
- McLaren, Richard H. and Earl Edward Palmer. *The Law and Practice of Commercial Arbitration*. Toronto: Carswells, 1982.
- Mignault, Pierre Basil. *Code de procédure civile du Bas-Canada annoté*. Montréal: Valois, 1891.
- Mignault, Pierre Basil. *Le droit civil canadien*, t. 1 à 9. Montréal: Whiteford & Théoret/Théoret/Wilson & Lafleur, 1895 à 1916.
- Motulsky, Henri. *Écrits: études et notes sur l'arbitrage*. Paris: Dalloz, 1974.
- Pothier, Robert. *Oeuvres de Pothier*, t. 9. Paris: Bechet Ainé, 1824.
- Pourcelet, Michel. *La vente*, 5<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 1987.
- Ravon, Henri. *Traité de l'arbitrage et de l'expertise*. Paris: Librairie d'architecture, 1905.
- Reid, Henri. *Code de procédure civile du Québec, complément jurisprudence et doctrine*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1987.
- Reid, Hubert et Denis Ferland. *Code de procédure civile annoté du Québec*, vol. 2. Montréal: Wilson & Lafleur, 1981.
- Robert, Jean. *L'arbitrage: droit interne, droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz, 1983.
- Rocher, Paul. *De l'arbitrage en matière civile*. Paris, Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey et du Journal du Palais, 1907.
- Roland-Levy, Pierre. Note, *Rev. arb.*, 1979.345.
- Rousseau-Houle, Thérèse. *Précis du droit de la vente et du louage*, 2<sup>e</sup> éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1986.
- Rubellin-Devichi, Jacqueline. Note, *Rev. arb.*, 1980.87.
- Traité de Droit civil du Québec*, t. 1 à 15. Montréal: Wilson & Lafleur, 1942 à 1958.
- Tyan, Emile. *Le droit de l'arbitrage*. Beyrouth: Librairies Antoine, 1972.
- Walton Anthony. *Russell on the Law of Arbitration*, 19th ed. London: Stevens & Sons, 1979.
- Institut canadien des comptables agréés. *Manuel de l'ICCA*, vol. II. Toronto: Institut canadien des comptables agréés, [1983].
- Johnson, Walter Seely. *The Clause Compromissoire: Its Validity in Quebec*. Montreal: W. S. Johnson, 1945.
- Langelier, François. *Cours de droit civil*, t. 1 à 6. Montréal: Wilson & Lafleur, 1905 à 1911.
- Loquin, Eric. *L'amiable composition en droit comparé et international*. Paris: Librairies Techniques, 1980.
- Martineau, Paul G. et Romuald Delfausse. *Code de procédure civile de la province de Québec annoté*. Montréal: Théoret, 1899.
- Mayer, Pierre. Note, *Rev. arb.*, 1986.267.
- McLaren, Richard H. and Earl Edward Palmer. *The Law and Practice of Commercial Arbitration*. Toronto: Carswells, 1982.
- Mignault, Pierre Basil. *Code de procédure civile du Bas-Canada annoté*. Montréal: Valois, 1891.
- Mignault, Pierre Basil. *Le droit civil canadien*, t. 1 à 9. Montréal: Whiteford & Théoret/Théoret/Wilson & Lafleur, 1895 à 1916.
- Motulsky, Henri. *Écrits: études et notes sur l'arbitrage*. Paris: Dalloz, 1974.
- Pothier, Robert. *Oeuvres de Pothier*, t. 9. Paris: Bechet Ainé, 1824.
- Pourcelet, Michel. *La vente*, 5<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 1987.
- Ravon, Henri. *Traité de l'arbitrage et de l'expertise*. Paris: Librairie d'architecture, 1905.
- Reid, Henri. *Code de procédure civile du Québec, complément jurisprudence et doctrine*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1987.
- Reid, Hubert et Denis Ferland. *Code de procédure civile annoté du Québec*, vol. 2. Montréal: Wilson & Lafleur, 1981.
- Robert, Jean. *L'arbitrage: droit interne, droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz, 1983.
- Rocher, Paul. *De l'arbitrage en matière civile*. Paris, Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey et du Journal du Palais, 1907.
- Roland-Levy, Pierre. Note, *Rev. arb.*, 1979.345.
- Rousseau-Houle, Thérèse. *Précis du droit de la vente et du louage*, 2<sup>e</sup> éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1986.
- Rubellin-Devichi, Jacqueline. Note, *Rev. arb.*, 1980.87.
- Traité de Droit civil du Québec*, t. 1 à 15. Montréal: Wilson & Lafleur, 1942 à 1958.
- Tyan, Emile. *Le droit de l'arbitrage*. Beyrouth: Librairies Antoine, 1972.
- Walton Anthony. *Russell on the Law of Arbitration*, 19th ed. London: Stevens & Sons, 1979.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1985] C.A. 386, [1985] R.D.J. 520,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1985] C.A. 386, [1985] R.D.J. 520,

reversing a judgment of the Superior Court<sup>1</sup>, dismissing a declinatory exception. Appeal allowed.

*Gilles Poulin and Richard Levy*, for the appellant.

*John Nicholl*, for the respondents.

English version of the reasons delivered by

BEETZ J.—I would allow the appeal for the reasons given by Justice L'Heureux-Dubé. Considering the origin of the provisions of the *Code of Civil Procedure* with regard to arbitration, I do not consider it necessary to rule on the possible similarity between common law and Quebec law in this respect. Such similarity, if any, cannot have any relevance in positive law.

English version of the judgment of Lamer, Wilson, Le Dain and L'Heureux-Dubé JJ. delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—Did the parties to an agreement for the sale of assets agree to submit a dispute to arbitration by a third party? If so, do such arbitrators enjoy immunity from prosecution? These are the issues raised by this appeal.

The Quebec Superior Court, district of Montréal (Yves Forest J., judgment of April 13, 1984), answered the first question in the negative, thus making it unnecessary to answer the second.

The Quebec Court of Appeal, district of Montréal (McCarthy and LeBel J.J.A., and Chevalier J. (*ad hoc*), [1985] C.A. 386), reversed this judgment and answered both questions in the affirmative.

By leave of this Court, appellant is asking it to restore the Superior Court judgment.

#### I—Facts

The parties related the facts differently in their respective factums; respondents argued that appellant went beyond the facts alleged.

qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure<sup>1</sup>, qui avait rejeté une exception déclinatoire. Pourvoi accueilli.

*Gilles Poulin et Richard Levy*, pour l'appelante.

*John Nicholl*, pour les intimés.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE BEETZ—Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour les motifs énoncés par le juge L'Heureux-Dubé. Vu l'origine des dispositions du *Code de procédure civile* relatives à l'arbitrage, il ne m'apparaît toutefois pas nécessaire de me prononcer sur la similitude que pourraient présenter la *common law* et le droit québécois en la matière. Cette similitude, s'il en est une, ne saurait avoir de pertinence en droit positif.

Le jugement des juges Lamer, Wilson, Le Dain et L'Heureux-Dubé a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Des parties à une convention de vente d'actifs ont-elles entendu soumettre un différend à l'arbitrage d'un tiers? Si oui, ces arbitres jouissent-ils de l'immunité? Ce sont là les questions que pose cet appel.

La Cour supérieure du Québec, district de Montréal (le juge Yves Forest, jugement du 13 avril 1984), a répondu par la négative à la première question, la dispensant ainsi de répondre à la seconde.

La Cour d'appel du Québec, district de Montréal (les juges McCarthy, LeBel et Chevalier (*ad hoc*), [1985] C.A. 386), a infirmé ce jugement et a répondu par l'affirmative aux deux questions.

L'appelante nous invite, avec permission de cette Cour, à rétablir le jugement de la Cour supérieure.

#### I—Les faits

Les parties exposent les faits différemment dans leurs mémoires respectifs, les intimés prétendant que l'appelante va au-delà des faits allégués.

<sup>1</sup> Mtl. Sup. Ct., No. 500-05-002102-844, April 13, 1984.

<sup>1</sup> C.S. Mtl., n° 500-05-002102-844, 13 avril 1984.

For the purposes of the discussion, it will only be necessary to reproduce the facts as stated by Chevalier J. at pp. 387-88:

[TRANSLATION] On December 8, 1982, a receiver chosen by the secured creditors of the insolvent company CCM Inc. accepted an offer from R.A.D. Inc. to buy a large part of CCM's assets, including in particular a stock of goods identified as the "Winter Goods Division".

The agreement in question contained the following clause (P-2):

2.01 Vendor and Purchaser hereby agree that the inventory described in Section 1.01(a) above will be counted or verified by representatives of the Vendor in the presence of representatives of the Purchaser and shall be valued by the Vendor on a going concern basis at the lower of cost and net realizable value on a basis consistent with prior years, such count and valuation of the inventory described in Section 1.01(a) to be reviewed by Vendor's auditors, Messrs. Zittler, Siblin, Stein & Levine, Chartered Accountants, who will deliver a written opinion to the Vendor and Purchaser to the effect that such inventory count and valuation is fairly presented, the whole at Vendor's sole cost. Upon delivery of such opinion, the inventory count and valuation shall be deemed to be definitively determined for all purposes in connection with this offer.

The physical counting on the inventory shall commence at 5:01 p.m. on December 17, 1982 (the "Date of Possession") and the valuation of the inventory described in Section 1.01(a) shall be completed prior to January 21, 1983 (the "Closing Date").

On December 17, 1982, R.A.D. Inc. in turn resold the aforesaid winter stock to respondent Sport Mask Inc. This second agreement contained the following wording (P-1):

2.01 Vendor and Purchaser hereby agree that the inventory described in Section 1.01(a) above will be counted or verified by representatives of CCM Inc. the Vendor and the Purchaser and shall be valued by CCM Inc., the Vendor and the Purchaser on a going concern basis at the lower of cost or net realizable value and on a basis consistent with prior years, such count and valuation of the inventory described in Section 1.01(a) to be reviewed by CCM Inc.'s auditors, Messrs. Zittler, Siblin, Stein & Levine, Chartered Accountants, who shall take into consideration the representations of Sport Mask Inc. as to the valuation of the inventory, and the said accountants shall deliver a written opinion to CCM Inc., to the

Pour les fins du débat, il suffit de reproduire les faits tels que consignés par le juge Chevalier de la Cour d'appel aux pp. 387 et 388:

Le 8 décembre 1982, un séquestre choisi par les créanciers garantis de la compagnie insolvable CCM Inc. accepta l'offre de R.A.D. Inc. d'acheter une partie importante des actifs de CCM ceux-ci comprenant, entre autres, un stock de marchandises identifié comme le «Winter goods division».

L'entente en question contenait la clause suivante (P-2):

[TRADUCTION] 2.01 Le vendeur et l'acheteur acceptent par la présente que le stock décrit à la clause 1.01a) mentionnée précédemment soit compté ou vérifié par des représentants du vendeur en la présence des représentants de l'acheteur et soit évalué par le vendeur selon la valeur d'exploitation au prix coûtant ou à la valeur de réalisation nette, selon ce qui sera le moins élevé, conformément aux années précédentes, que ce compte et cette évaluation du stock décrit à la clause 1.01a) soient révisés par les vérificateurs du vendeur, MM. Zittler, Siblin, Stein & Levine, comptables agréés, qui remettront un avis écrit au vendeur et à l'acheteur selon lequel le compte et l'évaluation du stock sont présentés de manière fidèle, le tout uniquement au frais du vendeur. À la remise d'une telle opinion, le compte et l'évaluation du stock sont présumés être déterminés de façon définitive en ce qui a trait à la présente offre.

Le compte matériel du stock doit commencer à 17 h 01 le 17 décembre 1982 (la «date de possession») et l'évaluation du stock décrit à la clause 1.01a) doit être terminée avant le 21 janvier 1983 (la «date de clôture»).

À son tour, le 17 décembre 1982, R.A.D. Inc. revendit le stock d'hiver précité à l'intimée Sport Mask Inc. Dans cette seconde convention, était inscrit le texte suivant (P-1):

[TRADUCTION] 2.01 Le vendeur et l'acheteur acceptent par la présente que le stock décrit à la clause 1.01a) mentionnée précédemment soit compté ou vérifié par des représentants de CCM Inc., du vendeur et de l'acheteur et soit évalué par CCM Inc., le vendeur et l'acheteur selon la valeur d'exploitation au prix coûtant ou à la valeur de réalisation nette, selon ce qui sera le moins élevé, conformément aux années précédentes, que ce compte et cette évaluation du stock décrit à la clause 1.01a) soient révisés par les vérificateurs de CCM Inc., MM. Zittler, Siblin, Stein & Levine, comptables agréés, qui tiendront compte des arguments de Sport Mask Inc. en ce qui concerne l'évaluation du stock et lesdits comptables remettront

Vendor and the Purchaser to the effect that such inventory count and valuation is fairly presented (marginal notation unclear), the whole at the cost of CCM Inc. Upon delivery of such opinion, the inventory count and valuation shall be deemed to be definitively determined for all purposes in connection with this Offer.

The physical counting on the inventory shall commence at 5:01 p.m. on December 17, 1982 (the "Date of Possession") and the valuation of the inventory described in Section 1.01(a) shall be completed prior to January 21, 1983.

Also on December 17, 1982, CCM sent R.A.D. and Sport Maska a letter reading as follows (*DP-1*):

We understand that Gestion R.A.D. Inc. has today entered into an agreement to sell the winter goods division of CCM Inc. to Sport Maska Inc. CCM Inc. hereby agrees that Sport Maska Inc. shall be entitled to attend the valuation of the winter goods inventory as contemplated in the accepted Offer of Purchase between Gestion R.A.D. Inc. and CCM Inc. and shall further be entitled to make any representations to CCM Inc. and Messrs. Zittler, Siblin, Stein & Levine in connection with the valuation of the said winter goods inventory. However, in determining the final valuation of the winter goods inventory between CCM Inc. and Gestion R.A.D. Inc., the opinion of Messrs. Zittler, Siblin, Stein & Levine shall be final and binding.

According to the allegations of the statement of claim, the inventory was taken and the inventoried stock valued by CCM, which on January 20, 1983 sent appellants the following letter (*P-4*):

Gentlemen:

Pursuant to Paragraph 2.01 of the Offer by Gestion R.A.D. Inc. to purchase certain assets of CCM Inc. (dated December 6, 1982; accepted December 8, 1982), we hereby inform you that we have counted the inventory described in Section 1.01(a) of the said Offer and valued the same at \$3,798,000.00 as at December 17, 1982. Such inventory has been valued by us on a going concern basis at the lower of cost and net realizable value on a basis consistent with prior years.

On the same day appellants sent R.A.D. and CCM a letter reading as follows (*P-3*):

Pursuant to Section 2.01 of an Offer by Gestion R.A.D. Inc. to CCM Inc. signed on December 6th, 1982 (the "Offer"), we have reviewed the count and

un avis écrit à CCM Inc., au vendeur et à l'acheteur selon lequel le compte et l'évaluation du stock sont présentés de manière fidèle (note marginale illisible), le tout uniquement au frais de CCM Inc. À la remise d'une telle opinion, le compte et l'évaluation du stock sont présumés être déterminés de façon définitive en ce qui a trait à la présente offre.

Le compte matériel du stock doit commencer à 17 h 01 le 17 décembre 1982 (la «date de possession») et l'évaluation du stock décrit à la clause 1.01a) doit être terminée avant le 21 janvier 1983.

Ce même jour du 17 décembre 1982, CCM transmet à R.A.D. et à Sport Maska une lettre rédigée comme suit (*D.P.1*):

[TRADUCTION] Nous comprenons que Gestion R.A.D. Inc. a conclu aujourd'hui une entente pour vendre la division du stock d'hiver de CCM Inc. à Sport Maska Inc. CCM Inc. convient par la présente que Sport Maska Inc. a le droit d'assister à l'évaluation du stock d'hiver visé dans l'offre d'achat acceptée entre Gestion R.A.D. Inc. et CCM Inc. et a en outre le droit de présenter des observations à CCM Inc. et à MM. Zittler, Siblin, Stein & Levine relativement à l'évaluation dudit stock d'hiver. Toutefois, pour fixer la valeur finale du stock d'hiver entre CCM Inc. et Gestion R.A.D. Inc., l'opinion de MM. Zittler, Siblin, Stein & Levine sera finale et obligatoire.

Selon les allégations de la déclaration, l'inventaire eut lieu et l'évaluation du stock inventorié fut faite par CCM qui, le 20 janvier 1983, adressa aux appelants la communication suivante (*P-4*):

[TRADUCTION] Messieurs,

Conformément à la clause 2.01 de l'offre d'achat de certains biens de CCM Inc. par Gestion R.A.D. Inc. (datée du 6 décembre 1982; acceptée le 8 décembre 1982), nous vous avisons par la présente que nous avons compté le stock décrit à la clause 1.01a) de ladite offre et nous l'avons évalué à 3 798 000 \$ le 17 décembre 1982. Nous avons évalué ce stock selon la valeur d'exploitation au prix coûtant ou à la valeur de réalisation nette selon ce qui est le moins élevé conformément aux années précédentes.

Le même jour, les appelants (ici intimés) firent tenir à R.A.D. et à CCM une lettre dont voici le texte (*P-3*):

[TRADUCTION] Conformément à la clause 2.01 d'une offre faite par Gestion R.A.D. Inc. à CCM Inc. signée le 6 décembre 1982 (l'«offre»), nous avons révisé le

valuation by CCM Inc. of the inventory of CCM Inc. described in Section 1.01(a) of the Offer. Our examination was made in accordance with generally accepted auditing standards, and accordingly included such tests and other procedures as we considered necessary in the circumstances.

In our opinion the count by CCM Inc. of such inventory as at December 17th 1982 and the valuation thereof by CCM Inc. in the amount of \$3,798,000 present fairly such inventory as at such date on a going concern basis at the lower of cost and net realizable value on a basis consistent with prior years.

The following day, January 21, 1983, the date on which both transactions were to be completed, respondent paid R.A.D. the amount determined by CCM and confirmed by appellants.

Finally, on February 22, 1984, it brought against them an action the conclusions of which claimed damages in the amount of \$1,306,263, representing the difference between the price it had paid for the stock purchased and the price which, it maintained, it would have had to pay if appellants had performed their obligation as they ought to have done.

## II—Judgments

The Superior Court judge stated his reasons as follows:

[TRANSLATION] WHEREAS it appears from the record that this is not a "judicial case", or a case involving an arbitrator or arbitration presented pursuant to arts. 940 *et seq.* of the Code of Civil Procedure;

WHEREAS an arbitral award is not in question and the authorities cited do not apply either in the case at bar;

WHEREAS it appears from reading the said relevant paragraph that an opinion was requested from accountants, and when that opinion is delivered there is a presumption that it is finally determined;

WHEREAS the Court has before it an action for damages against defendants for the reasons alleged in the declaration;

WHEREAS the Court considers that the arguments of the motion presented pursuant to arts. 163 and 165 C.C.P. appear to be ill-founded; and

WHEREAS the Court considers that the motion for a declinatory exception is ill-founded, it is dismissed with costs.

Reversing this judgment, two judges of the Court of Appeal, LeBel J.A. and Chevalier J. (*ad*

compte et l'évaluation par CCM Inc. du stock de CCM Inc. décrit à la clause 1.01a) de l'offre. Notre examen a été fait conformément aux normes de vérification généralement reconnues et comprenait donc les tests et autres procédures que nous avons jugés nécessaires dans les circonstances.

À notre avis le compte de ce stock établi par CCM Inc. le 17 décembre 1982 et son évaluation par CCM Inc. à 3 798 000 \$ représentent fidèlement ce stock à cette date selon la valeur d'exploitation au prix coûtant ou à la valeur de réalisation nette selon ce qui est le moins élevé conformément aux années précédentes.

Le lendemain, le 21 janvier 1983, date à laquelle devaient être complétées les deux transactions, l'intimée versa à R.A.D. la somme fixée par CCM et confirmée par les appelants.

Enfin, le 22 février 1984, elle intenta contre eux l'action aux conclusions de laquelle elle leur réclame des dommages pour la somme de 1 306 263 \$, ce montant représentant la différence entre le prix qu'elle a payé pour le stock acquis et celui que, selon ses prétentions, elle aurait été appelée à verser si les appelants avaient accompli leur tâche comme ils le devaient.

## II—Les jugements

Le juge de la Cour supérieure a formulé les considérants suivants:

CONSIDÉRANT qu'il appert du dossier qu'il ne s'agit pas d'un «cas de juge», ou encore d'arbitre ou d'un arbitrage formé suivant les articles 940 et ss. du Code de procédure civile;

CONSIDÉRANT qu'il ne s'agit pas de sentence arbitrale et que les autorités citées ne s'appliquent pas non plus dans le cas de la présente instance;

CONSIDÉRANT qu'à la lecture dudit paragraphe pertinent, il s'agit d'une opinion qui est demandée à des comptables et que sur livraison de l'opinion, il s'agit d'une présomption qu'elle est définitivement déterminée;

CONSIDÉRANT que nous sommes en présence d'une action en dommages contre les défendeurs pour les raisons alléguées dans la déclaration;

CONSIDÉRANT que le Tribunal est d'avis que les prétentions de la requête, formée sous les articles 163 et 165 C.P.C., paraissent être mal fondées;

CONSIDÉRANT que le Tribunal est d'avis que la requête pour exception déclinatoire est mal fondée, elle est rejetée avec dépens.

Infirmant ce jugement, deux juges de la Cour d'appel, les juges LeBel et Chevalier (*ad hoc*), ont

*hoc*), filed joint reasons in which McCarthy J.A. concurred.

At the outset the Court of Appeal eliminated the remedy based on fraud and bad faith on the part of respondents, and allowed only the action for damages which was based on respondents' professional status, given the allegations of the action as brought.

Chevalier J. stated the following in this regard, at p. 389:

[TRANSLATION] The action brought is for damages. Nowhere in the declaration is there any allegation of fraud, corruption or any kind of delict affecting the personal integrity of appellants. All the allegations made against them by respondent have to do with the negligent and unprofessional manner in which they allegedly performed the task entrusted to them.

I therefore rule out any possibility that this is an action for damages based on a delict which has no connection with the *professional* status of appellants, in the precise meaning of that adjective. I consider that this first point needs to be clarified forthwith for, had appellants committed a delict of a personal nature, I would have expressed myself differently from what follows.

LeBel J.A. added at p. 394:

[TRANSLATION] In order to rule the action admissible, something would have to be found suggesting more than negligence or professional misconduct. Even in paragraph 15 of the declaration, referred to above, and notwithstanding its ambiguous wording, I find no allegation to support a conclusion that appellants are personally liable.

On the nature of respondents' function under the terms of the foregoing agreements, Chevalier J. said the following at p. 389:

[TRANSLATION] Having said that, I am satisfied after examining the wording of clause 2.01 of the agreement of December 17, 1982, together with the wording of the letter from CCM to R.A.D. and to Maska dated that same day, that the parties intended to submit the valuation of the goods to arbitration pursuant to arts. 940 *et seq.* of the Code of Civil Procedure.

Chevalier J. drew the criteria pointing to arbitration from the wording of the agreements in question and concluded at p. 391:

déposé des motifs au même effet auxquels a souscrit le juge McCarthy.

Dès le départ, la Cour d'appel a éliminé le recours fondé sur la fraude et mauvaise foi pour ne retenir que le recours en dommages-intérêts basé sur la qualité professionnelle des intimés au regard des allégations de l'action telle qu'intentée.

Le juge Chevalier s'exprime à cet égard comme suit, à la p. 389:

La poursuite intentée est en dommages-intérêts. Nulle part dans la déclaration ne retrouve-t-on quelque allégation de fraude, de corruption ou d'un délit quelconque qui atteindrait l'intégrité personnelle des appelants. Tous les reproches que l'intimée leur adresse ont trait à la façon négligente et non professionnelle avec laquelle ils auraient accompli la tâche qui leur était confiée.

J'élimine donc du tableau toute possibilité qu'il s'agisse d'une action en dommages fondée sur un délit n'ayant aucune relation avec la qualité *professionnelle* des appelants, au sens précis de ce qualificatif. J'estime que ce premier point doit être dès maintenant élucidé, étant donné que, si les appelants avaient commis un délit à titre personnel, je ne tiendrais pas le même langage que celui qui va suivre.

Le juge LeBel ajoute à la p. 394:

Pour conclure à la recevabilité de l'action, il faudrait trouver des éléments qui allèguent plus que la négligence ou la faute professionnelle. Même dans le paragraphe 15 de la déclaration, auquel j'ai référé plus haut, en dépit d'une formulation ambiguë, je ne retrouve pas d'allégation qui permettrait de conclure à la responsabilité personnelle des appelants.

Sur la qualification de la fonction des intimés aux termes des conventions ci-dessus, le juge Chevalier prononce ainsi à la p. 389:

Cela étant dit, l'examen du texte de l'article 2.01 de la convention du 17 décembre 1982, auquel s'est ajouté celui de la lettre datée du même jour et adressée par CCM à R.A.D. et à Maska, me convainc que les parties ont entendu se soumettre, quant à l'évaluation des marchandises, à un arbitrage conformément aux articles 940 et suivants du Code de procédure.

Après avoir dégagé du texte des conventions en question les critères qui lui paraissent militer en faveur de l'arbitrage, le juge Chevalier conclut à la p. 391:

[TRANSLATION] In my view, it is impossible to give the last part of clause 2.01 or the wording of the letter from CCM to Maska and R.A.D. any meaning other than that of an intention to submit to the arbitration of a third party, in this case appellants, any issue that might arise between on the one hand, the direct seller R.A.D. and the original seller CCM, which were both interested in setting as high a price as possible, and Maska on the other hand, which undoubtedly wanted to get the lowest possible price.

LeBel J.A. said the following on this point at pp. 392-93:

[TRANSLATION] The wording of the contracts and the documents alleged in support of the proceedings contain obscurities which make it difficult to categorize appellants' function in legal terms. However, Chevalier J.'s analysis indicates that this was not a mandate given to an expert to provide a simple valuation.

There was the possibility of a dispute. A procedure for avoiding litigation was agreed on and it was binding on the parties. The contracts—in particular Exhibit P-1, the contract concluded between Sport Maska Inc. and Gestion R.A.D. Inc.—do not support the contention that appellants were simply asked for a technical opinion on the methods of valuing inventories. According to the argument put forward by respondent, in the event that appellants disagreed with the valuation this would not be fixed but would result in another negotiation between the parties. However, I conclude from the handwritten notes attached to clause 2.01 and incorporated in it that Zittler could either confirm the valuation or suggest an alteration or adjustment. In that case, when the opinion was issued the value of the inventory was regarded as having been finally determined for all practical purposes, either in the amount paid by CCM Inc. or in the amount resulting from the adjustments determined by Zittler. Moreover, the pleadings of respondent confirm the way in which it regarded the functions of appellants. This view can be found in paragraph 15 of the declaration, where respondent charged that appellants had broken certain obligations although they had “*agreed to be arbitrators*”. See A.F., p. 36.

Appellants resolved the issue before them and the record contains the essential components of a valid undertaking to arbitrate, an undertaking which does not

À mon avis, il est impossible de donner, à la dernière partie de l'article 2.01 de même qu'au texte de la lettre de CCM à Maska et à R.A.D., un sens autre que celui d'une volonté de faire arbitrer par un tiers, en l'occurrence les appelants, le différend potentiel qui pourrait opposer, d'une part, le vendeur direct R.A.D. et le vendeur d'origine CCM, tous deux intéressés à fixer le plus haut prix possible, et, d'autre part, Maska qui voulait sûrement s'en tirer au meilleur marché.

Sur ce point, le juge LeBel s'exprime ainsi aux pp. 392 et 393:

La rédaction des contrats et des actes allégués au soutien des procédures comporte des obscurités qui ne rendent pas facile la qualification juridique de la fonction des appelants. Cependant, l'analyse de monsieur le juge Chevalier démontre que l'on ne se trouvait pas devant un mandat d'expert chargé de donner une simple évaluation.

On se trouvait devant un litige possible. On a déterminé une procédure d'extinction et celle-ci liait les parties. Les contrats et spécialement la pièce P-1, soit le contrat intervenu entre Sport Maska Inc. et Gestion RAD Inc. ne soutiennent pas la prétention voulant qu'on avait demandé aux appelants un simple avis technique sur les méthodes d'évaluation des inventaires. Selon la thèse soutenue par l'intimée, en cas de désaccord des appelants avec l'évaluation, celle-ci n'aurait pas été fixée mais aurait conduit à une nouvelle négociation entre les parties. Des annotations manuscrites annexées à la clause 2.01 et intégrées à celle-ci, je retiens plutôt que Zittler pouvait, soit confirmer l'évaluation ou proposer une modification ou un rajustement. En ce cas, sur livraison de l'opinion la valeur de l'inventaire était considérée comme fixée définitivement à tout point de vue, soit au montant dépensé par CCM Inc. soit au montant résultant des ajustements déterminés par Zittler. Les procédures de l'intimée confirment d'ailleurs la nature qu'elle reconnaît aux fonctions des appelants. Cette reconnaissance se retrouve au paragraphe 15 de la déclaration où l'intimée reproche aux appelants la violation de certaines obligations bien qu'ils aient “*accepté le rôle d'arbitres*”. Voir m.a., p. 36.

Les appelants ont tranché la question dont ils avaient à disposer et on retrouve dans le dossier les éléments essentiels d'une clause compromissoire valide, clause qui

have to be formulated or stated in ritual language<sup>6</sup>. Though privately appointed, appellants as arbitrators were still judges and not simply mandataries of the parties<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> *Zodiac International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] R.D.J. 277, at p. 287, Chouinard J., Supreme Court of Canada.

<sup>7</sup> Henri Vizios and Pierre Raynaud. "Jurisprudence française en matière de procédure civile", (1947) 45 *Rev. trim. dr. civ.* 220 and E. Glasson, Albert Tissier and René Morel, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd., Tome 5, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936, pp. 352-54, No. 1821.

Finally, as the Court found that respondents were acting as arbitrators, the question of their immunity was raised and was developed further by LeBel J.A. at p. 393:

[TRANSLATION] As such an arbitrator, who is called on to settle or prevent a dispute, is given certain immunities. These are governed by the rules of public and not private law because of the similarity of arbitration to the judicial function, even when the conclusion of a submission to arbitration is contained in a private contract, when the law does not require recourse to this method of settling disputes. In the absence of fraud or bad faith, an arbitrator enjoys the immunity from civil liability suggested for him by counsel. A majority of the House of Lords again recently came to this conclusion in *Arenson*, cited above. Lord Morris of Borth-y-Gest had stated the same opinion some years earlier in *Sutcliffe v. Thackrah*, [1974] A.C. 727, at p. 744:

I think it must now be accepted that an action will not lie against an arbitrator for want of skill or negligence in making his award.

Discussing the liability of a lower court, the Supreme Court made the same distinction between the jurisdiction and the immunity of the members of a disciplinary board. It held that the members of a disciplinary board could arrive at an unlawful decision which was incorrect in law, without it giving rise in itself to an action for damages against the Alberta Bar or its directors.

### III—Procedure

It is important to note that the Superior Court judge was dealing here with a declinatory excep-

n'a pas à être conçue ou rédigée dans des termes sacramentels<sup>6</sup>. Même désignés privément, les appelants comme arbitres demeuraient des juges et non des simples mandataires des parties<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> *Zodiac International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] R.D.J. 277, 287, M. le juge Chouinard, Cour suprême du Canada.

<sup>7</sup> Henri Vizios et Pierre Raynaud. «Jurisprudence française en matière de procédure civile», (1947) 45 *Rev. trim. dr. civ.* 220 et E. Glasson; Albert Tissier et René Morel. *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*. 3<sup>e</sup> éd. Tome 5. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1936, Pp. 352-354, n° 1821.

Finalemt, ayant jugé que les intimés agissaient à titre d'arbitres, s'est posée la question de l'immunité que le juge LeBel développe plus à fond à la p. 393:

À ce titre, chargé de régler ou de prévenir un litige, l'arbitre doit bénéficier de certaines immunités. Celles-ci relèvent des règles du droit public et non du droit privé, en raison du rattachement de l'arbitrage à la fonction judiciaire même lorsque la conclusion du compromis d'arbitrage relève de contrats privés, sans que la loi n'impose le recours à ce mode de règlement des litiges. En l'absence de fraude ou de mauvaise foi, l'arbitre bénéficie d'une immunité à l'égard de la responsabilité civile que voudraient lui imputer les plaideurs. Récemment encore, cette conclusion demeurait celle de la majorité de la Chambre des lords dans l'affaire *Arenson* citée précédemment. Lord Morris of Borth-y-Gest exprimait cette même opinion quelques années plus tôt dans l'arrêt *Sutcliffe c. Thackrah*, [1974] A.C. 727, à la p. 744:

[TRADUCTION] Je crois qu'il faut maintenant accepter qu'il n'y a pas lieu à action contre un arbitre pour incompétence ou négligence dans le prononcé de sa sentence arbitrale.

Traitant de la responsabilité d'un tribunal inférieur, la Cour suprême avait fait la même distinction entre la juridiction et l'immunité des membres d'un comité de discipline. Elle décidait que des membres d'un comité de discipline pouvaient avoir rendu une décision illégale et erronée en droit, sans que cela donne, de soi, ouverture à un recours en dommages contre le Barreau de l'Alberta ou ses administrateurs.

### III—La procédure

Il importe de souligner que le juge de la Cour supérieure était saisi d'une exception déclinatoire

tion brought by respondents against the appellant's action. As LeBel J.A. pointed out, this motion [TRANSLATION] "is equally an exception to dismiss" covered by art. 165(4) C.C.P.:

165. The defendant may ask for the dismissal of the action if:

4. The suit is unfounded in law, even if the facts alleged are true.

At this stage *in limine litis*, the facts alleged must be taken as proven.

As appears from the motion, this exception is based solely on respondents' argument that they were acting in this matter as arbitrators and, as such, in view of the nature of the action brought by appellant, they were covered by immunity while in the course of their duties. Accordingly, the decision as to the nature of respondents' function must, I think, be dealt with at the outset. If respondents were not acting as arbitrators, they cannot enjoy any immunity and a decision as to the nature of the action brought by appellant would at this stage become moot.

#### IV—Arbitration

##### 1—Applicable Legislation

The agreements underlying this matter are dated December 17, 1982 and respondents' "valuation letter" January 20, 1983. At that time Book VII of the 1965 *Code of Civil Procedure*, R.S.Q. 1977, c. C-25 (formerly S.Q. 1965, c. 80), contained provisions on arbitration (arts. 940 to 951). These provisions have since then been extensively revised: *An Act to amend the Civil Code and the Code of Civil Procedure in respect of arbitration*, S.Q. 1986, c. 73, arts. 1 and 2. Provisions on arbitration have been inserted in the *Civil Code* on arbitration (arts. 1926.1 to 1926.6 C.C.L.C.) and the *Code of Civil Procedure* has been substantially amended in this regard (arts. 940 to 951.2 C.C.P.) For an analysis of these amendments see Brierley, "Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage" (1987), 47 *R. du B.* 259.

Before these amendments and at the time in question, Book VII of the *Code of Civil Procedure*,

formée par les intimés à l'encontre de l'action de l'appelante. Comme le souligne le juge LeBel, cette requête «est tout autant un moyen d'irrecevabilité» qu'envisage le par. 4 de l'art. 165 C.p.c.:

165. Le défendeur peut opposer l'irrecevabilité de la demande et conclure à son rejet:

4. si la demande n'est pas fondée en droit, supposé même que les faits allégués soient vrais.

À cette étape *in limine litis*, les faits allégués doivent être tenus pour avérés.

Tel qu'il appert de la requête, ce moyen est uniquement basé sur la prétention des intimés qu'ils agissaient en cette affaire en tant qu'arbitres et qu'à ce titre, ils jouissent de l'immunité dans l'exercice de leurs fonctions, compte tenu de la nature de l'action intentée par l'appelante. En conséquence, la qualification de la fonction des intimés me paraît devoir être abordée dès le principe. Si les intimés n'agissaient pas à titre d'arbitres, en effet, ils ne peuvent bénéficier d'aucune immunité et la détermination de la nature de l'action instituée par l'appelante devient académique à ce stade.

#### IV—L'arbitrage

##### 1—Dispositions applicables

Les conventions à l'origine de ce litige datent du 17 décembre 1982 et la «lettre d'évaluation» des intimés du 20 janvier 1983. À cette époque, le *Code de procédure civile* de 1965, L.R.Q. 1977, chap. C-25 (auparavant S.Q. 1965, chap. 80), contenait au livre VII des dispositions relatives à l'arbitrage (art. 940 à 951). Depuis lors, ces dispositions ont fait l'objet d'une révision en profondeur: *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, L.Q. 1986, chap. 73, art. 1 et 2. Au *Code civil* ont été insérées des dispositions sur l'arbitrage (art. 1926.1 à 1926.6 C.c.B.-C.) et le *Code de procédure civile* a subi des modifications substantielles à cet égard (art. 940 à 951.2 C.p.c.) Pour une analyse de ces modifications, voir Brierley, «Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage» (1987), 47 *R. du B.* 259.

Avant ces modifications et à l'époque qui nous intéresse, le livre VII du *Code de procédure civile*

entitled "Arbitration", provided that anyone could submit to an arbitration "respecting any rights of which he has the free exercise" (art. 940 C.C.P.) The submission had to be in writing, contain the names and capacities of the parties, appoint one or three arbitrators and state the objects in dispute (art. 941 C.C.P.) The arbitrators could require the parties to provide them with a statement of their arguments but nevertheless were required to hear the parties and receive their evidence in accordance with the procedure determined by themselves. Witnesses were summoned pursuant to arts. 280 to 284 and sworn (art. 943 C.C.P.) The rules for withdrawal applicable to arbitrators were the same as those applicable to judges (art. 946 C.C.P.) Arbitrators arrived at their decisions according to the rules of law, unless exempted from so doing in the submission to arbitration or unless empowered to act as mediators; the award had to be made by a majority, had to give the reasons for the decision in all cases and had to be signed by all the arbitrators (art. 948 C.C.P.) Every award could be homologated by the court with the reservation that the court could not enquire into the merits of the contestation (art. 950 C.C.P.) Article 951 dealt with the undertaking to arbitrate: the only requirements mentioned in this case were that the arbitration had to be in writing and that the parties had to execute a submission once the dispute had arisen.

## 2—Sources

The first *Code of Civil Procedure* of Quebec was adopted on June 28, 1867 (*An Act respecting the Code of Civil Procedure of Lower Canada*, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., c. 25), and Title Eight dealt with arbitration (arts. 1341 to 1354). When the Code was first revised in 1897 (*An Act respecting the Code of Civil Procedure of the Province of Quebec*, S.Q. 1897, c. 48), these provisions were simply renumbered (arts. 1431 to 1444) without any other amendment than a clarification in art. 1436 regarding mediators.

The chapter on arbitration in the 1965 revision of the *Code of Civil Procedure* (Book VII) which I have just noted, adopts essentially the same provisions. The only changes of importance are the omission of art. 1431, dealing with submissions, which was replaced by art. 940, and the insertion

intitulé «Des arbitrages», prévoyait que toutes personnes pouvaient compromettre «sur les droits dont elles ont la libre disposition» (art. 940 C.p.c.) Le compromis devait être par écrit, contenir les noms et qualités des parties, désigner un ou trois arbitres et indiquer les «objets en litige» (art. 941 C.p.c.) Les arbitres pouvaient exiger des parties un exposé de leurs prétentions, mais devaient, selon la procédure qu'ils déterminaient, entendre et recevoir la preuve des parties. Les témoins étaient assignés selon les art. 280 à 284 et assermentés (art. 943 C.p.c.) Les règles de récusation applicables aux arbitres étaient les mêmes que celles applicables aux juges (art. 946 C.p.c.) Les arbitres jugeaient selon les règles de droit sauf indication contraire au compromis ou encore s'ils étaient constitués amiables compositeurs; la sentence arbitrale devait être rendue à la majorité, elle devait être motivée dans tous les cas et signée par tous les arbitres (art. 948 C.p.c.) Toute sentence pouvait être homologuée par le tribunal sauf que celui-ci ne pouvait s'enquérir du fond de la contestation (art. 950 C.p.c.) L'article 951 traitait de la clause compromissoire; les seules obligations prévues dans ce cas étaient qu'elle devait être par écrit et que les parties devaient passer compromis une fois le différend né.

## 2—Les sources

Le premier *Code de procédure civile* du Québec, adopté le 28 juin 1867 (*Acte concernant le Code de Procédure Civile du Bas Canada*, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., chap. 25), consacre son titre huitième à l'arbitrage (art. 1341 à 1354). Lors de la première refonte de ce Code en 1897 (*Loi concernant le Code de procédure civile de la province de Québec*, S.Q. 1897, chap. 48) ces dispositions sont simplement renumérotées (art. 1431 à 1444) sans autre modification qu'une précision à l'art. 1436 relatif à l'amiable compositeur.

Le chapitre consacré à l'arbitrage lors de la refonte de 1965 du *Code de procédure civile* (livre VII) que je viens de rappeler, reprend dans ses grandes lignes les mêmes dispositions. Les seules modifications d'importance se résument à l'omission de l'art. 1431 qui traite du compromis, rem-

of an article dealing with the undertaking to arbitrate (art. 951).

The codifiers of 1867 were sparing in their comments: they said, regarding arbitration:

The articles concerning arbitrations reproduce the rules of our existing law, and only the last one requires to be noticed.

The codifiers are here referring to art. 1354, which permitted an appeal from an arbitral award only where a penalty was stipulated in the submission.

However, the draft *Code of Civil Procedure* and the version reproduced in Doutre, *Les lois de la procédure civile* (1867), refer to the sources relied on by the codifiers, who referred to them under each article. Articles 1341 to 1354 of the 1867 Code refer to French sources, namely Pothier, Couchot, Bonnin, Bonnier and in particular the French *Code de procédure civile* of 1806. The substance of arts. 1003 to 1028 of the 1806 Code was reproduced in our 1867 Code, some articles even being reproduced word for word. The 1806 French Code is itself derived from old French law. In his *Traité de la procédure civile (Oeuvres de Pothier, vol. 9, 1824)*, at pp. 122-23, Pothier refers to the Edict of August 1560 and the Ordinance of 1667.

Brierley writes that [TRANSLATION] "... from a historical standpoint, the source of arbitration law in Quebec is old French law as adopted in Quebec before the codification of the laws relating to civil procedure in 1867 . . . ." (Brierley, *loc. cit.*, at p. 263; see also: Ferland, *L'arbitrage conventionnel* (1983), at p. 28; Johnson, *The Clause Compromissoire: Its Validity in Quebec* (1945), at p. 82).

The Quebec Court of Appeal approved this opinion when it referred to old French law in interpreting art. 950 of the 1965 Code in a question involving the homologation of an arbitration award, in *Corporation municipale du Village de St-Bernard c. Trottoirs et chaînes Pilotte Inc.*, [1983] R.D.J. 583, at pp. 590-92.

placé par l'art. 940, et l'insertion d'un article traitant de la clause compromissoire (art. 951).

Les codificateurs de 1867 se sont montrés avares de commentaires en affirmant à propos de l'arbitrage:

Les articles, concernant les arbitrages, reproduisent les règles de notre droit, et le dernier seul exige quelques observations.

Les codificateurs réfèrent ici à l'art. 1354 qui permettait l'appel de la sentence arbitrale dans le seul cas où le compromis comportait une stipulation de pénalité.

Cependant, le projet de *Code de procédure civile* de même que la version reproduite dans Doutre, *Les lois de la procédure civile* (1867), réfèrent aux sources auxquelles ont puisé les codificateurs, qui les ont indiquées sous chaque article. Or les articles 1341 à 1354 du Code de 1867 renvoient à des sources françaises soit Pothier, Couchot, Bonnin, Bonnier et surtout au *Code de procédure civile* français de 1806. La substance des art. 1003 à 1028 de ce Code de 1806 a été reproduite à notre Code de 1867, quelques articles y étant même reproduits textuellement. Le Code français de 1806 lui-même prend ses sources dans l'ancien droit français. Pothier, dans son *Traité de la procédure civile (Oeuvres de Pothier, t. 9, 1824)*, aux pp. 122 et 123, se réfère à l'Édit du mois d'août 1560 et à l'Ordonnance de 1667.

Brierley écrit que «... dans une perspective historique, la source de la loi d'arbitrage au Québec est l'ancien droit français tel qu'il fut adopté au Québec avant la codification complétée en 1867 des lois relevant de la procédure civile...» (Brierley, *loc. cit.*, à la p. 263; voir également: Ferland, *L'arbitrage conventionnel* (1983), à la p. 28; Johnson, *The Clause Compromissoire: Its Validity in Quebec* (1945), à la p. 82).

La Cour d'appel du Québec a entériné ce point de vue lorsqu'elle s'est référée à l'ancien droit français afin d'interpréter l'art. 950 du Code de 1965 en matière d'homologation de sentence arbitrale dans l'arrêt *Corporation municipale du Village de St-Bernard c. Trottoirs et chaînes Pilotte Inc.*, [1983] R.D.J. 583, aux pp. 590 à 592.

## 3—Definitions

Neither in French law, in the 1806 *Code de procédure civile* or earlier, nor in the 1867 Quebec *Code of Civil Procedure* or in its subsequent revisions, is there a definition of the word “arbitration”, except for the 1986 amendments made to the *Civil Code of Lower Canada*. However, the 1867 Quebec *Code of Civil Procedure*, which differs in this respect from the French *Code de procédure civile* of 1806, contains a definition of submission:

**1341.** Submission is an act by which persons, in order to prevent or put an end to a lawsuit, agree to abide by the decision of one or more arbitrators whom they agree upon.

**1341.** Le compromis est un acte par lequel les parties pour éviter un litige ou y mettre fin, promettent de s'en rapporter à la décision d'un ou de plusieurs arbitres dont elles conviennent.

This article, renumbered 1431, was reproduced without any change in the 1897 revision. The commissioners explained why this definition was omitted in the subsequent 1965 revision:

The definition of the submission given by article 1431 of the present Code is useless; moreover, if it were considered necessary, it should be found in the Civil Code. It is, however, necessary to set out in the Code of Civil Procedure the case where the submission is possible as it is there a question of means of resolving a dispute without having recourse to the Courts. Article 940 is, in this sense, new law.

This comment is self-explanatory and also explains the absence of a definition of the various procedures for settling disputes in the *Civil Code* or the *Code of Civil Procedure*. In our civil law system, the parties' agreement is law provided they have the capacity to contract and are not acting contrary to good morals and public order. In solving a difficulty, difference or dispute the parties have a choice of means: an expert opinion, an appraisal, conciliation, mediation, transaction, arbitration or any other form of intervention designed to resolve or to try to resolve the problem confronting them. In each case the parties have probably tried to find a final solution. The legislator has recognized this contractual freedom, subject to the reservation that as is true throughout our law the parties in either case remain free to

## 3—Les définitions

Ni en droit français, au *Code de procédure civile* de 1806 ou avant, ni au *Code de procédure civile* du Québec de 1867 ou dans ses refontes subséquentes ne trouve-t-on de définition du terme «arbitrage», à l'exception des modifications de 1986 apportées au *Code civil du Bas-Canada*. Toutefois, différant en cela du *Code de procédure civile* français de 1806, le *Code de procédure civile* du Québec de 1867 contient une définition du compromis:

**1341.** Le compromis est un acte par lequel les parties pour éviter un litige ou y mettre fin, promettent de s'en rapporter à la décision d'un ou de plusieurs arbitres dont elles conviennent.

**1341.** Submission is an act by which persons, in order to prevent or put an end to a lawsuit, agree to abide by the decision of one or more arbitrators whom they agree upon.

Cet article, renuméroté 1431, a été reproduit textuellement lors de la refonte de 1897. Si cette définition a été omise lors de la refonte subséquente de 1965, les commissaires s'en expliquent:

La définition du compromis, que donne l'article 1431 actuel, est inutile; d'ailleurs, si elle était jugée nécessaire, elle devrait se trouver au code civil. Il est toutefois nécessaire de préciser dans le code de procédure le cas où le compromis est possible, puisqu'il s'agit là d'un moyen de résoudre un litige sans avoir recours aux tribunaux. L'article 940 du projet est en ce sens de droit nouveau.

Ce commentaire s'explique facilement et explique en même temps l'absence de définition des divers modes de règlement des différends au *Code civil* ou au *Code de procédure civile*. Dans notre régime de droit civil, sous réserve de ce qui est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, pourvu que les parties aient la capacité de contracter, la convention des parties fait loi. En ce qui a trait à la solution d'une difficulté ou d'un différend, les parties ont le choix des moyens: expertise, évaluation, conciliation, médiation, transaction, arbitrage ou toute autre forme d'intervention de nature à tenter de régler ou à régler le problème qui les confronte. Dans chaque cas, les parties ont probablement recherché une solution définitive. Le législateur a respecté cette liberté des conventions sous réserve cependant que, conformément à toute

seek or not to seek a final settlement of the matter in the courts. Our system of law has only very reluctantly allowed the parties to agree to rule out such recourse to the courts. The decision of this Court in *Zodiak International Productions Inc. v. Polish People's Republic*, [1983] 1 S.C.R. 529, was necessary to give this status to the "complete" undertaking to arbitrate. It is in this context that provisions on arbitration must be seen. As the legislator had no reason to define the various procedures for settling disputes between litigants, he also had no clear interest in regulating the process for resolving such conflicts, and this gave the system chosen great flexibility. The legislator left these various procedures for settling disputes to be resolved freely by litigants when recourse to the courts was still possible. If judicial intervention was ruled out, however, the legislator had to ensure that the process would guarantee litigants the same measure of justice as that provided by the courts, and for this reason, rules of procedure were developed to ensure that the arbitrator is impartial and that the rules of fundamental justice, such as the *audi alteram partem* rule, are observed. The arbitrator will make an award which becomes executory by homologation. This indicates the similarity between the arbitrator's real function and that of a judge who has to decide a case. This judge, freely chosen by the parties, is subject to procedural constraints that cannot be applied to other forms of intervention, such as an expert who does not have to settle an issue as a judge would or render a decision as the courts generally do. Once the expert's opinion has been given, the parties can still go to court unless they have clearly otherwise agreed.

From this standpoint a definition of the submission is not absolutely necessary, since it is virtually axiomatic that an arbitrator cannot settle a dispute, which is his function, if no dispute exists: the arbitration would then be pointless.

l'économie de notre droit, les parties dans un cas comme dans l'autre, demeurent libres d'avoir ou non recours aux tribunaux pour trancher définitivement l'affaire. Ce n'est qu'avec une extrême réticence que notre droit a accepté que les parties puissent convenir d'écarter ce recours aux tribunaux. Il a fallu l'arrêt *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529, pour conférer ce résultat à la clause compromissoire dite «parfaite». C'est dans ce contexte qu'il faut situer les dispositions relatives à l'arbitrage. Si le législateur n'avait pas de raison de définir les divers modes de règlement des conflits opposant les justiciables, il n'avait pas non plus un intérêt évident à régler le processus de résolution de ces conflits ce qui assurerait une grande souplesse au régime choisi. En effet, le législateur laissait ces divers modes de règlement au libre arbitre des justiciables lorsque le recours aux tribunaux demeurait toujours possible. Si cette intervention judiciaire devait être écartée, toutefois, le législateur devait s'assurer que le processus garantirait aux justiciables la même mesure de justice que celle distribuée par les tribunaux, d'où l'élaboration des règles de procédure destinées à assurer l'impartialité de l'arbitre et le respect des règles de justice fondamentale telle la règle *audi alteram partem*. L'arbitre rendra une sentence qui deviendra exécutoire par voie d'homologation. C'est là qu'on voit que le véritable rôle de l'arbitre est assimilable à celui d'un juge chargé de trancher un différend. Ce juge que les parties ont librement choisi est astreint à des contraintes procédurales que l'on n'exigera pas d'autres intervenants, tel l'expert qui ne sera pas chargé de trancher un différend comme le serait un juge ni de rendre une décision suivant le mode habituel aux tribunaux. Une fois l'expertise terminée, les parties pourront toujours avoir recours aux tribunaux à moins qu'elles n'en aient autrement clairement convenu.

Dans cette optique, la définition du compromis n'était pas absolument nécessaire puisque, c'est presque une vérité de La Palice, on ne saurait trancher un différend, fonction de l'arbitre, s'il n'existe pas de différend: l'arbitrage deviendrait alors sans objet.

The purpose of the articles regarding the submission was therefore really to identify the dispute, the subject of the arbitration, and to indicate the function of the arbitrator or arbitrators regarding this dispute.

The adoption of an amendment to the *Civil Code* in 1986, inserting art. 1926.1, accompanied by amendments to the *Code of Civil Procedure* at the same time under the heading of arbitration (arts. 940 to 951.2) did not, in my opinion, alter the state of the law on the matter, but rather merely added to the rules of procedure by clarifying them and included the undertaking to arbitrate and the submission in a single definition of the "arbitration agreement":

**1926.1** An arbitration agreement is a contract by which the parties undertake to submit a present or future dispute to decision by one or more arbitrators to the exclusion of the courts.

It might be thought that, in so doing, the legislator intended to merge the "submission" and the "undertaking to arbitrate" into a single concept. That is not the case. In my opinion, the distinction remains: the existing dispute refers to the submission and the potential dispute to the undertaking to arbitrate, both of which were and remain the components of the arbitration agreement. The only change I can see is to the mechanism for setting the arbitration in motion, that is the notice mentioned in art. 944 *C.C.P.*, which was also adopted at the time of the 1986 amendments:

**944.** A party intending to submit a dispute to arbitration must notify the other party of his intention, specifying the matter in dispute.

The arbitration proceedings commence on the date of service of the notice.

If the obligation to make a submission under the undertaking to arbitrate is thereby reduced, the notice contained in art. 944 *C.C.P.* performs the function of the submission as defined in art. 1341 of the 1867 *Code of Civil Procedure*: the notice must describe the dispute, which at this point is necessarily an existing dispute, and set out the parameters of the dispute for arbitration. As these amendments were not in effect when the dispute at bar arose, I do not think any further analysis is necessary.

Le but des articles concernant le compromis était donc plutôt d'identifier le différend, objet de l'arbitrage, et de préciser le rôle de l'arbitre ou des arbitres à l'égard de ce différend.

a

L'adoption en 1986 d'une modification au *Code civil* pour y insérer l'art. 1926.1, complétée par des modifications apportées au *Code de procédure civile* à la même époque au chapitre de l'arbitrage (art. 940 à 951.2) n'a pas à mon avis modifié l'état du droit en la matière mais simplement ajouté aux règles de procédure en les précisant et englobé dans une seule définition de la «convention d'arbitrage» la clause compromissoire et le compromis:

**1926.1** La convention d'arbitrage est un contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux.

On pourrait croire que, ce faisant, le législateur a voulu fondre en un seul concept ces deux conventions distinctes que sont le «compromis» et la «clause compromissoire». À mon avis, tel n'est pas le cas, la distinction demeure: le différend né se référant au compromis et le différend éventuel à la clause compromissoire qui tous deux étaient et demeurent les composantes de la convention d'arbitrage. La seule modification que j'y vois concerne plutôt le mécanisme de mise en œuvre de l'arbitrage, soit l'avis prévu à l'art. 944 *C.p.c.* aussi adopté lors des modifications de 1986:

**944.** La partie qui entend soumettre un différend à l'arbitrage doit en donner avis à l'autre partie, en y précisant l'objet du différend.

La procédure arbitrale débute à la date de la signification de cet avis.

Si l'obligation de passer compromis suite à une clause compromissoire s'en trouve réduite d'autant, l'avis prévu à l'art. 944 *C.p.c.* fait office de ce compromis tel que défini à l'art. 1341 du *Code de procédure civile* de 1867: l'avis doit faire état du différend, qui à ce moment doit nécessairement être né, et préciser les paramètres du débat soumis à l'arbitre. Comme, lors du litige qui nous concerne ces modifications n'étaient pas en vigueur, je ne crois pas nécessaire d'élaborer plus avant.

It must be assumed here that at the time of the 1965 revision the legislator did not abandon the legislative policy underlying both the definition of the submission and the rules on arbitration at the time the Code was enacted in 1867, as is indeed indicated by the adoption, almost without change, of the provisions on arbitration in that 1867 Code.

Article 940 of the 1965 Code simply indicates where the submission is possible:

**940.** Any person may enter into a submission to arbitration respecting any rights of which he has the free exercise.

However, no one may enter into a submission respecting alimentary gifts or legacies, separations between consorts or questions which concern either public order or the status or capacity of persons.

Article 951, also added in the 1965 revision, mentions the undertaking to arbitrate for the first time:

**951.** An undertaking to arbitrate must be set out in writing.

When the dispute contemplated has arisen, the parties must execute a submission. If one of them refuses, and does not appoint an arbitrator, a judge of the court having jurisdiction makes such appointment and states the objects in dispute, unless the agreement itself otherwise provides.

I wish to embark on a short but relevant digression to note that the French version of this new article introduces the term "*différend*". The 1986 amendments to the *Civil Code* (art. 1926.1) and *Code of Civil Procedure* (arts. 940 to 951.2) also use the term "*différend*" instead of "*litige*".

In the context of arbitration, two meanings can be given to the term "*litige*". In its first sense, "*litige*" means "lawsuit" (*poursuite civile*). Article 1341 of the 1867 Code states that "Submission is an act by which persons, in order to prevent or put an end to a lawsuit, agree to abide by the decision of one or more arbitrators whom they agree upon". In its second sense, the term "*litige*" refers more generally to any dispute. Considering art. 951 *C.C.P.* and the 1986 amendments consistent therewith, I think it is preferable to use in the French version the term "*différend*" instead of "*litige*" when necessary to differentiate arbitra-

On doit ici prendre pour acquis que lors de la refonte de 1965, le législateur ne s'est pas départi de la politique législative qui avait inspiré tant la définition du compromis que les règles relatives à l'arbitrage au moment de la proclamation du Code de 1867, comme en fait foi d'ailleurs l'adoption presque sans y déroger des dispositions relatives à l'arbitrage de ce Code de 1867.

L'article 940 du Code de 1965 précise uniquement le cas où le compromis est possible:

**940.** Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.

On ne peut toutefois compromettre sur les dons et legs d'aliments, sur les séparations d'entre époux, ni sur les questions qui concernent soit l'ordre public, soit l'état ou la capacité des personnes.

L'article 951, aussi ajouté lors de la refonte de 1965, fait pour la première fois mention de la clause compromissoire:

**951.** La clause compromissoire doit être constatée par écrit.

Lorsque le différend prévu est né, les parties doivent passer compromis. Si l'une d'elles s'y refuse, et ne nomme pas d'arbitre, il est procédé à cette nomination et à la désignation des objets en litige par un juge du tribunal compétent, à moins que la convention elle-même n'en ait décidé autrement.

J'ouvre ici une parenthèse pour noter que ce nouvel article introduit le terme «différend». Les modifications de 1986 au *Code civil* (art. 1926.1) et au *Code de procédure civile* (art. 940 à 951.2) reprennent d'ailleurs le terme «différend» aux lieu et place de «litige».

Dans le contexte de l'arbitrage, le terme «litige» peut s'entendre de deux façons. Dans son sens premier, «litige» signifie «poursuite civile» (*lawsuit*). C'est ainsi que l'art. 1341 du Code de 1867 énonce que «Le compromis est un acte par lequel les parties pour éviter un litige [*lawsuit*] ou y mettre fin, promettent de s'en rapporter à la décision d'un ou de plusieurs arbitres dont elles conviennent». Dans un deuxième sens, le terme «litige» peut s'entendre plus généralement de tout différend. Compte tenu de l'art. 951 *C.p.c.*, dans la lignée duquel s'inscrivent les modifications de 1986, il m'a semblé préférable d'utiliser ici le

tion from expertise in order to avoid any ambiguity.

Though article 951 was the subject of academic and judicial dispute for many years, the commissioners only commented on it briefly:

Articles 945, 947 and 951 contain provisions that one does not find in the present Code but which are self-explanatory.

Though the French *Code de procédure civile* of 1806 and our 1867 *Code of Civil Procedure* do not mention the undertaking to arbitrate, that does not mean it was unknown to our law before the 1965 revision any more than to French law. It was in fact regarded as a natural extension of the submission, though the validity of the complete undertaking to arbitrate was not recognized at that time. The addition of art. 951 *C.C.P.* thus only filled this gap and officially recognized the existence of the undertaking to arbitrate in Quebec law, without thereby altering the rules applicable at the time to the submission and to arbitration.

Before proceeding further, it is perhaps best to explain the concepts of submission and of undertaking to arbitrate.

Based on the definition of the submission in the 1867 *Code of Civil Procedure*, applicable to the 1965 revision and so in effect at the time the agreement was concluded between the parties, and in light of art. 951 *C.C.P.*, introduced in the 1965 revision, it can be said that the undertaking to arbitrate applies to a potential dispute which, if it occurs, will require a submission. When the submission has been made, we can speak of arbitration. There is thus no arbitration without an existing dispute. This is what Chouinard J. said in *Zodiak*, *supra*, at p. 534:

A submission applies only to existing disputes, while an undertaking to arbitrate also extends to future disputes.

I will return to this aspect of the matter in considering one of respondents' arguments about the undertaking to arbitrate. For the moment, I must look instead at the criteria for distinguishing

terme «différend» de préférence à «litige» lorsqu'il s'agit de différencier l'arbitrage de l'expertise afin d'éviter toute ambiguïté.

a Malgré que cet art. 951 ait été à l'origine de controverses doctrinales et jurisprudentielles pendant nombre d'années, il n'a fait l'objet que de ce laconique commentaire des Commissaires:

b Les articles 945, 947 et 951 contiennent des dispositions qu'on ne trouve pas dans le Code, mais qui s'expliquent d'elles-mêmes.

c Si le *Code de procédure civile* français de 1806 tout comme notre *Code de procédure civile* de 1867 sont silencieux quant à la clause compromissoire, celle-ci n'était pas pour autant une inconnue dans notre droit avant la refonte de 1965, non plus qu'en droit français. On la considérait plutôt comme une extension naturelle du compromis quoique la validité de la clause compromissoire dite «parfaite» ne fût pas alors reconnue. L'ajout de l'art. 951 *C.p.c.* ne vient donc que combler ce vide et concrétiser l'existence en droit québécois de la clause compromissoire, sans toutefois pour d'autant modifier les règles alors applicables au compromis et à l'arbitrage.

f Il est peut-être utile dès à présent d'explicitier ces deux notions de compromis et de clause compromissoire.

À partir de la définition du compromis au *Code de procédure civile* de 1867, applicable à la refonte de 1965 et donc en vigueur à l'époque où la convention est intervenue entre les parties, ainsi qu'au regard de l'art. 951 *C.p.c.* introduit lors de la refonte de 1965, on peut affirmer que la clause compromissoire vise un différend éventuel qui, s'il se concrétise, obligera au compromis. Le compromis intervenu, on pourra parler d'arbitrage. Donc, pas d'arbitrage sans différend né. C'est ce qu'affirmait le juge Chouinard dans l'arrêt *Zodiak*, précité, à la p. 534:

i Le compromis ne vise que les litiges nés tandis que la clause compromissoire vise aussi les litiges futurs.

Je reviendrai sur cet aspect du litige lors de l'examen d'un des arguments des intimés relatif à la clause compromissoire. Pour le moment, il y a plutôt lieu de s'attarder aux critères de distinction

between arbitration and the collateral or related concept of the expert opinion. A review of the state of the law on this point in other jurisdictions can often clarify the fine points of either system. In view of the sources of our law on arbitration, which comes to us from old French law, such an exercise can only serve as a point of comparison. The parties themselves asked the Court to undertake it and referred it to an imposing list of academic and judicial common law authorities, from which, in their submission, the applicable distinguishing criteria may be derived.

#### 4—Common Law, Canadian and English Law

The common law has in fact developed two concepts which it regards as characteristic of arbitration: the existence of a dispute and the duty or intent of the parties, as the case may be, to submit that dispute to arbitration.

The very earliest authorities on the point required a dispute to exist if there was to be an arbitration. In *Collins v. Collins* (1858), 26 Beav. 306, 53 E.R. 916, the parties concluded a contract to sell a brewery and plant, the price to be set by valuation. The valuation clause provided that each party would appoint a representative, and that these representatives might in turn appoint a third person to make a valuation. As each party's representatives could not agree on the choice of a third party as an appraiser, one of the parties brought an action to have the Chancery Court appoint the third party. This procedure was authorized under s. 12 of the *Common Law Procedure Act*, 1854 (U.K.), 17 & 18 Vict., c. 125, provided it was a case of arbitration. The Court accordingly had to determine whether the valuation clause created an arbitration, thereby allowing it to appoint a third party arbitrator.

Sir John Romilly, M.R., held that an arbitration required an existing dispute. He explained, at p. 918:

An arbitration is a reference to the decision of one or more persons, either with or without an umpire, of some matter or matters in difference between the parties. It is very true that in one sense it must be implied that although there is no existing difference, still that a difference may arise between the parties; yet I think the

entre l'arbitrage et cette notion voisine ou connexe qu'est l'expertise. Un tour d'horizon sur l'état du droit en la matière dans d'autres juridictions a souvent l'avantage de permettre de mieux saisir les nuances d'un système à l'autre. Compte tenu des sources de notre droit en matière d'arbitrage qui nous viennent de l'ancien droit français, cet exercice ne peut que servir de point de comparaison. Les parties elles-mêmes nous y ont invité et nous ont référé à une abondante doctrine et jurisprudence de *common law* qui, selon elles, sont susceptibles de dégager les critères distinctifs pertinents.

#### 4—Common law, droit canadien et anglais

La *common law* a effectivement dégagé deux notions qu'elle a jugées caractéristiques de l'arbitrage: l'existence d'un différend et l'obligation ou l'intention des parties, selon le cas, de soumettre ce différend à l'arbitrage.

Les toutes premières autorités en la matière ont exigé qu'il existe un différend pour qu'il y ait arbitrage. Dans *Collins v. Collins* (1858), 26 Beav. 306, 53 E.R. 916, les parties avaient conclu un contrat de vente d'une brasserie et d'une usine, le prix devant être fixé par évaluation. La clause d'évaluation prévoyait que chaque partie devait nommer un représentant et que ceux-ci devaient à leur tour nommer une troisième personne pour procéder à l'évaluation. Les représentants de chaque partie ne pouvant s'entendre sur le choix d'un tiers évaluateur, une des parties intenta une action en justice afin que ce tiers soit nommé par la Cour de chancellerie. Cette procédure était permise en vertu de l'art. 12 du *Common Law Procedure Act*, 1854 (R.-U.), 17 & 18 Vict., chap. 125, pourvu qu'il s'agisse d'un arbitrage. La Cour devait donc déterminer si la clause d'évaluation constituait un arbitrage lui permettant ainsi de nommer un tiers arbitre.

Le maître des rôles, sir John Romilly, a décidé que l'arbitrage nécessitait l'existence d'une dispute née. Il explique à la p. 918:

[TRADUCTION] Un arbitrage consiste à soumettre à la décision d'au moins une personne, avec ou sans arbitre, un seul ou plusieurs différends entre les parties. Il est bien vrai que dans un sens, il faut présumer que bien qu'il n'y ait aucun différend réel, il peut toujours en survenir un entre les parties; toutefois je crois que la

distinction between an existing difference and one which may arise is a material one, and one which has been properly relied upon in the case. If nothing has been said respecting the price by the vendor and purchaser between themselves, it can hardly be said that there is any difference between them. It might be that if the purchaser knew the price required by the seller, there would be no difference, and that he would be willing to give it. It may well be that if the vendor knew the price which the purchaser would give, there would be no difference, and that he would accept it. It may well be that the decision of a particular valuer appointed might fix the price and might be equally satisfactory to both; so that it can hardly be said that there is a difference between them. [Emphasis added.]

This criterion was also used in the following cases: *Scott v. Corporation of Liverpool* (1858), 3 De G. & J. 334, 44 E.R. 1297 (Chelmsford L.C., at p. 1310); *Bos v. Helsham* (1866), L.R. 2 Ex. 72 (Kelly C.B., at pp. 78-79); *Re Hopper* (1867), L.R. 2 Q.B. 367 (Cockburn C.J., at pp. 372-73, and Blackburn J., at pp. 376-77); *Re Carus-Wilson and Greene* (1886), 18 Q.B.D. 7 (C.A.) (Lord Esher, M.R., at p. 9).

The Court of Appeal appears to have abandoned this criterion in *Chambers v. Goldthorpe*, [1901] 1 Q.B. 624. In that case, an architect had to produce interim certificates indicating the progress of work done on the building of a house so that the owner could make partial payments to the builder as work progressed. The owner sued the architect for negligence in performing his function. The issue turned on whether the architect was acting as an arbitrator, in which case he would benefit from immunity against civil suit.

In upholding the architect's immunity Smith, M.R., for the majority, said the following at p. 635:

It was argued that there was no dispute between the parties prior to the plaintiff giving his certificate, and that, unless there was a dispute, the plaintiff could not be in the position of an arbitrator. I do not see why there should not be an arbitration to settle matters, as to

distinction qui existe entre un différend réel et celui qui peut survenir est importante; et on s'est à juste titre fondé sur celle-ci en l'espèce. Si le vendeur et l'acheteur n'ont rien dit entre eux concernant le prix, on peut difficilement prétendre qu'il existe un différend entre eux. On pourrait dire que si l'acheteur avait connu le prix exigé par le vendeur, il n'y aurait aucun différend et il aurait été prêt à le payer. Il se peut très bien que si le vendeur avait été au courant du prix que l'acheteur était prêt à payer, il n'y aurait eu aucun différend et il aurait accepté. Il se peut bien que la décision d'un évaluateur nommé puisse fixer le prix et également satisfaire les deux parties, de sorte qu'on pourrait difficilement dire qu'il y a un différend entre elles. [Je souligne.]

Ce critère fut également utilisé dans les arrêts suivants: *Scott v. Corporation of Liverpool* (1858), 3 De G. & J. 334, 44 E.R. 1297 (le lord chancelier Chelmsford, à la p. 1310); *Bos v. Helsham* (1866), L.R. 2 Ex. 72 (le baron en chef Kelly, aux pp. 78 et 79); *Re Hopper* (1867), L.R. 2 Q.B. 367 (le juge en chef Cockburn, aux pp. 372 et 373, et le juge Blackburn, aux pp. 376 et 377); *Re Carus-Wilson and Greene* (1886), 18 Q.B.D. 7 (C.A.) (le maître des rôles, lord Esher, à la p. 9).

La Cour d'appel semble avoir délaissé ce critère dans l'arrêt *Chambers v. Goldthorpe*, [1901] 1 Q.B. 624. Dans cette affaire, un architecte devait produire des certificats intérimaires attestant de l'avancement des travaux de construction d'une maison afin que le propriétaire paie des montants partiels au constructeur au fur et à mesure de leur progression. Le propriétaire poursuivait l'architecte pour négligence dans l'accomplissement de son travail. Le cœur du débat consistait à déterminer si l'architecte agissait à titre d'arbitre, lui permettant de bénéficier d'une immunité contre les poursuites en responsabilité.

En accordant l'immunité à l'architecte, le maître des rôles Smith, pour la majorité, tenait les propos suivants à la p. 635:

[TRADUCTION] On a soutenu qu'il n'y avait aucune dispute entre les parties avant que le demandeur ne donne son certificat et que, à moins qu'il n'y ait une dispute, le demandeur ne pourrait être dans la position d'un arbitre. Je ne vois pas pourquoi il ne pourrait y avoir d'arbitrage pour régler les questions à l'égard desquelles même s'il n'y avait pas de dispute réelle, il

which, even if there was no actual dispute, there would probably be a dispute unless they were so settled.

The Master of the Rolls relied on a trilogy of cases, *Pappa v. Rose* (1871), L.R. 7 C.P. 32, *Tharsis Sulphur and Copper Co. v. Loftus* (1872), L.R. 8 C.P. 1, and *Stevenson v. Watson* (1879), 4 C.P.D. 148. This line of authority had reversed earlier decisions on the arbitration/expert opinion distinction by widening the scope of arbitral status to apply to appraisers. The following experts were classified as arbitrators: a broker, an insurance adjuster and an architect.

The Court of Appeal applied the same principle in *Finnegan v. Allen*, [1943] 1 K.B. 425, in deciding the status of an accountant who was required to set the value of certain shares. Despite the absence of a dispute prior to the valuation, the Court granted the accountant immunity in the absence of fraud or bad faith.

However, this line of authority was reversed by the House of Lords in the leading cases of *Sutcliffe v. Thackrah*, [1974] 1 All E.R. 859, and *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, [1975] 3 All E.R. 901. In *Sutcliffe* the facts were practically identical to those in *Chambers*, *supra*. An architect who had to issue interim certificates indicating the progress of construction work on a building was sued for liability. The Court specifically reintroduced the requirement of a present dispute as a criterion for distinguishing between arbitration and a simple expert opinion. I quote Lord Morris of Borth-Y-Gest at p. 870:

One of the features of an arbitration is that there is a dispute between two or more persons who agree that they will refer their dispute to the adjudication of some selected person whose decision on the matter they agree to accept.

See also Lord Morris of Borth-Y-Gest at p. 874 and Viscount Dilhorne at p. 880. Lord Reid and Lord Salmon expressly reversed *Chambers* at pp. 864 and 887 respectively, and therefore by implication the line of authority which had followed it. (McLaren and Palmer, *The Law and Practice of Commercial Arbitration* (1982), at p. 6.)

pourrait y en avoir une à moins que ces questions ne soient réglées.

Le Maître des rôles s'est appuyé sur la trilogie des causes *Pappa v. Rose* (1871), L.R. 7 C.P. 32, *Tharsis Sulphur and Copper Co. v. Loftus* (1872), L.R. 8 C.P. 1, et *Stevenson v. Watson* (1879), 4 C.P.D. 148. Ce courant jurisprudentiel avait renversé les décisions antérieures sur la distinction arbitrage/expertise en élargissant la portée du statut d'arbitre à nombre d'évaluateurs. En effet, on avait qualifié d'arbitres les experts suivants: un courtier, un expert en sinistre et un architecte.

La Cour d'appel appliquait le même principe dans *Finnegan v. Allen*, [1943] 1 K.B. 425, en décidant du statut d'un comptable qui devait fixer la valeur de certaines actions. Malgré l'absence d'un différend antérieur à l'évaluation, la Cour accordait l'immunité au comptable en l'absence de fraude ou de mauvaise foi.

La Chambre des lords devait cependant renverser ce courant jurisprudentiel dans les arrêts de principe *Sutcliffe v. Thackrah*, [1974] 1 All E.R. 859, et *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, [1975] 3 All E.R. 901. Dans l'arrêt *Sutcliffe*, les faits sont pratiquement identiques à ceux de l'arrêt *Chambers*, précité. Un architecte qui devait émettre des certificats intérimaires attestant de la progression des travaux de construction d'un édifice se voit poursuivi en responsabilité. La Cour réintroduit formellement l'existence d'une dispute née comme critère de distinction entre l'arbitrage et la simple expertise. Je cite lord Morris of Borth-Y-Gest à la p. 870:

[TRADUCTION] L'une des caractéristiques de l'arbitrage est qu'il existe une dispute entre au moins deux personnes qui conviennent de la soumettre à des personnes choisies dont la décision sur la question les liera.

Voir également lord Morris of Borth-Y-Gest à la p. 874 et le vicomte Dilhorne à la p. 880. Lord Reid et lord Salmon renversent de façon expresse l'arrêt *Chambers* aux pp. 864 et 887 respectivement et donc implicitement, le courant jurisprudentiel l'ayant suivi. (McLaren et Palmer, *The Law and Practice of Commercial Arbitration* (1982), à la p. 6.)

In *Arenson, supra*, the purchase price of shares in a company was to be set by its accountant. The appellant sued the accounting expert for damages, alleging negligence in his valuation. As in *Sutcliffe* the Court of Appeal characterized the accountant as an arbitrator, thereby granting him immunity from an action based on his negligence. The House of Lords reversed the Court of Appeal and repeated the requirement of a present dispute as an essential condition for the existence of arbitration. Lord Simon said in the clearest possible terms (at p. 912):

There may well be other indicia that a valuer is acting in a judicial role, such as the reception of rival contentions or of evidence, or the giving of a reasoned judgment. But in my view the essential prerequisite for him to claim immunity as an arbitrator is that, by the time the matter is submitted for him for decision, there should be a formulated dispute between at least two parties which his decision is required to resolve. It is not enough that parties who may be affected by the decision have opposed interests—still less that the decision is on a matter which is not agreed between them. [Emphasis added.]

See also Lord Wheatley at p. 915 and Lord Salmon at p. 924; Walton, *Russell on the Law of Arbitration* (19th ed. 1979), at p. 59; Hogg, *The Law of Arbitration* (1936), at p. 8.

This criterion is also accepted in Canada (*Re Krofschick and Provincial Insurance Co.* (1978), 21 O.R. (2d) 805 (H.C.), at p. 810; *Pfeil v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 91 (Sask. C.A.), at p. 98; McLaren and Palmer, *op. cit.*, at p. 1).

The parties must be under an obligation to submit their dispute to arbitration. This requirement may result either from legislation or from the intention of the parties. No difficulty arise from a statutory obligation. When the arbitration procedure results from a contractual clause, however, the situation must be examined more closely. It then becomes necessary to draw the parties' intent from the relevant documents (*Sutcliffe v. Thackrah, supra*, at p. 867, *per* Lord Morris of Borth-Y-Gest; *Preload Co. of Canada Ltd. v. Regina (City of)* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 241 (Sask. C.A.), at p. 265 (Procter J.A., dissenting); *Pfeil v.*

Dans *Arenson*, précité, le prix d'achat d'actions d'une compagnie devait être fixé par le comptable de cette dernière. Alléguant négligence dans l'évaluation faite par l'expert-comptable, l'appelant le poursuit en dommages-intérêts. Tout comme dans *Sutcliffe*, la Cour d'appel qualifiait d'arbitre le comptable, lui conférant ainsi l'immunité contre une poursuite fondée sur sa négligence. La Chambre des lords renverse la Cour d'appel et réitère l'exigence d'une dispute née comme condition essentielle à l'existence d'un arbitrage. Lord Simon l'affirme on ne peut plus clairement à la p. 912:

[TRADUCTION] Il peut très bien y avoir d'autres indices que l'expert joue un rôle judiciaire, comme le fait de recevoir des arguments rivaux ou des éléments de preuve ou de rendre une décision motivée. Toutefois, à mon avis, le pré-requis essentiel pour qu'il puisse réclamer l'immunité à titre d'arbitre est que, au moment où l'affaire lui est présentée pour qu'il rende une décision, il devrait y avoir une dispute née entre au moins deux parties que sa décision doit régler. Il n'est pas suffisant que les parties qui peuvent être touchées par la décision aient des intérêts opposés—encore moins que la décision porte sur une question qui suscite un désaccord entre elles. [Je souligne.]

Voir également lord Wheatley à la p. 915 et lord Salmon à la p. 924. Walton, *Russell on the Law of Arbitration* (19th ed. 1979), à la p. 59; Hogg, *The Law of Arbitration* (1936), à la p. 8.

Ce critère est également accepté au Canada (*Re Krofschick and Provincial Insurance Co.* (1978), 21 O.R. (2d) 805 (H.C.), à la p. 810; *Pfeil v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 91 (C.A. Sask.), à la p. 98; McLaren et Palmer, *op. cit.*, à la p. 1).

Les parties doivent être dans l'obligation de soumettre leur différend à l'arbitrage. Cette condition peut résulter d'une disposition législative ou encore de la volonté des parties. L'obligation légale ne soulève évidemment aucune difficulté. Par contre, lorsque la procédure d'arbitrage relève d'une clause contractuelle, la situation nécessite un examen plus approfondi. Il devient alors nécessaire de dégager l'intention des parties à partir des documents pertinents (*Sutcliffe v. Thackrah*, précité, à la p. 867, *par* lord Morris of Borth-Y-Gest; *Preload Co. of Canada Ltd. v. Regina (City of)* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 241 (C.A. Sask.), à la

*Simcoe & Erie General Insurance Co.*, *supra*, at p. 97; McLaren and Palmer, *op. cit.*, at p. 4; *Campbellford, Lake Ontario and Western Railway Co. v. Massie* (1914), 50 S.C.R. 409, at p. 421 (Duff J.) This intent can be demonstrated in various ways. The courts and academic analysts have looked at certain indicia in this connection, such as the terminology used by the parties (*Re Premier Trust Co. and Hoyt and Jackman* (1969), 3 D.L.R. (3d) 417 (Ont. C.A.), at p. 419), the fact that a decision is final and binding (*Sutcliffe v. Thackrah*, *supra*, at p. 877), the judicial nature of the proceedings (*Re Carus-Wilson and Greene*, *supra*, at p. 9) and the professional status of the third party (*Pfeil v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, *supra*, at p. 97).

Lord Wheatley gives a brilliant summary of the state of the common law in this area in *Arenson*, *supra*, at pp. 914, 915-16:

(1) It is clear from the speeches of Lord Reid, Lord Morris of Borth-Y-Gest and my noble and learned friend, Lord Salmon, in *Sutcliffe v. Thackrah* that while a valuer may by the terms of his appointment be constituted an arbitrator [*sic*] (or quasi-arbitrator) and be clothed with the immunity, a valuer simply as such does not enjoy that benefit.

(2) It accordingly follows that when a valuer is claiming that immunity he must be able to establish from the circumstances and purpose of his appointment that he has been vested with the clothing which gives him that immunity.

(3) In view of the different circumstances which can surround individual cases, and since each case has to be decided on its own facts, it is not possible to enunciate an all-embracing formula which is habile to decide every case. What can be done is to set out certain indicia which can serve as guidelines in deciding whether a person is so clothed. The indicia which follow are in my view the most important, though not necessarily exhaustive.

The indicia are as follows: (a) there is a dispute or a difference between the parties which has been formulated in some way or another; (b) the dispute or difference has been remitted by the parties to the person to resolve in such a manner that he is called on to exercise a judicial function; (c) where appropriate, the parties must have been provided with an opportunity to present

p. 265 (le juge Procter, dissident); *Pfeil v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, précité, à la p. 97; McLaren et Palmer, *op. cit.*, à la p. 4; *Campbellford, Lake Ontario and Western Railway Co. v. Massie* (1914), 50 R.C.S. 409, à la p. 421 (le juge Duff). Cette intention peut se manifester de maintes façons. La jurisprudence et la doctrine ont retenu certains éléments utiles à cette fin notamment la terminologie employée par les parties (*Re Premier Trust Co. and Hoyt and Jackman* (1969), 3 D.L.R. (3d) 417 (C.A. Ont.), à la p. 419), le fait que la décision soit finale et obligatoire (*Sutcliffe v. Thackrah*, précité, à la p. 877), le caractère judiciaire de la procédure (*Re Carus-Wilson and Greene*, précité, à la p. 9), et le statut professionnel du tiers (*Pfeil v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, précité, à la p. 97).

Lord Wheatley résume brillamment l'état de la *common law* en cette matière dans l'arrêt *Arenson*, précité, aux pp. 914, 915 et 916:

[TRADUCTION] (1) Il ressort clairement des opinions de lord Reid, de lord Morris of Borth-Y-Gest et de mon noble collègue, lord Salmon, dans *Sutcliffe v. Thackrah* que bien qu'un expert puisse aux termes de sa nomination être constitué arbitre (ou de quasi-arbitre) et être protégé par l'immunité, un expert comme tel ne peut tout simplement pas jouir de cet avantage.

(2) Par conséquent, il en découle que, lorsqu'un expert fait valoir cette immunité, il doit être en mesure d'établir d'après les circonstances et le but de sa nomination qu'on lui a confié le rôle qui lui accorde cette immunité.

(3) Compte tenu des différentes circonstances qui peuvent entourer chaque affaire, et comme chaque cas doit être tranché d'après ses propres faits, il n'est pas possible d'énoncer une formule d'application générale qui permet de régler chaque cas. On peut énoncer certains indices qui peuvent servir de ligne directrice pour décider si une personne s'est vu confier ce rôle. Les indices qui suivent sont à mon avis les plus importants, bien qu'ils ne soient pas nécessairement exhaustifs.

Les indices sont les suivants: a) il existe entre les parties une dispute ou un différend qui a été formulé d'une manière ou d'une autre; b) la dispute ou le différend a été renvoyé par les parties devant une personne pour qu'elle le tranche de telle manière qu'elle est appelée à exercer une fonction judiciaire; c) le cas échéant, les parties doivent avoir la possibilité de présen-

evidence and/or submissions in support of their respective claims in the dispute; and (d) the parties have agreed to accept his decision.

### 5—U.S. Law

Certain points of comparison may be derived from a brief review of U.S. law.

The approach taken by the U.S. courts is similar to that adopted by the courts in England and in the Canadian common law provinces.

The existence of a present dispute remains one of the principal criteria of distinction. Similarity to the judicial process is also an important aspect. Thus, in *Hartford Fire Insurance Co. v. Jones*, 108 So.2d 571 (1959), the Supreme Court of Mississippi had to determine whether a valuation clause contained in an insurance policy was an arbitration or a request for an expert opinion. Hall J., for the Court, said at p. 572:

Appraisalment, in particular, is perhaps most often confused with arbitration. While some of the rules of law that apply to arbitration apply in the same manner to appraisalment, and the terms have at times been used interchangeably, there is a plain distinction between them. In the proper sense of the term, arbitration presupposes the existence of a dispute or controversy to be tried and determined in a quasi judicial manner, whereas appraisalment is an agreed method of ascertaining value or amount of damage, stipulated in advance, generally as a mere auxiliary or incident feature of a contract, with the object of preventing future disputes, rather than of settling present ones. [Emphasis added.]

See also *Sanitary Farm Dairies v. Gammel*, 195 F.2d 106 (8th Cir. 1952), at p. 113.

The fact that the third party makes a decision based on his personal expertise rather than on an adversarial procedure requiring the admission of evidence and argument by the parties suggests the existence of an expert opinion (*In re Waters*, 93 F.2d 196 (5th Cir. 1937), at p. 200; *Bewick v. Mecham*, 156 P.2d 757 (Cal. 1945), at p. 760; *Sanitary Farm Dairies v. Gammel*, *supra*, at p. 113; *Preferred Insurance Co. v. Richard Parks Trucking Co.*, 158 So.2d 817 (Fla. Dist. Ct. App. 1963), at p. 820).

ter des éléments de preuve ou des arguments à l'appui de leurs demandes respectives dans la dispute; et d) les parties ont convenu d'accepter sa décision.

### 5—Droit américain

Un survol du droit américain suffit pour dégager certains points de comparaison.

L'approche des tribunaux américains s'apparente à celle adoptée par les tribunaux anglais et canadiens des provinces de *common law*.

L'existence d'un différend né demeure un des principaux critères de distinction. La similarité avec le processus judiciaire constitue également un aspect important. Ainsi, dans l'arrêt *Hartford Fire Insurance Co. v. Jones*, 108 So.2d 571 (1959), la Cour suprême du Mississippi devait déterminer si une clause d'évaluation contenue dans une police d'assurance était un arbitrage ou une expertise. Le juge Hall, au nom de la Cour, affirme à la p. 572:

[TRADUCTION] L'expertise, en particulier, est sans doute très souvent confondue avec l'arbitrage. Bien que certaines des règles de droit applicables à l'arbitrage s'appliquent de la même manière à l'expertise, et que les termes aient, à certains moments, été utilisés de manière interchangeable, il existe une distinction fondamentale entre eux. Dans le bon sens du terme, l'arbitrage présuppose l'existence d'une dispute ou d'une controverse qui doit être examinée et réglée de manière quasi judiciaire, alors que l'expertise est une méthode convenue pour établir la valeur ou le montant des dommages, précisée d'avance, généralement comme un simple élément auxiliaire ou accessoire d'un contrat, dont l'objet est de prévenir les disputes à venir, plutôt que de régler celles qui sont nées. [Je souligne.]

Voir également: *Sanitary Farm Dairies v. Gammel*, 195 F.2d 106 (8th Cir. 1952), à la p. 113.

Le fait que le tiers prenne une décision à partir de son expertise personnelle plutôt qu'à la suite d'une procédure contradictoire nécessitant l'admission de preuve et l'argumentation des parties en cause laisse supposer l'existence d'une expertise (*In re Waters*, 93 F.2d 196 (5th Cir. 1937), à la p. 200; *Bewick v. Mecham*, 156 P.2d 757 (Cal. 1945), à la p. 760; *Sanitary Farm Dairies v. Gammel*, *précité*, à la p. 113; *Preferred Insurance Co. v. Richard Parks Trucking Co.*, 158 So.2d 817 (Fla. Dist. Ct. App. 1963), à la p. 820).

The U.S. courts have developed a criterion which does not appear to have attracted the attention of the English and Canadian courts. It suggests that arbitration implies the submission of the entire dispute to an arbitrator, whereas an expert opinion is limited to a more specific aspect such as the valuation of damage or of some piece of property:

An agreement for arbitration ordinarily encompasses the disposition of the entire controversy between the parties upon which award a judgment may be entered, whereas an agreement for appraisal extends merely to the resolution of the specific issues of actual cash value and the amount of loss, all other issues being reserved for determination in a plenary action before the court.

(*Preferred Insurance Co.*, *supra*, at p. 820.)

In *In re Delmar Box Co.*, 127 N.E.2d 808 (1955), the New York Court of Appeals, *per* Fuld J., made the following comments on the arbitration/expert opinion distinction at pp. 810-11:

A number of basic distinctions have long prevailed between an appraisal under the standard fire policy and a statutory arbitration. An agreement for arbitration ordinarily encompasses the disposition of the entire controversy between the parties, upon which judgment may be entered after judicial confirmation of the arbitration award. Civ.Prac.Act, § 1464, while the agreement for appraisal extends merely to the resolution of the specific issues of actual cash value and the amount of loss, all other issues being reserved for determination in a plenary action. See *Matter of American Ins. Co.*, 208 App.Div. 168, 170-171, 203 N.Y.S. 206, 207-208. Appraisal proceedings are, moreover, attended by a larger measure of informality, see *Strome v. London Assur. Corp.*, 20 App.Div. 571, 573, 47 N.Y.S. 481, 483, affirmed 162 N.Y. 627, 57 N.E. 1125, and appraisers are "not bound to the strict judicial investigation of an arbitration." See *Matter of American Ins. Co.*, *supra*, 208 App.Div. 168, 171, 203 N.Y.S. 206, 208. Arbitrators are required to take a formal oath, Civ.Prac.Act, § 1455, and may act only upon proof adduced at a hearing of which due notice has been given to each of the parties, Civ.Prac.Act, § 1454. They may not predicate their award upon evidence garnered through an *ex parte* investigation of their own, at least unless so authorized by the parties. See *Stefano Berizzi Co. v. Krausz*, 239 N.Y. 315, 146 N.E. 436. Appraisers, on the

Les tribunaux américains ont développé un critère qui ne semble pas avoir retenu l'attention des tribunaux anglais et canadiens. L'arbitrage impliquerait la soumission à l'arbitre du différend en entier alors qu'une expertise serait restreinte à un aspect plus spécifique tel l'évaluation d'un dommage ou d'un bien quelconque:

[TRADUCTION] Une convention d'arbitrage prévoit ordinairement le règlement de toute la controverse qui existe entre les parties et un jugement peut être rendu sur cette sentence arbitrale; alors qu'une convention d'expertise vise simplement la résolution des questions précises relatives à la valeur réelle en argent et au montant de la perte, toutes les autres questions devant être régies dans une action en bonne et due forme devant un tribunal.

(*Preferred Insurance Co.*, précité, à la p. 820.)

Dans l'arrêt *In re Delmar Box Co.*, 127 N.E.2d 808 (1955), la New York Court of Appeals sous la plume du juge Fuld a émis les commentaires suivants sur la distinction arbitrage/expertise aux pp. 810 et 811.

[TRADUCTION] Depuis longtemps il y a eu un certain nombre de distinctions fondamentales entre une expertise aux termes de la police normalisée d'assurance-incendie et un arbitrage prévu par la loi. Une convention d'arbitrage prévoit ordinairement le règlement de toute la controverse qui existe entre les parties, et un jugement peut être rendu après confirmation judiciaire de la sentence arbitrale. Civ.Prac.Act, art. 1464, alors que la convention d'expertise vise simplement la résolution des questions précises relatives à la valeur réelle en argent et au montant de la perte, toutes les autres questions devant être réglées dans une action en bonne et due forme. Voir *Matter of American Ins. Co.*, 208 App.Div. 168, 170 et 171, 203 N.Y.S. 206, 207 et 208. En outre, les procédures en matière d'expertise sont dans une grande mesure plus informelles, voir *Strome v. London Assur. Corp.*, 20 App.Div. 571, 573, 47 N.Y.S. 481, 483, confirmé par 162 N.Y. 627, 57 N.E. 1125, et les experts «ne sont pas tenus à la stricte enquête judiciaire d'un arbitrage.» Voir *Matter of American Ins. Co.*, précité, 208 App.Div. 168, 171, 203 N.Y.S. 206, 208. Les arbitres sont tenus de prêter serment, Civ.Prac.Act, art. 1455, et ne peuvent agir qu'en vertu d'éléments de preuve présentés lors d'une audience dont avis a dûment été donné à chaque partie, Civ.Prac.Act, art. 1454. Ils ne peuvent pas fonder leur décision sur des éléments de preuve recueillis lors de leur propre enquête *ex parte*, du

other hand, are not required to take an oath. See *Syracuse Savings Bank v. Yorkshire Ins. Co.*, 301 N.Y. 403, 411, 94 N.E.2d 73, 78; *Wurster v. Armfield*, 175 N.Y. 256, 264, 67 N.E. 584, 586; *Williams v. Hamilton Fire Ins. Co.*, 118 Misc. 799, 194 N.Y.S. 798. They are likewise "not obliged to give the claimant any formal notice or to hear evidence"; and they may apparently proceed by *ex parte* investigation, so long as the parties are given an opportunity to make statements and explanations to the appraisers with regard to the matters in issue. See *Kaiser v. Hamburg-Bremen Fire Ins. Co.*, 59 App.Div. 525, 530, 69 N.Y.S. 344, 347, affirmed 172 N.Y. 663, 65 N.E. 1118; *Townsend v. Greenwich Ins. Co.*, 86 App.Div. 323, 326-327, 83 N.Y.S. 909, 911-912, affirmed 178 N.Y. 634, 71 N.E. 1140; *Matter of American Ins. Co.*, supra, 208 App.Div. 168, 171, 203 N.Y.S. 206, 208.

Furthermore, in an arbitration, all the arbitrators, if there be more than one, "must meet together and hear all the allegations and proofs of the parties", *Civ.Prac.Act*, § 1456. The standard appraisal clause, in contrast, specifically recites that the umpire is not to participate in the appraisal in all cases, but is only to pass on such differences as there may be between the appraisers designated by the respective parties. In addition, the vacatur of an arbitration award invariably results in a new arbitration, *Civ.Prac.Act*, § 1462; see *Matter of Fletcher*, 237 N.Y. 440, 449, 143 N.E. 248, 251, whereas after an appraisal award has been set aside without any fault on the part of the insured, he is not required to submit to any further appraisal but is free to litigate the issues in an action at law on the policy. See *Gervant v. New England Fire Ins. Co.*, 306 N.Y. 393, 400, 118 N.E.2d 574, 577.

I note that the final and binding nature of the decision made by third parties does not appear to have been adopted by the U.S. courts. On the contrary, in *Sanitary Farm Dairies v. Gammel*, supra, the Federal Court of Appeals, Eighth Circuit, held that a valuation could also be final and conclusive if that was the intent of the parties without making it an arbitration. *Johnsen J.* explained, at p. 113:

In general, where parties to a contract, before a dispute and in order to avoid one, provide for a method of ascertaining the value of something related to their dealings, the provision is one for an appraisal and

moins s'ils ne sont pas autorisés par les parties. Voir *Stefano Berizzi Co. v. Krausz*, 239 N.Y. 315, 146 N.E. 436. Par ailleurs, les experts ne sont pas tenus de prêter serment. Voir *Syracuse Savings Bank v. Yorkshire Ins. Co.*, 301 N.Y. 403, 411, 94 N.E.2d 73, 78; *Wurster v. Armfield*, 175 N.Y. 256, 264, 67 N.E. 584, 586; *Williams v. Hamilton Fire Ins. Co.*, 118 Misc. 799, 194 N.Y.S. 798. De même, ils «ne sont pas tenus de donner au requérant un avis formel ni d'entendre des témoignages»; et, apparemment, ils peuvent procéder par voie d'enquête *ex parte*, dans la mesure où les parties ont la possibilité de faire des déclarations et de donner des explications aux experts sur les questions en litige. Voir *Kaiser v. Hamburg-Bremen Fire Ins. Co.*, 59 App.Div. 525, 530, 69 N.Y.S. 344, 347, confirmé par 172 N.Y. 663, 65 N.E. 1118; *Townsend v. Greenwich Ins. Co.*, 86 App.Div. 323, 326-327, 83 N.Y.S. 909, 911 et 912, confirmé 178 N.Y. 634, 71 N.E. 1140; *Matter of American Ins. Co.*, précité, 208 App.Div. 168, 171, 203 N.Y.S. 206, 208.

En outre, dans un arbitrage, tous les arbitres, s'il y en a plus d'un, «doivent se rencontrer et entendre tous les arguments et les témoignages des parties», *Civ.Prac.Act*, art. 1456. Par opposition, la clause normalisée en matière d'expertise, précise que l'arbitre ne doit pas participer à l'expertise dans tous les cas, mais doit seulement examiner les différences qu'il peut y avoir entre les experts désignés par les parties respectives. De plus, l'annulation d'une sentence arbitrale entraîne invariablement un nouvel arbitrage, *Civ.Prac.Act*, art. 1462; voir *Matter of Fletcher*, 237 N.Y. 440, 449, 143 N.E. 248, 251, alors que, après l'annulation d'une décision d'expert sans faute de la part de l'assuré, celui-ci il n'est pas tenu de se soumettre à une autre expertise, mais est libre de porter les questions devant les tribunaux dans une action portant sur la police. Voir *Gervant v. New England Fire Ins. Co.*, 306 N.Y. 393, 400, 118 N.E.2d 574, 577.

Je note que le caractère final et obligatoire de la décision prise par les tiers ne semble pas avoir été retenu par les tribunaux américains. Au contraire, dans l'arrêt *Sanitary Farm Dairies v. Gammel*, précité, la Cour d'appel fédérale, huitième circuit, a décidé qu'une évaluation pouvait également être finale et décisive si telle était la volonté des parties sans pour autant qu'elle ne devienne un arbitrage. Le juge *Johnsen* explique à la p. 113:

[TRADUCTION] En général, lorsque des parties à un contrat prévoient, avant que survienne une dispute et à titre préventif, une méthode pour établir la valeur de quelque chose ayant rapport à leurs négociations, la

not for an arbitration. 3 Am.Jur., Arbitration and Award, § 3, pp. 830, 831. But, under Minnesota law, as well as generally, the result of an appraisal which the parties have thus contracted to have made is just as conclusive upon them as would be an arbitration award—even though from the contract and the nature of the situation there may be involved no right to a hearing before the appraiser—if they have expressly stipulated that it shall be so conclusive, or if the intention to be so bound is fairly inferable from the language which they have used. *State v. Equitable Ins. Co.*, 140 Minn. 48, 167 N.W. 292, 293; *Nelson v. Charles Betcher Lbr. Co.*, 88 Minn. 517, 93 N.W. 661, 662.

## 6—*French Law*

Turning now to France, we find that in the absence of an express provision, to distinguish arbitration from an expert opinion the French courts have developed two criteria, one objective and the other subjective, according to the terminology used by commentators. The first involves ascertaining whether a dispute exists and the second involves analyzing the intent of the parties to submit to arbitration.

### a) Objective criterion

In a judgment dated November 7, 1974, *Di Trento c. Pinatel*, *Rev. arb.*, 1975.302, the Court of Cassation held, based on the fact that a dispute existed between the parties, that intervention by a third party was an arbitration rather than an expert opinion as the result of certain indicia, which it listed at p. 303:

[TRANSLATION] But whereas the judgment, after analysing the contract, states that it provides that the parties undertake to give effect to the decision as a judgment without any right of appeal; that the arbitrators are exempt from procedural formalities, and may make their decision as mediators; that the parties were assisted by their counsel; that from these facts, the judgment could conclude that a dispute existed between the parties concerned, if not as to the inventory of the property at least as to its value, and that the aforesaid agreement accordingly was an agreement to arbitrate;

This decision appears to be consistent with earlier decisions and has also been approved by commentators (Cass. civ., June 9, 1961, *Rev. arb.*, 1961.186 (*Soc. Distilleries réunies de Bretagne et*

disposition porte sur l'expertise et non sur l'arbitrage. 3 Am.Jur., Arbitration and Award, art. 3, pp. 830, 831. Toutefois, en vertu du droit du Minnesota, de même que d'une manière générale, le résultat d'une expertise prévue par contrat entre les parties est tout aussi final à leur égard que le serait une décision arbitrale—même si d'après le contrat et la nature de la situation, il ne peut en découler aucun droit à une audition devant un expert—si elles ont expressément prévu qu'elle serait finale ou si l'intention d'être liée peut à juste titre ressortir des termes qu'elles ont utilisés. *State v. Equitable Ins. Co.*, 140 Minn. 48, 167 N.W. 292, 293; *Nelson v. Charles Betcher Lbr. Co.*, 88 Minn. 517, 93 N.W. 661, 662.

### c 6—*Droit français*

Si nous nous tournons maintenant vers la France, on constate qu'en l'absence de texte, aux fins de distinguer l'arbitrage de l'expertise, la jurisprudence française a dégagé deux critères, l'un objectif, l'autre subjectif, selon la terminologie que les auteurs utilisent. Le premier consiste à vérifier l'existence d'un différend alors que pour le second, il s'agit de dégager l'intention des parties de se soumettre à l'arbitrage à partir de critères d'analyse.

### a) Critère objectif

Dans un arrêt du 7 novembre 1974, *Di Trento c. Pinatel*, *Rev. arb.*, 1975.302, la Cour de cassation a conclu en se fondant sur l'existence d'un différend entre les parties, que l'intervention d'un tiers constituait plutôt un arbitrage qu'une expertise à partir de certains indices qu'elle énumère à la p. 303:

Mais attendu que l'arrêt, après avoir analysé l'acte, énonce qu'il y est indiqué que les parties s'engagent à exécuter la décision comme jugement sans pouvoir interjeter appel ; que les arbitres sont dispensés des formes de procédure, qu'ils pourront se prononcer comme amiables compositeurs ; que les parties étaient assistées de leurs conseils ; que de ces constatations, l'arrêt a pu déduire qu'un litige existait entre les intéressés sinon sur l'inventaire des biens, du moins sur leur valeur, et que la convention susvisée constituait en conséquence un compromis;

Cette décision semble conforme aux arrêts antérieurs et reçoit également l'assentiment de la doctrine (Cass. civ., 9 juin 1961, *Rev. arb.*, 1961.186 (*Soc. Distilleries réunies de Bretagne et de Nor-*

*de Normandie c. Sofridex*); Cass. com., May 8, 1961, *Bull. civ.*, III, No. 192, p. 169 (*Société Idéal Coiffeur c. Société Raimon*); Paris, 1<sup>re</sup> Ch. supp., February 5, 1976, *Rev. arb.*, 1976.255 (*S.C.I. Résidence Les Tilleuls c. S.A. Promeric*); Trib. civ. Seine, 1<sup>re</sup> Ch., February 8, 1956, *Rev. arb.*, 1957.25 (*Distilleries de Bretagne et de Normandie c. Société privée d'exploitation immobilière*); de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage* (1983), at p. 193; Motulsky, *Écrits: études et notes sur l'arbitrage* (1974), at p. 41; Rubellin-Devichi, *Rev. arb.*, 1980.87, note; Ravon, *Traité de l'arbitrage et de l'expertise* (1905), at p. 91; Rocher, *De l'arbitrage en matière civile* (1907), at p. 8).

#### b) Subjective criterion

Commentators consider that while use of the term "dispute" requires more than the mere existence of an issue, the court must determine whether the parties intended to submit their respective arguments in this connection to a decision-making body to be reviewed and decided upon. The search for this intent was the subject of a decision by the Court of Cassation on May 25, 1962, *Société Romand c. de Montmort*, *Rev. arb.*, 1962.103. In that case a commercial lease contained a rent adjustment clause under which the rent was to be set by agreement between the parties, and failing such agreement, by arbitrators designated by each of them, who if they disagreed could appoint a third party arbitrator.

The rent was set by the arbitrators and de Montmort attempted to homologate the decision by an application *in exequatur*, to which the Société Romand objected. The lower courts dismissed the objection because the decision was not in the nature of an arbitration award. The Court of Cassation affirmed these judgments on the ground that the parties had not agreed to submit the dispute to the jurisdiction of the third parties, though they had appointed them as arbitrators. The Court held at p. 104:

[TRANSLATION] But whereas the judgment observes that although a dispute could be found to exist due to the disagreement of both parties as to the amount of the rental, it must be shown that they intended to give the third parties whom they appointed arbitrators a decision-making authority; that under the agreement of

*mandie c. Sofridex*); Cass. com., 8 mai 1961, *Bull. civ.*, III, n° 192, p. 169 (*Société Idéal Coiffeur c. Société Raimon*); Paris, 1<sup>re</sup> Ch. supp., 5 février 1976, *Rev. arb.*, 1976.255 (*S.C.I. Résidence Les Tilleuls c. S.A. Promeric*); Trib. civ. Seine, 1<sup>re</sup> Ch., 8 février 1956, *Rev. arb.*, 1957.25 (*Distilleries de Bretagne et de Normandie c. Société privée d'exploitation immobilière*); de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage* (1983), à la p. 193; Motulsky, *Écrits: études et notes sur l'arbitrage* (1974), à la p. 41; Rubellin-Devichi, *Rev. arb.*, 1980.87, note; Ravon, *Traité de l'arbitrage et de l'expertise* (1905), à la p. 91; Rocher, *De l'arbitrage en matière civile* (1907), à la p. 8).

#### b) Critère subjectif

La doctrine enseigne que si l'emploi du terme «litige» nécessite plus que l'existence d'une simple contestation, on doit aussi rechercher si les parties ont entendu soumettre leurs prétentions respectives à cet égard à une autorité juridictionnelle en vue d'être vérifiées et départagées. La recherche de cette intention a fait l'objet d'un arrêt de la Cour de cassation du 25 mai 1962, *Société Romand c. de Montmort*, *Rev. arb.*, 1962.103. Dans cette affaire, un bail commercial contenait une clause d'ajustement de loyer qui devait être fixé par entente entre les parties et, à défaut d'entente, par des arbitres nommés par chacune d'elles qui, en cas de désaccord, devaient s'adjoindre un tiers.

Suite à la fixation du loyer par les arbitres, de Montmort tenta de faire homologuer la décision au moyen d'une requête en *exequatur*, ce à quoi s'opposa la Société Romand. Les cours inférieures ont rejeté cette opposition, la décision n'ayant pas le caractère d'une sentence arbitrale. La Cour de cassation confirmait, étant d'avis que les parties n'avaient pas entendu soumettre le différend à la juridiction de tiers, même si elles les avaient dénommés arbitres. La Cour affirme à la p. 104:

Mais attendu que l'arrêt observe que même si l'on pouvait reconnaître le caractère d'un différend contentieux au désaccord des deux parties sur le prix du loyer, il faudrait établir qu'elles avaient eu la volonté de donner aux tiers qu'elles avaient dénommés arbitres un pouvoir juridictionnel; que ceux-ci devaient, aux termes

October 30, 1954 the latter were to determine the amount of the rental and incidentals; that the decision characterized as an "arbitration award" was simply the performance of the mandate so given by the parties; that the third party arbitrator, in the "award", stated that under the agreement between the parties the decision on the price constituted a rider to the lease; that accordingly this decision, which was intended to be incorporated in the contract, clearly became a constituent element of the agreement between the parties.... [Emphasis added].

Motulski, *op. cit.*, made the following observations in his text on arbitration, at p. 42:

[TRANSLATION] In the final analysis, therefore, it all depends on what the parties intended; and in order to know what they intended we should not be concerned essentially, or even primarily, with the *name* they gave, often without thinking about the consequences, to the third parties whom they called in; rather, we should ask which of the possible actions by a third party the one actually intended corresponds to. This truth was expressed in a judgment of a much earlier date (Req., March 31, 1862, S., 1862.I.362, D.P. 1862.I.242); and nearly a century later the Tribunal civil de la Seine, in the judgment to which I referred at the start of my remarks, Feb. 8, 1956, *Gaz. Pal.*, 1957.I.30, restated the concept: "even if", it said, "in the contract the parties used the word 'arbitrator' to describe the third party, *the extent of his powers cannot depend on the formal designation so given but on the nature of the task entrusted to him*". [Emphasis added.]

The following decisions and academic articles are to the same effect: Cass. civ. 1<sup>re</sup> Ch., October 26, 1976, *Rev. arb.*, 1977.336 (*Cayrol c. Cayrol*); Cass. civ. 2<sup>e</sup> Ch., June 7 and November 30, 1978, *Rev. arb.*, 1979.343 (*Pentecost c. Pantaloni*; *Société Creaciones Reval c. Société Cerruti 1881*), note Roland-Levy; Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C., January 12, 1979, *Rev. arb.*, 1980.83 (*Belon c. Maurey*), note Rubellin-Devichi; Nancy, 1<sup>re</sup> Ch., December 12, 1985, *Rev. arb.*, 1986.255 (*Langlais c. Bruneau*); de Boissésou, *op. cit.*, at p. 193; Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international* (1980), at pp. 10-11.

In a recent judgment on October 9, 1984, *Société S.E.C.A.R. c. Société Shopping Décor*, *Rev. arb.*, 1986.263, the Court of Cassation had to decide on the validity of a decision made by a third party referred to by the parties as an "arbitrator".

de la convention du 30 octobre 1954, déterminer le montant du loyer et de ses accessoires; que, la décision dénommée «sentence arbitrale» constituait l'exécution pure et simple du mandat ainsi donné par les parties; que le tiers arbitre, dans la «sentence» avait déclaré que, conformément à la convention des parties, la décision sur le prix constituait un avenant au bail; qu'ainsi, destinée à s'incorporer au contrat cette décision avait bien le caractère d'un élément constitutif de l'accord des parties... [Je souligne.]

Motulski, *op. cit.*, tient les propos suivants dans son ouvrage sur l'arbitrage, à la p. 42:

Tout dépend donc, en dernier lieu, de ce qu'ont voulu les parties; et pour savoir ce qu'elles ont voulu, il ne faut pas s'attacher essentiellement ni même principalement au *nom* qu'elles ont donné, souvent sans penser aux conséquences, aux tiers auxquels elles ont recours, mais il faut se demander quelle est, parmi les interventions possibles d'un tiers, celle à laquelle correspond réellement l'activité à exercer par celui-ci. Un très vieil arrêt (Req., 31 mars 1862, S., 1862.I.362, D.P. 1862.I.242) avait déjà exprimé cette vérité; et à près d'un siècle d'intervalle, le Tribunal civil de la Seine, dans le jugement auquel j'ai fait allusion tout au début de mes explications 8 févr. 1956, *Gaz. Pal.*, 1957.I.30, a repris l'idée: «même si les parties, dit-il, ont, «dans le contrat, employé le mot arbitre pour qualifier (le) tiers, *l'étendue de ses pouvoirs ne saurait dépendre de la qualification formelle ainsi donnée, mais de la nature même de la mission à lui confiée*». [Je souligne.]

Les décisions et articles de doctrine suivants sont au même effet: Cass. civ. 1<sup>re</sup> Ch., 26 octobre 1976, *Rev. arb.*, 1977.336 (*Cayrol c. Cayrol*); Cass. civ. 2<sup>e</sup> Ch., 7 juin et 30 novembre 1978, *Rev. arb.*, 1979.343 (*Pentecost c. Pantaloni*; *Société Creaciones Reval c. Société Cerruti 1881*), note Roland-Levy; Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C., 12 janvier 1979, *Rev. arb.*, 1980.83 (*Belon c. Maurey*), note Rubellin-Devichi; Nancy, 1<sup>re</sup> Ch., 12 décembre 1985, *Rev. arb.*, 1986.255 (*Langlais c. Bruneau*); de Boissésou, *op. cit.*, à la p. 193; Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international* (1980), aux pp. 10 et 11.

Dans un arrêt récent du 9 octobre 1984, *Société S.E.C.A.R. c. Société Shopping Décor*, *Rev. arb.*, 1986.263, la Cour de cassation avait à déterminer la validité d'une décision prise par un tiers, dénommé «arbitre». Les parties avaient inclus dans

The parties had included in a commercial lease an indexing clause using an index published by a government body. In the event that index ceased to be published, and in the absence of agreement, the parties undertook to refer the matter to an arbitrator. As publication ceased and the parties did not agree, an arbitrator was appointed and he chose another index. One of the parties challenged this decision. In upholding the third party's decision, the Court implicitly treated the latter as an expert despite the fact that the parties had referred to him as an "arbitrator". Mayer, *Rev. arb.*, 1986.267, explains the reasons underlying the Court's decision at pp. 269-70:

[TRANSLATION] Disagreement did not suffice in that case to create an issue because, though it was certainly the *cause* of the "arbitrator's" intervention, it was not the *subject* of the latter: once it was established that the parties had not reached agreement, and he therefore had to step into their shoes, the third party "chose" (this is the word used by the parties) at his own discretion what he thought was the most suitable index. He did not have to decide between opposing positions which might have been argued before him, and to rule that one or the other was correct.

It is unnecessary, within the limits of this note, to suggest any definition of a dispute; it will be sufficient to ascertain whether the *rules governing* the document creating jurisdiction are consistent with the situation in the S.E.C.A.R. case. Clearly, at least three fundamental aspects of those rules are inapplicable. First, and most importantly, the requirement of an *adversarial procedure* does not have to be raised: the third party was to determine the new index by himself, and was not required to hear the parties (unless they had expressly contemplated his doing so). Secondly, the *dispositive rule* is inapplicable: the third party's choice was not limited by fixed options determined by the opposing arguments of the parties. Third, *reasons* did not have to be given for the decision. All of this results from the fact that there was no dispute, and also establishes that there was none.

It is interesting to note that the French *Nouveau Code de procédure civile* provides in art. 1451 that only a natural person fully able to exercise his civil rights may act as an arbitrator. If the agreement names a legal entity, the latter has only the power to organize the arbitration, nothing more.

un bail commercial une clause d'indexation comprenant un indice publié par un organisme gouvernemental. Dans l'éventualité où cet indice cessait d'être publié, à défaut d'entente, les parties s'engageaient à avoir recours à un arbitre pour le fixer. La publication ayant cessé et les parties étant en désaccord, un arbitre fut désigné et il choisit un autre indice. Une des parties contesta cette décision. En validant la décision du tiers, la Cour a implicitement qualifié d'expert ce tiers bien que les parties l'aient dénommé «arbitre». Mayer, *Rev. arb.*, 1986.267, explique les motifs qui sous-tendent la décision de la Cour aux pp. 269 et 270:

Le désaccord ne suffisait pas en l'espèce à créer un litige parce que s'il était bien la *cause* de l'intervention de l'«arbitre» il n'en était pas l'*objet*: une fois constaté que les parties n'étaient pas parvenues à un accord, et qu'il devait donc se substituer à elles, le tiers «choisissait» (c'est le mot que les parties avaient utilisé) en toute liberté ce qui lui semblait être l'indice le mieux adapté. Il n'avait pas à trancher entre des positions antagonistes, qui auraient dû être débattues devant lui, et dont il aurait déclaré l'une bien et l'autre mal fondée.

Il n'est pas en fait nécessaire, dans le cadre de cette note, de proposer une définition du litige; il suffit de vérifier si le *régime* de l'acte juridictionnel convient à la situation de l'affaire S.E.C.A.R. Or, manifestement, trois éléments fondamentaux au moins de ce régime se révèlent inadaptés. En premier lieu—et surtout—l'exigence d'un *débat contradictoire* n'a pas lieu d'être posée: le tiers doit déterminer par lui-même le nouvel indice, il n'est pas tenu d'entendre les parties (à moins que celles-ci ne l'aient expressément prévu). En second lieu le *principe dispositif* est sans objet: le choix du tiers n'est pas enfermé dans une alternative tracée par les prétentions opposées des parties. En troisième lieu la décision n'a pas à être *motivée*. Tout cela résulte de l'absence de litige et, en même temps, la (*sic*) démontre.

Il est intéressant de noter que le *Nouveau Code de procédure civile* français prévoit à l'art. 1451 que seule une personne physique ayant le plein exercice de ses droits civils peut agir à titre d'arbitre. Si la convention désigne une personne morale, cette dernière ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage, sans plus.

This brief review of the state of modern French law, which is derived like our own from old French law, indicates that there is no fundamental difference between the various approaches taken by the common law and that taken by French case law and academic analysis to the concept of arbitration.

#### 7—Quebec Law

In Quebec, in view of the legislator's silence both as to the definition of arbitration and its distinguishing features, academic analysis and case law are generally an invaluable source.

Quebec courts, however, have not had many opportunities to rule on the point. In *Corporation de la Ville de Beauharnois v. Liverpool & London & Globe Ins. Co.* (1906), 15 K.B. 235, the Court of King's Bench vacated an arbitration award on the ground that the arbitrators had failed to inform one of the parties of the date and place of the hearing. However, the Court had first to decide as to the nature of a clause contained in the insurance contract which provided for the appointment by each party of an appraiser to fix the loss suffered by the insured. In the event of disagreement, each appraiser was to select a third party (an umpire) to whom their respective arguments would be submitted. The decision rendered would be final and binding on the parties. They undertook to submit all relevant documents to both the appraisers and the umpire who had the right to call witnesses under oath. The Court characterized this agreement as arbitration, relying primarily on the fact that the parties used the word "arbitration", even though the agreement was entitled "appraisement bond".

*Home Insurance Co. de New York v. Capuano* (1926), 41 K.B. 85 and *Ouellette v. Cie d'assurance mutuelle de commerce contre l'incendie*, [1949] R.L. 163 (Sup. Ct.) are to the same effect: the clause requiring interpretation was identical to that in *Ville de Beauharnois*, *supra*.

In *Church v. Racicot* (1912), 21 K.B. 471, an agreement to purchase logs provided that the logs were to be measured by an official inspector named by the buyer. The seller sued, alleging

Ce bref survol de l'état du droit français contemporain, qui comme le nôtre prend ses sources dans l'ancien droit français, nous permet de constater qu'il n'existe pas de divergence fondamentale entre les diverses approches de la *common law* et celle qu'ont adoptée la jurisprudence et la doctrine française en ce qui concerne la notion d'arbitrage.

#### 7—Droit québécois

Au Québec comme ailleurs, devant le silence du législateur tant sur la définition d'arbitrage que sur ses caractères distinctifs, la doctrine et la jurisprudence sont généralement une source précieuse.

La jurisprudence québécoise n'a cependant guère eu l'occasion de se prononcer sur la question. Dans l'arrêt *Corporation de la Ville de Beauharnois v. Liverpool & London & Globe Ins. Co.* (1906), 15 B.R. 235, la Cour du Banc du Roi a annulé une sentence arbitrale au motif que les arbitres avaient omis d'informer l'une des parties de la date et du lieu de l'audition. La Cour devait cependant qualifier au préalable la clause contenue au contrat d'assurance qui prévoyait la nomination par chaque partie d'un évaluateur devant déterminer la perte subie par l'assurée. En cas de mésentente, chaque évaluateur devait choisir un tiers arbitre (*umpire*) à qui ils devaient présenter leurs prétentions respectives. La décision rendue devait être finale et lier les parties. Celles-ci s'engageaient à soumettre aux évaluateurs et à l'arbitre tout document pertinent et, il était loisible à ces derniers d'entendre des témoins assermentés. La Cour a qualifié d'arbitrage cette convention en s'appuyant principalement sur le fait que les parties utilisaient le terme «arbitrage» et ce, même si la convention s'intitulait «*appraisement bond*».

Les affaires *Home Insurance Co. de New York v. Capuano* (1926), 41 B.R. 85 et *Ouellette v. Cie d'assurance mutuelle de commerce contre l'incendie*, [1949] R.L. 163 (C.S.), sont au même effet, la clause à interpréter étant identique à celle de l'arrêt *Ville de Beauharnois*, précité.

L'arrêt *Church v. Racicot* (1912), 21 B.R. 471 a trait à une convention d'achat prévoyant que des billots devaient être mesurés par un inspecteur officiel désigné par l'acheteur. Le vendeur, consi-

incorrect measurements. The Court held that a clause allowing one party to select a measurer without the other party's agreement could not be regarded as an [TRANSLATION] "undertaking to arbitrate which is binding on the parties" (p. 473).

Most of the cases dealing with arbitration do so in a context different from that which concerns us here.

Academic opinion in Quebec has also displayed little interest concerning the issue at bar. The *Civil Code* commentators did not examine arbitration, which at the time was a procedural matter. (Mignault, *Le droit civil canadien*, vols. 1 to 9, 1895 to 1916; Langelier, *Cours de droit civil*, vols. 1 to 6, 1905 to 1911, and *Traité de Droit civil du Québec*, vols. 1 to 15, 1942 to 1958.)

In procedural matters, the annotated codes do not deal with the issue at bar nor do modern commentators (Mignault, *Code de procédure civile du Bas-Canada annoté* (1891); Martineau and Delfausse, *Code de procédure civile de la province de Québec annoté* (1899); Beullac, *Code de procédure civile de la province de Québec annoté* (1908); Gérin-Lajoie, *Code de procédure civile de la province de Québec annoté* (1920); Reid and Ferland, *Code de procédure civile annoté du Québec* (1981), vol. 2; Anctil, *Commentaires sur le Code de procédure civile avec tableaux synoptiques et formules* (1983), vol. 2; and Reid, *Code de procédure civile du Québec, complément jurisprudence et doctrine* (3<sup>e</sup> éd. 1987).

This lack of interest by our courts and academic commentators may be explained by the importance at the time of the debate on the validity of the undertaking to arbitrate, a matter settled by this Court in *Zodiak*, *supra*. This long period of legal uncertainty did nothing to encourage the use of this method of settling disputes. The fact remains however that, from the time of the definition of the submission in art. 1341 of the 1867 *Code of Civil Procedure* to which I referred above, there could be no submission without a dispute. This results not only from common sense, which is that without a dispute an arbitration is pointless, but from the provision itself which shows no ambiguity, espe-

dérant les mesures erronées, s'est pourvu en justice. La Cour a décidé qu'une clause qui permet à une partie, sans le concours de l'autre, de choisir un mesureur ne peut constituer une «clause compromissoire qui lie les parties» (p. 473).

La plupart des arrêts qui s'adressent à l'arbitrage le font dans un contexte différent qui n'est pas pertinent à notre propos.

La doctrine québécoise s'est, elle aussi, peu intéressée au problème soulevé en l'espèce. Les commentateurs du *Code civil* ne se sont pas arrêtés à l'arbitrage qui, à l'époque, relevait de la procédure. (Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 1 à 9, 1895 à 1916; Langelier, *Cours de droit civil*, t. 1 à 6, 1905 à 1911; et le *Traité de Droit civil du Québec*, t. 1 à 15, 1942 à 1958.)

En matière de procédure, les codes annotés ne traitent pas de la question non plus que les auteurs modernes (Mignault, *Code de procédure civile du Bas-Canada annoté* (1891); Martineau et Delfausse, *Code de procédure civile de la province de Québec annoté* (1899); Beullac, *Code de procédure civile de la province de Québec annoté* (1908); Gérin-Lajoie, *Code de procédure civile de la province de Québec annoté* (1920); Reid et Ferland, *Code de procédure civile annoté du Québec* (1981), vol. 2; Anctil, *Commentaires sur le Code de procédure civile avec tableaux synoptiques et formules* (1983), t. 2; et Reid, *Code de procédure civile du Québec, complément jurisprudence et doctrine* (3<sup>e</sup> éd. 1987).

Ce peu d'intérêt de notre jurisprudence et notre doctrine s'expliquent possiblement par la grande place occupée à l'époque par le débat portant sur la validité de la clause compromissoire, débat réglé par cette Cour dans l'arrêt *Zodiak*, précité. Cette longue incertitude juridique n'était certes pas de nature à favoriser le recours à ce mode de règlement des différends. Il reste toutefois qu'à partir de la définition du compromis de l'art. 1341 du *Code de procédure civile* de 1867, que j'ai cité plus haut, il ne saurait y avoir de compromis sans différend. Ceci résulte non seulement du sens commun qui veut que sans différend, l'arbitrage n'a pas d'objet, mais du texte même qui ne pré-

cially if we refer to its English version, and from the interpretation given to it by the courts.

Although the debate has centered on the validity of the undertaking to arbitrate, a good illustration is provided by *Corporation du Village de Tadoussac v. Brisson*, [1959] Q.B. 644. The deed of sale of a piece of land provided that the buyer would keep the seller in its employ unless three arbitrators selected by the parties dismissed him. The seller was dismissed and sued the buyer which, in turn, argued that it did not have to undertake arbitration because the agreement in this regard did not meet the requirements of the *Code of Civil Procedure*. In the course of his judgment for the Court, Taschereau J. said at p. 649:

[TRANSLATION] However, as can be seen, the chapter of the Code of Civil Procedure dealing with the submission applies only where a dispute already exists between the parties or is about to occur. In the case at bar the parties agreed to submit to the jurisdiction of an arbitrator to settle a future event. This is accordingly not the submission contemplated by art. 1431 C.C.P.

Similar comments are to be found in *McKay v. Mackedie* (1897), 11 C.S. 513, at p. 515, and *Chamberland v. Corporation du Village de Mont-Joli* (1936), 74 C.S. 529, at p. 531, and in Johnson, *op. cit.*, at p. 16:

By force of art. 1431 C.P., a submission or *compromis* is entered upon "in order to prevent or to put an end to a lawsuit".

It is not necessary that a lawsuit be actually threatened or existing. Article 1434 requires that the submission must state the "object of dispute". In a word, there must be some defined and disputed or disputable *différend* involving adverse interests, susceptible of leading to litigation. It is said that the dispute must be *né*, a live and existing difference calling for adjustment. If it is not *né*, there is nothing to decide, no object.

The contracting parties may certainly make a third party responsible for arriving at a final and binding determination of one of the components of a contract. The most common example is, of course, the setting of a price in a contract of sale. If, however, such determination does not result in

sente aucune ambiguïté, particulièrement lorsqu'on s'en rapporte à sa version anglaise, et aussi de l'interprétation qu'en ont donnée les tribunaux.

Malgré que le débat ait porté sur la validité de la clause compromissoire, l'arrêt *Corporation du Village de Tadoussac v. Brisson*, [1959] B.R. 644, en fournit une bonne illustration. L'acte de vente d'un terrain stipulait que l'acheteur devait garder le vendeur à son emploi à moins que trois arbitres, choisis par les parties, ne le démettent de ses fonctions. Suspendu, le vendeur poursuivit l'acheteur qui plaida ne pas être tenu à l'arbitrage parce que la convention à cet égard n'était pas conforme aux dispositions du *Code de procédure civile*. Dans le cours du jugement rendu au nom de la Cour, le juge Taschereau affirmait à la p. 649:

Mais, comme on le voit, le chapitre du Code de procédure civile concernant le compromis ne s'applique que dans le cas où une contestation entre les parties existe déjà ou est sur le point de naître. Or, dans l'espèce, les parties ont convenu de se soumettre à la juridiction arbitrale pour régler un événement futur. En conséquence, il ne s'agit pas du compromis prévu à l'art. 1431 C.P.

On retrouve des commentaires au même effet dans les affaires *McKay v. Mackedie* (1897), 11 C.S. 513 à la p. 515, et *Chamberland v. Corporation du Village de Mont-Joli* (1936), 74 C.S. 529, à la p. 531, ainsi que dans Johnson, *op. cit.*, à la p. 16:

[TRADUCTION] Aux termes de l'art. 1431 C.P., un compromis est fait «pour éviter un litige ou y mettre fin».

Il n'est pas nécessaire qu'il y ait menace de poursuites ou que des poursuites aient effectivement été intentées. L'article 1434 exige que le compromis fasse état de l'«objet en litige». En un mot, il doit exister un différend précis, contesté ou contestable, mettant aux prises des intérêts opposés et susceptible d'entraîner un recours en justice. On affirme que le différend doit être né, ce qui fait toute la différence. S'il n'est pas né, il n'y a rien à trancher, il n'y a pas d'objet.

Il est certes loisible à des parties contractantes de confier à une tierce partie la tâche de déterminer définitivement et obligatoirement l'un des éléments d'un contrat. L'exemple le plus courant a évidemment trait à la fixation du prix en matière de contrat de vente. Il ne saurait cependant être

a dispute and the contract does not disclose an intention of the parties to submit such dispute to the strict judicial investigation of an arbitrator, there can be no question of arbitration.

In *Beaudoin v. Rodrigue*, [1952] Q.B. 83, the Court of Queen's Bench, while finding that there was no sale because the price was not stated in the contract, nonetheless held, like Pothier, that it will suffice if the price can be determined by "an arbitrator or by experts". However, in that case the Court did not make a decision as to the status of the third party responsible for determining the selling price. The Chief Justice of the Quebec Court of Appeal came to a similar conclusion in *St-Raymond Paper Ltd. c. Campeau Corp.*, Mtl. C.A., No. 500-09-000639-765, November 17, 1976, not reported, cited in *Rindress c. Cie de Charlevoix Ltée*, [1983] C.S. 897, at p. 900 (judgment appealed, No. 500-09-001019-835). Pourcellet, *La vente* (5<sup>e</sup> éd. 1987), at p. 80, and Rousseau-Houle, *Précis de droit de la vente et du louage* (2<sup>e</sup> éd. 1986), at p. 81, are of the same opinion. This mechanism, which is not expressly provided for in the *Civil Code of Lower Canada*, does however exist in art. 1592 of the French *Code civil*, which states that the price [TRANSLATION] "... may be left to the arbitration of a third party; if the third party is unwilling or unable to make an estimate, there is no sale". The interpretation of this article has caused some difficulty in France, because of the use of the word "arbitration" in a provision which is more similar to an expert opinion than a true arbitration. Commentators now consider that this procedure cannot be regarded as arbitration, since the parties have not agreed, as stated in art. 1592 of the French Code, to submit a present and existing dispute to the jurisdiction of a third party. Robert, *L'arbitrage: droit interne, droit international privé* (5<sup>e</sup> éd. 1983), says at p. 7:

[TRANSLATION] It is beyond question that the cause of the two possible types of intervention is different. In the (broad) case of art. 1592, the joint action of the parties is indicated by their intent to be bound by contractual obligations. In the case of arbitration, the existence of a common intent is found only when a difference of opinion arises as to the existence of a right,

question d'arbitrage si la détermination d'un élément du contrat ne résulte pas de la survenance d'un différend et de la volonté des parties de soumettre ce différend au pouvoir juridictionnel d'un arbitre.

Dans l'arrêt *Beaudoin v. Rodrigue*, [1952] B.R. 83, la Cour du Banc de la Reine, tout en déclarant qu'il n'y avait pas eu vente faute de mention du prix au contrat, affirmait néanmoins, à l'instar de Pothier, qu'il suffit que le prix puisse être déterminé par «un arbitre ou par des experts». Il ne s'agissait toutefois pas dans cette affaire de qualifier le statut de ce tiers chargé de déterminer le prix de vente. Le Juge en chef de la Cour d'appel du Québec s'exprimait dans le même sens dans *St-Raymond Paper Ltd. c. Campeau Corp.*, C.A. Mtl., n° 500-09-000639-765, le 17 novembre 1976, non rapporté, cité dans *Rindress c. Cie de Charlevoix Ltée*, [1983] C.S. 897, à la p. 900 (jugement porté en appel, n° 500-09-001019-835). Pourcellet, *La vente* (5<sup>e</sup> éd. 1987), à la p. 80, et Rousseau-Houle, *Précis du droit de la vente et du louage* (2<sup>e</sup> éd. 1986), à la p. 81, partagent la même opinion. Ce mécanisme, qui n'est pas expressément prévu au *Code civil du Bas-Canada*, se retrouve cependant à l'art. 1592 du *Code civil* français qui énonce que le prix «... peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente». L'interprétation de cet article a soulevé en France certaines difficultés résultant de l'emploi du terme «arbitrage» dans une disposition qui correspond plus à une expertise qu'à un véritable arbitrage. Aujourd'hui, la doctrine enseigne que cette procédure ne peut être qualifiée d'arbitrage puisque les parties n'entendent pas, aux termes de l'art. 1592 du Code français, soumettre un différend né et actuel à la juridiction d'un tiers. Robert, *L'arbitrage: droit interne, droit international privé* (5<sup>e</sup> éd. 1983), affirme à la p. 7:

Il est bien certain que la cause des deux types possibles d'intervention est différente. Dans le cas (étendu) de l'article 1592, le concours des parties s'établit dans leur volonté d'être liées par des obligations synallagmatiques. S'agissant de l'arbitrage, la communauté de volontés ne s'établit qu'à partir d'un constat de divergence

which then gives rise to the intent to resolve that difference.

I note here that French commentators distinguish "contractual" from "jurisdictional" arbitration, the first applying to the clarification or revision of a contract and the second to arbitration as such, the purpose of which is to resolve a dispute. This terminology, which derives from art. 1592 of the French *Code civil*, does not apply in Quebec since the French art. 1592 has no equivalent in the *Code of Civil Procedure* or the *Civil Code*. The question here is not whether the recourse to a third party to determine one of the components of a contract is lawful—that is well established—but whether the agreement of the parties in this regard results in an arbitration. Professor Brierley properly points out:

[TRANSLATION] **15. Completion and Revision of Contracts**

40. Contracting parties may provide for the intervention of a third party, designated an "arbitrator" or otherwise, whose function is to provide a part of the contract in order to perfect or to revise it. This part may be necessary to its initial formation or to its subsequent revision, so that in the long term the contract can continue to be binding on the parties.

41. The technique is covered by the wording of art. 1592 of the French *Code civil*, which provides that in a contract of sale the price can be left to the "arbitration of a third party". The article also states that if the third party does not make an estimate, there will be no sale. Clearly, the reason is that no sale will exist in that case since the setting of a price is essential for it to be perfected. This technique may be extended to other areas, such as rentals, where it may be necessary to revise the amount of the rental.

42. There is no comparable provision in the *Civil Code of Lower Canada*, but the absence of any provision is not an obstacle to the inclusion of such a clause under the general rules of contract law. This has already been quite properly held by the Court of Appeal. The question then is not whether such a clause is lawful, but as to its legal effects. Is the arbitration of a part of a contract, such as the setting of a price, arbitration consistent with the rules of arbitration in question here?

43. The temptation at once arises to see in this not an arbitration but a request to a common mandatary of the

quant à l'existence d'un droit, qui donne sa cause à la volonté de trancher cette divergence.

Je note ici que les auteurs français distinguent l'arbitrage «contractuel» de l'arbitrage «juridictionnel», le premier s'appliquant à la perfection ou révision d'un contrat, le second visant l'arbitrage proprement dit, dont la fonction est de trancher un différend. Cette terminologie, qui découle de l'art. 1592 du *Code civil* français, ne s'impose pas au Québec puisque l'art. 1592 français n'a pas son pendant au *Code de procédure civile* ni au *Code civil*. La question, en effet, n'est pas ici de savoir si le recours à un tiers pour déterminer l'un des éléments d'un contrat est ou non licite, ceci est bien établi, mais plutôt de savoir si la convention des parties à cet égard constitue ou non un arbitrage comme le souligne avec justesse le professeur Brierley:

**15. Perfection et révision des contrats**

40. Des parties contractantes peuvent pourvoir à l'intervention d'une tierce personne, nommée «arbitre» ou autrement, dont la fonction consiste à fournir un élément du contrat afin de le perfectionner ou de le réviser. Cet élément pourrait être nécessaire à sa formation initiale ou encore à sa révision subséquente afin que le contrat à long terme puisse continuer à régir les parties.

41. La technique est envisagée dans le texte de l'article 1592 du *Code civil français*, qui dispose que le prix, dans le contrat de vente, peut être laissé à «l'arbitrage d'un tiers». L'article précise aussi que, si le tiers ne fait pas l'estimation, il n'y a point de vente. La raison en est, on le sait, qu'il n'y a pas alors de vente, puisque la précision du prix est essentielle à son perfectionnement. Cette technique pourrait être étendue à d'autres domaines, le louage par exemple, où il s'agirait de réviser le montant du loyer.

42. Il n'y a pas de texte comparable dans le *Code civil du Bas-Canada*, mais l'absence de texte ne fait pas obstacle à l'inclusion d'une telle clause selon les principes généraux du droit contractuel. Il en a déjà été décidé ainsi, et avec raison, par la Cour d'appel. La question n'est pas alors de savoir si une telle clause est licite mais plutôt de préciser ses effets juridiques. En effet, l'arbitrage d'un élément d'un contrat, par exemple l'estimation du prix, constitue-t-il un arbitrage soumis aux articles du régime de l'arbitrage qui nous intéresse?

43. D'emblée, on serait tenté de voir, plutôt qu'un arbitrage, une expertise confiée à un mandataire

parties for an expert opinion. This would accordingly be an expert opinion accepted in advance by the parties, which agreed that whatever conclusion the expert arrived at would be binding on them. In such a case the function of the so-called "arbitrator" would be characterized as "legislative" rather than "decisional". An arbitrator, on the other hand, who may also be an expert, performs a judicial function: he *decides* a dispute referred to him, after observing, as an ordinary judge would do, the requirement that both sides be heard, that is, after hearing evidence and argument concerning a disputed relationship.

(Brierley, "La convention d'arbitrage en droit québécois interne", [1987] *C.P. du N.* 507, at pp. 535-36.)

If nothing prevents recourse to a third party to determine a component of the contract, as here, for that third party to be classified as an arbitrator with all the resulting legal consequences, it is essential for the agreement of the parties to contain the components of a submission, whether or not this submission is the result of an undertaking to arbitrate. The search for the components of a submission naturally does not present any difficulty when the parties have clearly indicated their intent to have the dispute between them arbitrated, and have clearly identified that dispute. The failure of the parties to express themselves clearly in this regard, as often happens, has resulted in the development, at common law as well as in French and Quebec law, of various means of determining the true nature of the "mission" they intended to give the third party, the nature and extent of whose powers will only be a corollary of that mission. It has to be recognized that, except for the observations of Brierley, neither the courts nor academic writers have drawn a very clear line of demarcation between the various possible types of intervention. This is particularly true of expert opinions as compared with arbitration. Referring nevertheless to the definition of a submission in art. 1341 of the 1867 *Code of Civil Procedure* and to the old French law sources on which it is based, as well as to arts. 940 and 951, introduced in the 1965 revision, it would appear that arbitration as seen by the Quebec legislator at the time, and in my opinion even since the 1986 amendments, is the end result of a process which necessarily involves

commun des parties. Il s'agirait ainsi d'une expertise acceptée à l'avance par les parties qui auraient convenu que le résultat auquel l'expert arriverait serait, pour elles, obligatoire. La fonction du soi-disant «arbitre» serait dans ce cas qualifiée de «législative» plutôt que «décisionnelle». L'arbitre, par contre, qui pourrait être lui aussi un expert, remplit une fonction judiciaire: il *juge* un différend à lui déféré, après avoir observé, comme un juge ordinaire l'aurait fait, le principe du contradictoire, c'est-à-dire après avoir reçu les preuves et arguments au sujet d'un rapport conflictuel.

(Brierley, «La convention d'arbitrage en droit québécois interne», [1987] *C.P. du N.* 507, aux pp. 535 et 536.)

Si rien ne s'oppose à ce qu'on ait recours à un tiers pour établir un élément du contrat, comme c'est le cas ici, pour que ce tiers puisse être qualifié d'arbitre avec toutes les conséquences juridiques que ceci implique, il est essentiel que se retrouvent à la convention des parties les éléments d'un compromis, ce compromis fût-il ou non le résultat d'une clause compromissoire. Cette recherche des éléments d'un compromis ne pose évidemment aucune difficulté lorsque les parties ont clairement indiqué leur intention de faire arbitrer le différend qui les oppose, différend qu'elles ont clairement identifié. Le défaut des parties de s'exprimer clairement à ce sujet, comme c'est souvent le cas, a donné lieu à l'élaboration, en *common law* comme en droit français et en droit québécois, de divers moyens susceptibles de déterminer la nature véritable de la «mission» qu'elles ont entendu confier à ce tiers dont la nature et l'étendue des pouvoirs ne seront que le corollaire. Parmi les nombreux types d'intervention possibles, à l'exception des propos tenus par Brierley, force nous est d'admettre que ni la jurisprudence ni la doctrine ne tracent une ligne de démarcation très nette. Ceci est particulièrement vrai de l'expertise par rapport à l'arbitrage. Nous reportant néanmoins à la définition du compromis de l'art. 1341 du *Code de procédure civile* de 1867 et aux sources de l'ancien droit français dont il est inspiré ainsi qu'aux art. 940 et 951 introduits lors de la refonte de 1965, la conclusion semble s'imposer que l'arbitrage, tel que conçu par le législateur québécois à l'époque et à mon avis même depuis les modifications de 1986, est l'aboutissement

the parties' making a submission, whether following an undertaking to arbitrate or not. The first condition of the submission stage is the existence of a dispute. If the parties simply intended to avoid a possible dispute, the situation is not one of submission. However, once a dispute has arisen, they may have agreed to submit to the arbitration of a third party pursuant to an undertaking to arbitrate—the prerequisite to a submission. I will make further reference to this below. For the moment, suffice it to say that if there is no existing dispute, we cannot speak of arbitration.

Beyond the requirement of a clearly identified dispute which will be the subject of the arbitration, the parties must have undertaken to submit that dispute to a third party, and I think it is crucial to identify the precise function the parties intended to entrust to this third party under their agreement and in the circumstances of each case. This intent may be inferred from the rules developed by academic writers and the courts in Quebec and in France, as the sources of both systems are equally derived from old French law and the evolution of the provisions of both systems on the matter has taken the same course.

I will review some of these criteria, which though useful are neither exhaustive nor conclusive, but may serve as a guide in determining an intent which is often far from easy to identify. The language used by the parties may indicate their intent to submit a dispute either to arbitration or to an expert opinion. For example, the title given to the contract, the fact that the same word is used uniformly in various documents or the absence of any reference to one procedure rather than another may be taken into consideration in deciding the nature of the process contemplated by the parties. However, the courts are not bound by the terms chosen deliberately or otherwise by the parties, as these terms may well not correspond to the true intent appearing from other criteria.

One of the principal aspects that emerges from an analysis of the *Code of Civil Procedure*, academic opinion and the case law is the similarity that must exist between arbitration and the judi-

tissement d'un processus qui implique nécessairement que les parties passent compromis, suite ou non à une clause compromissoire. Or l'étape du compromis nécessite, comme première condition, l'existence d'un différend. Si les parties ont simplement envisagé d'éviter une dispute éventuelle, il ne s'agit pas d'un arbitrage. Cependant, elles ont pu convenir de se soumettre éventuellement à l'arbitrage d'un tiers, une fois le différend né, par le biais d'une clause compromissoire, étape préliminaire à l'arbitrage. J'y reviendrai. Pour le moment, il suffit de dire qu'en l'absence d'un différend né, on ne saurait parler d'arbitrage.

Au-delà de la nécessité d'un différend bien identifié qui fera l'objet de l'arbitrage, les parties doivent s'être obligées à soumettre ce différend à un tiers dont il m'apparaît crucial d'identifier la fonction précise que les parties ont entendu lui confier au regard des termes de leur entente et des circonstances de chaque espèce. Cette intention pourra s'inférer des critères dégagés par la doctrine et la jurisprudence tant au Québec qu'en France, les sources de notre droit étant identiquement tributaires de l'ancien droit français et l'évolution de nos dispositions en la matière ayant suivi la même courbe.

Je me permets de rappeler certains de ces critères qui, s'ils sont utiles, ne sont ni exhaustifs ni déterminants mais peuvent servir de guide dans la recherche d'une intention qu'il sera souvent loin d'être facile de dégager. Le langage utilisé par les parties peut être indicatif de leur volonté de soumettre un différend à l'arbitrage ou à l'expertise. Par exemple, le titre donné au contrat, le fait que le même terme soit employé de façon uniforme dans les divers documents ou encore l'absence de référence à une procédure plutôt qu'à une autre peuvent être pris en considération dans la qualification du mécanisme envisagé par les parties. Toutefois, les tribunaux ne sont pas liés par les termes choisis consciemment ou non par les parties, termes qui peuvent fort bien ne pas correspondre à l'intention véritable qui se dégage d'autres critères.

L'un des aspects principaux qui ressort de l'analyse du *Code de procédure civile*, de la doctrine et de la jurisprudence est la similitude que doit avoir l'arbitrage avec le processus judiciaire. Plus la

cial process. The greater the similarity, the greater the likelihood that reference to a third party will be characterized as arbitration. The facts that the parties have the right to be heard, to argue, to present testimonial or documentary evidence, that lawyers are present at the hearing and that the third party delivers an arbitration award with reasons establish a closer likeness to the adversarial process than the expert opinion and tend to establish that the parties meant to submit to arbitration. The fact that the decision is final and binding is also indicative of an arbitration, but contrary to what was argued by respondents, that criterion is not exclusive to arbitration.

The function assigned to the third party is indicative of the status conferred on him by the parties. If the third party has to decide between opposing arguments presented by the parties on a given point, we are much closer to arbitration. If, however, the parties call on a third party solely to supply a necessary component of the contract, it is less certain that they intended to submit a present dispute to the third party, but rather tried to ensure that such a dispute did not arise, unless there are other criteria to the contrary. In the same vein, is the third party called on to make a decision in light of his personal knowledge or must he choose among the various positions put forward by the parties concerned? In the first case, the situation will probably be one of an expert opinion, while in the second it will probably be an arbitration.

Moreover, if the third party is to be an arbitrator, he cannot act as the mandatary of one of the parties. For example, the fact that he has a special connection with one of them or that he is paid by only one of them seems inconsistent with the concept of impartiality, a fundamental characteristic of arbitration. Compliance by the parties with the mandatory provisions of the Code is an essential condition of arbitration. At the time the submission had, *inter alia*, to be in writing and contain the requirements set out in the old art. 941 of the *Code of Civil Procedure* (now art. 1926.3 C.C.L.C.); there had to be one or three arbitrators (art. 941 C.C.P.); the parties could not undertake to arbitrate the matters listed in art. 940 of the

similarité est grande, plus la probabilité que le recours au tiers soit qualifié d'arbitrage augmente. La possibilité pour les parties d'être entendues, de plaider, de présenter une preuve, testimoniale ou documentaire, la présence d'avocats lors de l'enquête, le fait que le tiers rende une sentence arbitrale motivée participent beaucoup plus du contradictoire que de l'expertise et tendent à démontrer la volonté des parties de se soumettre à un arbitrage. Le fait que la décision soit finale et obligatoire est également indicatif d'un arbitrage, mais, contrairement à ce que prétendent les intimés, n'en constitue pas l'apanage exclusif.

Le rôle confié au tiers est indicatif du statut que lui ont conféré les parties. Si le tiers doit juger entre des prétentions contradictoires sur un point donné, nous sommes beaucoup plus près de l'arbitrage. Par ailleurs, si les parties ont fait appel à un tiers uniquement afin de compléter un élément du contrat, il est moins certain qu'elles aient entendu soumettre un différend né à ce tiers mais elles ont plutôt voulu éviter la naissance d'un tel différend, à moins d'autres critères à l'effet contraire. Dans la même veine, le tiers est-il appelé à décider en fonction de ses connaissances personnelles ou doit-il plutôt choisir entre les diverses positions soutenues par les parties en présence? Dans la première hypothèse, il s'agit vraisemblablement d'une expertise alors que dans la seconde on serait tenté d'y voir un arbitrage.

D'autre part, le tiers, pour être arbitre, ne saurait agir à titre de mandataire de l'une des parties. Par exemple, le fait qu'il détienne des liens particuliers avec l'une d'elles ou encore qu'il soit rémunéré par l'une d'elles seulement semble incompatible avec le concept d'impartialité, caractéristique fondamentale de l'arbitrage. Le respect par les parties des dispositions impératives du Code est une condition essentielle de l'arbitrage. Entre autres, à l'époque, le compromis devait être constaté par écrit et se conformer aux exigences prévues à l'ancien art. 941 du *Code de procédure civile* (aujourd'hui l'art. 1926.3 C.C.B.-C.); les arbitres devaient être au nombre de un ou trois (art. 941 C.p.c.); les parties ne pouvaient compro-

*Code of Civil Procedure* (now art. 1926.2 C.C.L.C.); the arbitral award had to be supported by reasons and signed (art. 948 C.C.P., now art. 945.2 C.C.P.)

All these criteria are means of determining the true intent of the parties. However, a caveat is necessary at this point. The foregoing criteria are not necessarily exhaustive, nor are they mutually exclusive, in the sense that they may occur together and even merge into one another. They do not all have to be existing, still less be unanimously in favour of one position or another. The criteria, as their name suggests, are in fact only tools used to determine the intention disclosed by the documents and other instruments, in order to establish the function the parties actually meant to assign to the third party chosen by them.

It goes without saying that I only rule on these criteria, developed from Quebec law and French law, in the context of Quebec civil law.

#### 8— *Analysis*

The foregoing must now be applied to the facts of the case at bar so as to determine whether agreement P-1, signed on December 17, 1982, and in particular clause 2.01, read together with the letter of the same date from CCM to appellant (Exhibit DP-1), the letter of January 20 from CCM to respondents (Exhibit P-4) and the letter of respondents dated the same day to CCM and Gestion R.A.D. (Exhibit P-3) contain an agreement to arbitrate or simply an agreement to obtain a professional opinion from a common mandatary.

As was pointed out by LeBel J.A., the wording of the agreements and the exchange of correspondence between the parties contain [TRANSLATION] "obscurities which make it difficult to categorize appellants' function in legal terms" (p. 392).

Did a dispute exist between the parties?

When the purchase offers were signed, there was no dispute yet between the parties as to the

mettre sur les matières énumérées à l'art. 940 du *Code de procédure civile* (aujourd'hui l'art. 1926.2 C.c.B.-C.); la sentence arbitrale devait être motivée et signée (l'art. 948 C.p.c., aujourd'hui l'art. 945.2 C.p.c.)

Tous ces critères permettent de déceler l'intention véritable des parties. Une mise en garde s'impose toutefois. Si les critères énumérés ci-dessus ne sont pas nécessairement exhaustifs, ils ne sont pas non plus mutuellement exclusifs en ce sens qu'ils peuvent s'intégrer et même se fondre les uns dans les autres. Il n'est pas nécessaire qu'ils soient tous présents et encore moins qu'ils concordent en faveur d'une position ou d'une autre. Les critères ne sont en fait que des outils servant à cerner l'intention qui se dégage des documents et autres instruments pour déterminer quelle tâche les parties ont véritablement voulu confier au tiers qu'elles ont choisi.

Il va sans dire que je ne me prononce, quant à ces critères, développés à partir du droit québécois et du droit français, que dans le contexte du droit civil québécois.

#### 8— *Analyse*

Il y a lieu maintenant d'appliquer ces données aux faits de l'espèce afin de déterminer si la convention P-1 signée le 17 décembre 1982, et en particulier la clause 2.01 lue en conjonction avec la lettre du même jour de CCM à l'appelante (Pièce DP-1), la lettre du 20 janvier de CCM aux intimés (Pièce P-4) et celle des intimés datée du même jour adressée à CCM et Gestion R.A.D. (Pièce P-3), contiennent une convention d'arbitrage (clause compromissoire ou compromis) ou simplement une entente en vue d'obtenir une opinion professionnelle d'un mandataire commun.

Comme le souligne le juge LeBel de la Cour d'appel, la rédaction des conventions et les échanges de correspondance entre les parties comportent «des obscurités qui ne rendent pas facile la qualification juridique de la fonction des appelants» (p. 392).

Existait-il un différend né entre les parties?

Lors de la signature des offres d'achat, aucun différend n'opposait encore les parties quant à la

value of the stock in the Winter Goods Division. The parties had not yet done an inventory, and *a fortiori*, had not valued it. The primary purpose of clause 2.01 was to establish a process allowing the parties to determine one of the essential components of the contract, namely the price.

Disagreement as to the value of the inventory only arose once the transaction had been completed, that is after the valuation had been checked by respondents on January 20, 1983. Until that time, no dispute could have existed between the parties since the valuation was not complete, so that neither appellant nor the other parties involved would have had the information necessary to challenge the value assigned to the inventory.

There was so little dispute between the parties at that date that appellant paid the agreed selling price of \$3,798,000 on the basis of the certificate issued by respondents. It was not until after appellant took possession of the inventory that it allegedly found the value of the latter to be less than certified by respondents.

Was there before that date a potential dispute or one that was about to arise, as respondents maintained? While any agreement contains the germ of a possible dispute, that is not the criterion we must use in determining the existence of the arbitration mechanism. There must be a measure of reality to the possibility, a basis in fact. At the time the parties entered into their contract, they clearly did not have a dispute in mind: indeed, in accepting the certificate offered by the seller, appellant made certain, or thought it had made certain, there would be no dispute. It is hard to see what other reason or necessity there could have been for such a certificate, except to be a guarantee to the buyer, which did not have possession of the inventory and was not in a position to value it, of the accuracy of the amount represented by the seller, which formed the selling price.

If at the time appellant signed the deed of sale it had foreseen the likelihood of a dispute about the price of the inventory sold, would it have relied on the seller's auditors, paid by the seller, and given it

valeur des stocks du «Winter Goods Division». Les parties n'avaient pas encore procédé à l'inventaire et, *a fortiori*, ne l'avaient pas évalué. L'objet de la clause 2.01 visait en premier lieu à instituer un mécanisme permettant aux parties de déterminer l'un des éléments essentiels du contrat, c'est-à-dire le prix.

Le désaccord quant à la valeur des stocks n'est survenu qu'une fois l'achat complété, soit après que l'évaluation eut été vérifiée par les intimés, le 20 janvier 1983. Avant cette date, aucun différend ne pouvait exister entre les parties puisque l'évaluation n'était pas complète, de telle sorte que ni l'appelante, ni les autres parties en cause ne détenaient les données nécessaires leur donnant la possibilité de contester la valeur attribuée à l'inventaire.

Il existait si peu de différend entre les parties à cette date que l'appelante, sur la foi du certificat délivré par les intimés, acquitta le prix de vente convenu de 3 798 000 \$. Ce n'est qu'après que l'appelante eut pris possession des stocks qu'elle constata, selon ses prétentions, que leur valeur était inférieure à celle certifiée par les intimés.

Existait-il, avant cette date, un différend éventuel ou sur le point de naître comme le prétendent les intimés? Si on peut dire que toute entente porte en soi le germe d'une dispute éventuelle, ce n'est toutefois pas là le critère qui doit nous guider pour déterminer de la mise en marche du mécanisme de l'arbitrage. Cette éventualité doit avoir un air de réalité, une base dans les faits. Au moment où les parties ont contracté, elles n'envisageaient sûrement pas un différend si peu en fait qu'en acceptant le certificat que lui proposait le vendeur, l'appelante s'assurait qu'il n'y aurait pas de différend ou du moins a cru l'assurer. On ne voit pas autrement la raison ou la nécessité de tel certificat si ce n'est qu'il s'avérerait une garantie pour l'acheteur, non en possession du stock et non en mesure de l'évaluer, de l'exactitude du montant, représenté par le vendeur, qui constituait le prix de vente.

Si l'appelante s'était trouvée, au moment de la signature de l'acte de vente, devant l'éventualité d'un différend relativement au prix des stocks vendus, peut-on concevoir qu'elle s'en serait remise

the responsibility of resolving the dispute impartially in accordance with the rules inherent in arbitral awards? This is one of the rare cases where this intent can be verified from the clause in the contract which the parties later deleted: in the event of a dispute clearly identified the clause provided for the impartiality of an arbitrator, and the appointment of another arbitrator selected by appellant, the two arbitrators having the right in certain circumstances to appoint a third. I reproduce this clause below.

In my opinion it follows from this that neither at the time they signed their agreement nor when respondents intervened was there any dispute or potential dispute between the parties that could be the subject of a submission. Accordingly, it is not possible to speak of an arbitration here.

Strictly speaking, this is conclusive. If however it is really necessary to determine the parties' intent, an exercise which the parties themselves asked the Court to undertake, an analysis of the agreements concluded confirms that no dispute existed between them and that, in any case, the parties did not intend to submit such a dispute to the arbitration of respondents.

None of the documents containing the agreement uses the words "arbitrators" or "arbitration" or refers to any other expression suggesting arbitration. On the contrary, in the agreement initialled by the parties (Exhibit P-1), the heading under which clause 2.01 occurs is entitled "Valuation of Inventory" and in it the parties state that the inventory will be "counted or verified by representatives of CCM Inc., the Vendor and the Purchaser and shall be valued by CCM Inc., the Vendor and the Purchaser ... to be reviewed by CCM Inc.'s auditors, Messrs. Zitrer, Siblin, Stein & Levine, Chartered Accountants, who shall ... deliver a written opinion ... to the effect that such inventory count and valuation is fairly presented ... the whole at the cost of CCM Inc. Upon delivery of such opinion ..." (Emphasis added.)

The letter of December 17, 1982 (Exhibit DP-1) uses the same word "valuation" in concluding

aux auditeurs de CCM, rémunérés par CCM, pour leur confier la tâche de trancher ce différend de façon impartiale en respectant les règles inhérentes aux décisions arbitrales? On peut ici, comme c'est rarement le cas, vérifier cette intention à partir de la clause du contrat que les parties ont par la suite biffée: dans l'éventualité d'un différend, qu'on mentionnait clairement, on s'assurait de l'impartialité de l'arbitre, et de la nomination d'un autre arbitre, choisi par l'appelante, les deux arbitres devant, dans une situation donnée, en nommer un troisième. Je reproduis cette clause plus loin.

À mon avis, il découle de ceci qu'il n'existait entre les parties, ni au moment de la signature de leur convention ni lors de l'intervention des intimés, aucun différend non plus qu'un différend éventuel qui puisse faire l'objet d'un compromis. On ne saurait donc parler d'arbitrage.

En principe ceci est déterminant. Si tant est toutefois qu'il soit nécessaire de dégager l'intention des parties, exercice auquel les parties elles-mêmes nous ont conviés, l'analyse des conventions intervenues confirme qu'il n'existait pas de différend entre elles et qu'à tout événement, les parties n'ont pas entendu se soumettre à l'arbitrage des intimés.

Aucune des pièces de l'entente n'emploie les termes «arbitres» ou «arbitrage» ou ne réfère à quelque autre expression impliquant l'idée d'arbitrage. Au contraire, dans l'entente paraphée par les parties (Pièce P-1), le titre sous lequel s'insère la clause 2.01 s'intitule [TRADUCTION] «Évaluation du stock» et les parties y déclarent que le stock sera [TRADUCTION] «compté ou vérifié par des représentants de CCM Inc., du vendeur et de l'acheteur et [sera] évalué par CCM Inc., le vendeur et l'acheteur [...] pour être] révisé[...] par les vérificateurs de CCM Inc., MM. Zitrer, Siblin, Stein & Levine, comptables agréés, qui [...] remettront un avis écrit [...] selon lequel le compte et l'évaluation du stock sont présentés de manière fidèle [...] le tout uniquement au frais de CCM Inc. À la remise d'une telle opinion ...» (Je souligne.)

La lettre du 17 décembre 1982 (Pièce DP-1) utilise les mêmes expressions [TRADUCTION] «éva-

"However, in determining the final valuation of ... the opinion of Messrs. Zittler ..." In their letter of January 20, 1983 (Exhibit P-3) the said respondents told the parties that "Our examination was made in accordance with generally accepted auditing standards ... In our opinion ... the valuation thereof ..." (Emphasis added.)

The language used by the parties *prima facie* resembles that of a request for an expert opinion.

It should be noted at this stage that the original agreement was modified. Certain conditions were added by hand in the margin of clause 2.01. For greater clarity, I again reproduce this clause with the handwritten notes inserted at the appropriate place, underlined and identified by square brackets.

2.01 Vendor and Purchaser hereby agree that the inventory described in Section 1.01 (a) above will be counted or verified by representatives of CCM Inc. the Vendor and the Purchaser and shall be valued by CCM Inc., the Vendor and the Purchaser on a going concern basis at the lower of cost or net realizable value and on a basis consistent with prior years, such count and valuation of the inventory described in Section 1.01 (a) to be reviewed by CCM Inc.'s auditors, Messrs. Zittler, Siblin, Stein & Levine, Chartered Accountants, [who shall take into consideration the representations of Sport Maska Inc. as to the valuation of the inventory and the said accountants shall] deliver a written opinion to CCM Inc., to the Vendor and the Purchaser to the effect that such inventory count and valuation is fairly presented [or should be modified or adjusted], the whole at the cost of CCM Inc. Upon delivery of such opinion, the inventory count and valuation shall be deemed to be definitively determined for all purposes in connection with this Offer.

These handwritten additions appear to result from the striking out of a paragraph which was in the original clause 2.01, and at first sight appeared to be a true undertaking to arbitrate. This paragraph read as follows:

In the event of a dispute between the parties with respect to the valuation as aforesaid, same shall be submitted to arbitration to Messrs. Zittler, Siblin et al and a firm of accountants appointed by Purchaser; the said firms shall then review the valuation and if the difference between them does not exceed One Hundred

luation» pour se terminer [TRADUCTION] «Toute-fois, pour fixer la valeur finale du [...] l'opinion de MM. Zittler ...» Ces mêmes intimés dans leur lettre du 20 janvier 1983 (Pièce P-3) informent les parties que [TRADUCTION] «Notre examen a été fait conformément aux normes de vérification généralement reconnues [...] À notre avis [...] l'évaluation ...» (Je souligne.)

Les termes utilisés par les parties tiennent *prima facie* de l'expertise.

Il importe de noter à ce stade que la convention originale a fait l'objet de modifications. Certaines conditions furent ajoutées à la main en marge de la clause 2.01. Pour une meilleure compréhension, je reproduis de nouveau cette dernière avec les notes manuscrites insérées à l'endroit approprié que je souligne et identifie par des crochets.

[TRADUCTION] 2.01 Le vendeur et l'acheteur acceptent par la présente que le stock décrit à la clause 1.01a) mentionnée précédemment soit compté ou vérifié par des représentants de CCM Inc., du vendeur et de l'acheteur et soit évalué par CCM Inc., le vendeur et l'acheteur selon la valeur d'exploitation au prix coûtant ou à la valeur de réalisation nette, selon ce qui sera le moins élevé, conformément aux années précédentes, que ce compte et cette évaluation du stock décrit à la clause 1.01a) soient révisés par les vérificateurs de CCM Inc., MM. Zittler, Siblin, Stein & Levine, comptables agréés, [qui tiendront compte des arguments de Sport Maska Inc. en ce qui concerne l'évaluation du stock et lesdits comptables] remettront un avis écrit à CCM Inc., au vendeur et à l'acheteur selon lequel le compte et l'évaluation du stock sont présentés de manière fidèle, [ou devraient être modifiés ou rajustés] le tout uniquement au frais de CCM Inc. À la remise d'une telle opinion, le compte et l'évaluation du stock sont présumés être déterminés de façon définitive en ce qui a trait à la présente offre.

Ces ajouts manuscrits semblent résulter de la suppression d'un paragraphe faisant partie de la clause 2.01 originale qui, de prime abord, constituait une véritable clause compromissoire. Ce paragraphe se lisait comme suit:

[TRADUCTION] En cas de dispute entre les parties en ce qui a trait à l'évaluation mentionnée précédemment, elle doit être soumise à l'arbitrage de MM. Zittler, Siblin et autres et d'un cabinet d'experts-comptables nommé par l'acheteur, lesdits cabinets doivent ensuite examiner l'évaluation et si la différence entre eux ne

Thousand Dollars (\$100,000.00), it shall be divided between the Vendor and the Purchaser, and, if it exceeds One Hundred Thousand Dollars (\$100,000.00), the said firms shall choose a third firm of accountants whose decision shall be binding on all parties. The cost of the arbitration shall be borne equally by the parties.

The last part of the last sentence in clause 2.01 was also deleted. It read as follows:

Upon delivery of such opinion, the inventory count and valuation shall be deemed to be definitively determined for all purposes in connection with this Offer, [provided same is concurred in by the Purchaser.]

The parties here deliberately rejected recourse to arbitration. It will be noted that the undertaking to arbitrate, which was deleted, resembled a submission, bringing an arbitration about, as it provided for the appointment of three arbitrators, division of costs and so on. I find it hard to see how, having ruled out arbitration, the parties could at the same time have chosen to resort to it.

In view of the bankrupt condition of CCM, it would appear that the time factor was an essential element of the sale of the inventory for its creditors and shareholders. The speed with which the sale was concluded supports this assumption. The purchase offer was completed on December 17, 1982 and the closing date set at January 21 following, implying that the inventory was to be finalized and the valuation completed by that date.

From this I conclude that the parties agreed to delete what might have constituted a true arbitration agreement, possibly in order to avoid any delay in concluding the contract or for some other reason which they did not see fit to explain.

The fact remains that, under the handwritten additions to clause 2.01, appellant could make representations regarding valuation of the inventory. It is paradoxical that appellant should be expressly given this right without its being extended to the other parties concerned in the transaction, namely CCM and Gestion R.A.D. Exhibit DP-1 adds to the confusion in that CCM agrees

dépasse pas cent mille dollars (100 000 \$), elle doit être divisée entre le vendeur et l'acheteur et si, elle dépasse cent mille dollars (100 000 \$), lesdits cabinets doivent choisir un troisième cabinet d'experts-comptables dont la décision sera obligatoire à l'égard de toutes les parties. Les frais de l'arbitrage seront divisés également entre les parties.

La dernière partie de la dernière phrase de la clause 2.01 a également été biffée. Elle se lisait ainsi:

[TRADUCTION] À la remise d'une telle opinion, le compte et l'évaluation du stock sont présumés être déterminés de façon définitive en ce qui a trait à la présente offre, [à la condition que l'acheteur soit d'accord].

Les parties ont ici délibérément écarté le recours à l'arbitrage. On remarque en effet que la clause compromissoire biffée tient, elle, du compromis, d'où s'ensuivra l'arbitrage en ce qu'elle prévoyait la nomination de trois arbitres, le partage des frais, etc. Il m'apparaît difficile de croire qu'ayant exclu l'arbitrage, les parties ont par la même occasion choisi d'y avoir recours.

Considérant l'état de faillite dans lequel se trouvait CCM, il appert que le facteur temps était pour les créanciers et actionnaires de cette dernière, un élément essentiel de la vente des stocks. La célérité avec laquelle s'est transigée la vente supporte cette hypothèse. En effet, l'offre d'achat fut complétée le 17 décembre 1982 et la date de clôture était fixée au 21 janvier suivant, impliquant que l'inventaire devait être terminé et l'évaluation complétée à cette date.

J'en conclus que les parties ont convenu de laisser tomber ce qui aurait pu constituer une convention d'arbitrage véritable, possiblement pour éviter tout délai dans la conclusion du contrat ou pour toute autre raison qu'elles n'ont pas jugé bon d'expliciter.

Il n'en demeure pas moins que l'appelante pouvait, en vertu des ajouts manuscrits à la clause 2.01, faire des représentations concernant l'évaluation de l'inventaire. Il est paradoxal que l'on accorde ce droit de façon expresse à l'appelante sans pour autant le permettre aux autres parties à la transaction, à savoir CCM et Gestion R.A.D. La pièce DP-1 ajoute à la confusion en ce que

that appellant can make representations not only to respondents, but to itself as well. Does this mean that CCM was thereby acting as arbitrator? The question suggests its answer. The opportunity to make representations, though an essential component of arbitration and of any judicial process, is not exclusive to them. Nothing forbid parties to a contract from making representations to the expert they chose in order to draw to his attention certain facts which might affect the outcome of the valuation.

Further, it is of the essence of an arbitration award that it be final and binding, except of course for recourses that may be permitted. However, the parties may agree to be bound by an expert's decision without his necessarily being an arbitrator. Various reasons may prompt the parties to act in this way. In the case at bar, for example, the necessity for speed imposed by the situation in which CCM found itself may have forced the parties to sell the inventory quickly. This may have created a necessity to ensure that the setting of the price, which in the circumstances was a complex operation, should be done so as not to prejudice completion of the contract within the agreed time limits.

Although appellant had an opportunity to make representations, there is nothing in the contract to indicate that respondents' function here was to exercise a judicial authority by choosing between several opposing positions: they were simply required to determine the accuracy of the valuation to be made by the parties, which as Chevalier J. stated (at p. 388), was in fact made by CCM. Far from settling a dispute, respondents, indirectly it is true, completed the contract of sale concluded between the parties by approving the valuation of the inventory so that the price payable could be determined.

Furthermore, respondents had a professional connection with one of the parties, CCM, as they acted as its auditors. Also, under clause 2.01 respondents' fees were to be paid by CCM in full. These two facts appear to me to conflict with the rules on arbitration in which, besides the absence of any connection between the parties, costs are

CCM permet (*agrees*) à l'appelante de faire des représentations non seulement aux intimés, mais également à elle-même. Doit-on en conclure pour autant que CCM agissait à titre d'arbitre? Poser la question c'est y répondre. L'opportunité de faire des représentations, bien qu'un élément essentiel de l'arbitrage et de tout processus judiciaire, ne leur est pas exclusive. Rien n'interdit aux parties ayant recours à un expert de lui faire des représentations afin de porter à sa connaissance certains faits susceptibles d'influer sur le résultat de l'évaluation.

Par ailleurs, il est de l'essence d'une sentence arbitrale qu'elle soit définitive et obligatoire sauf évidemment les recours prévus. Cependant, les parties peuvent convenir d'être liées par la décision d'un expert sans pour autant que celui-ci ne soit nécessairement un arbitre. Divers motifs peuvent inciter les parties à procéder ainsi. En l'espèce, par exemple, les impératifs de célérité imposés par la situation dans laquelle se trouvait CCM ont pu amener les parties à vouloir conclure rapidement la vente des stocks. De là, la nécessité de s'assurer que la détermination du prix, opération complexe en l'espèce, s'accomplisse de façon à ne pas préjudicier au parachèvement du contrat dans les délais prescrits.

Quoique l'appelante ait eu la possibilité de faire des représentations, rien au contrat n'indique que le rôle des intimés consistait ici à exercer un pouvoir juridictionnel en optant entre plusieurs positions contradictoires; leur tâche se bornait à vérifier l'exactitude de l'évaluation devant être effectuée par les parties mais qui, tel que l'affirme le juge Chevalier (p. 388), fut faite par CCM. Plutôt que de trancher un différend, les intimés ont, indirectement sans doute, complété le contrat de vente intervenu entre les parties en ratifiant l'évaluation de l'inventaire afin de fixer le prix à payer.

D'autre part, les intimés entretenaient un lien professionnel avec l'une des parties, CCM, en agissant à titre d'auditeurs de cette dernière. Également, les honoraires des intimés devaient être totalement assumés par CCM en vertu de la clause 2.01. Ces deux éléments semblent aller à l'encontre des règles en matière d'arbitrage où, outre l'ab-

shared, in order to ensure at least in theory that the arbitrator will be impartial, something the parties had envisaged in the undertaking to arbitrate that was later deleted.

The agreement names Messrs. Zittler, Siblin, Stein, Levine, chartered accountants, to do the valuation and give their opinion. It is not clear whether the individuals or a firm are intended. If the parties meant to name the accounting firm as arbitrator, then the question arises whether a civil partnership can act as an arbitrator. Where there is no express stipulation by the parties, as here, the provisions of the *Code of Civil Procedure* then in effect suggest that only a natural person can act as an arbitrator. Thus, article 944 *C.C.P.* dealt with cases where an arbitrator died or became incapacitated; art. 946 *C.C.P.* dealt with cases where arbitrators withdrew; and art. 948 *C.C.P.* required each arbitrator to sign the award. I do not really see how death could affect a firm or how it could withdraw or physically sign an award.

Finally, article 948 *C.C.P.* required arbitrators to give reasons for their award in all cases. Respondents' letter dated January 20, 1983 (Exhibit P-3) does not have the characteristics of such an award. Thus, no reference is made anywhere to appellant. It contains no analysis of arguments and no reason explaining or justifying the conclusions arrived at by respondents. The format of the letter and the forms it contains correspond exactly to what accounting experts describe in their terminology as an accounting opinion on a particular item, namely inventories (*CICA Handbook*, Canadian Institute of Chartered Accountants, chap. 5805.16).

In the final analysis, based on the language used, the process contemplated by the parties under the rules applicable to arbitration, the fact that they deliberately deleted the paragraph providing for a possible arbitration, although they agreed to be bound by respondents' opinion, and that they provided for representations to be made by appellant, the intent that in my opinion clearly emerges from the agreement and the other docu-

sence de lien entre les parties, les frais sont partagés ce qui, en principe, favorise l'impartialité de l'arbitre et ce que les parties avaient d'ailleurs prévu dans la clause compromissoire qu'elles ont  
a par la suite biffée.

La convention nomme MM. Zittler, Siblin, Stein, Levine, comptables agréés, pour faire l'évaluation et donner leur opinion. On ignore s'il s'agit d'individus ou d'une société. Si les parties ont voulu désigner le cabinet de comptables comme arbitre, se soulève alors la question de savoir si une société civile peut agir à titre d'arbitre. En l'absence de stipulation expresse des parties, comme c'est le cas ici, les dispositions du *Code de procédure civile* alors en vigueur suggèrent que seule une personne physique puisse agir en cette qualité. Ainsi l'article 944 *C.p.c.* disposait des cas de décès ou d'incapacité de l'arbitre, l'art. 946 *C.p.c.* traitait des cas de récusation alors que l'art. 948 *C.p.c.* obligeait chaque arbitre à signer la sentence arbitrale. Je vois mal comment le décès peut affecter un cabinet ou comment il peut se récuser ou encore  
e signer physiquement une sentence.

Finalement, l'article 948 *C.p.c.* obligeait dans tous les cas les arbitres à motiver leur sentence arbitrale. La lettre des intimés du 20 janvier 1983 (Pièce P-3) ne possède pas les caractéristiques d'une telle sentence. Ainsi, nulle part ne fait-on allusion à l'appelante. Elle ne contient aucune analyse d'arguments ni aucun motif expliquant ou justifiant les conclusions auxquelles les intimés sont arrivés. Le format de la lettre et les formules qu'elle contient correspondent exactement à ce que les experts-comptables qualifient, dans leur phraseologie, d'opinion comptable sur un poste particulier, à savoir les inventaires (*Manuel de l'ICCA*, l'Institut canadien des comptables agréés, chap. 5805.16).

En fin d'analyse, d'après les termes utilisés, le processus envisagé par les parties au regard des règles relatives à l'arbitrage, le fait qu'elles aient délibérément biffé le paragraphe qui prévoyait la possibilité d'un arbitrage, bien qu'elles se soient déclarées liées par l'opinion des intimés et qu'elles aient prévu l'opportunité pour l'appelante de faire des représentations, l'intention qui se dégage nettement, à mon avis, de la convention et des autres

ments giving effect to it is that the parties agreed to obtain an expert opinion from an accountant and did not intend to submit the matter to arbitration by respondents in the accepted understanding of the structure and legal consequences of that process. To use the words of Mayer, *loc. cit.*, [TRANSLATION] "All of this results from the fact that there was no dispute, and also establishes that there was none" (p. 269).

A digression must be made here. In his opinion LeBel J.A. notes that [TRANSLATION] "the pleadings of respondent [here the appellant] confirm the way in which it regarded the functions of appellants [here the respondents]" (p. 393). This "admission" can be found in paragraph 15 of the statement of claim, where respondent charged that appellants had broken certain obligations although they had [TRANSLATION] "agreed to be arbitrators". LeBel J.A. appears to regard this as a judicial admission.

At the hearing appellant explained that this word was used not in the legal sense, as it is found in the Quebec *Code of Civil Procedure*, but in a very broad sense as it is used in everyday language, and that, in any event, the classification of respondents' function was a question of law which could not be the subject of a judicial admission.

In the very recent judgment of this Court *C.(G.) v. V.-F.(T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244, in which a similar situation occurred though in a different context, Beetz J., delivering the unanimous judgment of the Court, held as follows at p. 257:

At the hearing, counsel for the appellants conceded that the award of custody to a third person would amount to a declaration of partial deprivation . . . . This concession on a point of law is not binding on the Court.

A similar conclusion must be drawn here.

Finally, respondents argued that clause 2.01 of the agreement was an undertaking to arbitrate, or at least that respondents were acting as mediators. These arguments must be examined.

documents qui y ont donné suite est que les parties ont entendu obtenir une expertise comptable et n'ont pas voulu se soumettre à l'arbitrage des intimés tel qu'il faut l'entendre dans sa conception et ses conséquences juridiques. Pour employer les termes de Mayer, *loc. cit.*, «tout cela résulte de l'absence de litige et en même temps la (*sic*) démontre» (p. 269).

Il y a lieu de faire ici une digression. Le juge LeBel note dans son opinion que «Les procédures de l'intimée [ici l'appelante] confirment d'ailleurs la nature qu'elle reconnaît aux fonctions des appelants [ici intimés]» (p. 393). Cette «admission» se retrouve au paragraphe 15 de la déclaration où l'intimée reproche aux appelants la violation de certaines obligations bien qu'ils aient «accepté le rôle d'arbitres». Le juge LeBel semble y voir un aveu judiciaire.

À l'audience, l'appelante a expliqué que ce terme avait été utilisé non pas dans le sens juridique du terme, tel qu'il se retrouve au *Code de procédure civile* du Québec, mais plutôt dans un sens très large comme on l'emploie dans le langage courant et qu'à tout événement la qualification de la fonction des intimés étant une question de droit, il ne saurait y avoir aveu judiciaire.

Dans l'arrêt tout récent de cette Cour *C.(G.) c. V.-F.(T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, où une situation similaire s'était présentée, quoique dans un contexte différent, le juge Beetz, qui rend le jugement unanime de la Cour, en dispose ainsi aux pp. 257 et 258:

À l'audience, le procureur des appelants a concédé que l'attribution de la garde à un tiers équivaut à une déclaration de déchéance partielle [. . .] Cette concession sur une question de droit ne saurait lier la Cour.

De même, faut-il ici décider.

Les intimés ont finalement argumenté que la clause 2.01 de la convention était une clause compromissoire ou à tout le moins que les intimés agissaient à titre d'amiables compositeurs. Il y a lieu d'examiner ces prétentions.

9—*Undertaking to Arbitrate*

As I have already mentioned, there is no longer any question since *Zodiak, supra*, concerning the validity of the undertaking to arbitrate in Quebec law. The only applicable provision at the time the parties concluded their agreement was art. 951 C.C.P., which I have set out earlier. I should point out that the undertaking to arbitrate differs from the submission essentially in that the former is an agreement in contemplation of a potential dispute while the latter relates to a dispute that has arisen.

The undertaking to arbitrate is in fact a contract in which the parties undertake to conclude a submission to arbitrate should a dispute arise between them. Two stages are therefore required: first, the parties promise to resort to arbitration if a dispute arises, and second, when the dispute does arise, they conclude a submission in the proper form (*Ville de Granby v. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971, cited with approval in *Zodiak, supra*, at pp. 540-42; Colas, "Clause compromissoire, compromis et arbitrage en droit nouveau" (1968), 28 *R. du B.* 129). Nothing prevents that an undertaking to arbitrate specify the arbitration procedure. Once a dispute arises, it is only necessary to implement the process provided by the undertaking to arbitrate, if any, or by the parties' agreement if the wording is not in keeping with provisions of the *Code of Civil Procedure*. Since 1986, this machinery has been set out in art. 944 C.C.P. At that time, the undertaking to arbitrate was not subject to any formal requirement, except that it be in writing. It must clearly indicate the parties' intent to submit any future dispute to arbitration. It cannot obviously specify the subject-matter of the dispute since that had not yet arisen.

Respondents argued that clause 2.01 of Exhibit P-2 and letter DP-1 constituted an undertaking to arbitrate. They relied principally on the following observations by Chouinard J. in *Zodiak, supra*, at p. 543:

The *Code of Civil Procedure* contains no provision regarding the form of an undertaking to arbitrate. It will

9—*Clause compromissoire*

Tel que je l'ai déjà mentionné, la validité de la clause compromissoire ne fait plus aucun doute en droit québécois depuis l'arrêt *Zodiak*, précité. La seule disposition pertinente à cet égard à l'époque de la conclusion de la convention des parties était l'art. 951 C.p.c. que j'ai reproduit plus haut. Je rappelle que la clause compromissoire se distingue essentiellement du compromis en ce que la première est une convention en vue d'un différend éventuel alors que le second se rapporte à un différend né.

La clause compromissoire est en fait un contrat par lequel les parties s'engagent à passer compromis dans l'éventualité où surgirait un différend entre elles. Deux étapes sont donc nécessaires: dans un premier temps les parties promettent d'avoir recours à l'arbitrage au cas où un différend surgirait et, dans un deuxième temps, lorsque survient le différend, elles passent compromis en bonne et due forme (*Ville de Granby v. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971, arrêt cité avec approbation dans *Zodiak*, précité, aux pp. 540 à 542; Colas, «Clause compromissoire, compromis et arbitrage en droit nouveau» (1968), 28 *R. du B.* 129). Rien n'empêche que la clause compromissoire puisse prévoir les modalités de l'arbitrage. Une fois le différend né, il suffit de mettre en marche le mécanisme prévu à la clause compromissoire si tel est le cas, ou suivant l'entente des parties sinon conformément aux dispositions du *Code de procédure civile*. Depuis 1986, ce mécanisme est prévu à l'art. 944 C.p.c. La clause compromissoire n'était à l'époque soumise à aucune règle de forme sinon qu'elle devait être constatée par écrit. Elle doit indiquer clairement l'intention des parties de soumettre tout différend futur à l'arbitrage. Elle ne peut évidemment pas indiquer l'objet du différend puisqu'il n'est pas encore né.

Les intimés prétendent que la clause 2.01 de la pièce P-2 ainsi que la lettre DP-1 constituent une clause compromissoire. Ils s'appuient principalement sur les propos suivants du juge Chouinard dans l'arrêt *Zodiak*, précité, p. 543:

Le *Code de procédure civile* ne renferme aucune disposition quant à la forme de la clause compromis-

be sufficient if it contains the essential ingredients, namely that the parties have undertaken to execute a submission and that the arbitration award is final and binding on the parties.

As respondents argued that a dispute had arisen and had been submitted to them in the capacity of arbitrators, they had to establish that the parties had undertaken to execute a submission. There is no mention anywhere of such an obligation, apart from the paragraph which they later deleted. Accordingly there can be no question here of an undertaking to arbitrate, still less of a submission.

#### 10—Mediation

Mediation was expressly covered by art. 948 C.C.P.:

**948.** The arbitrators must decide according to the rules of law, unless by the submission they have been exempted from doing so, or have been empowered to act as mediators.

The status of a mediator allows its holder to decide on the basis of equity, without being bound by substantive or procedural rules of law, except of course for rules of public order such as those of natural justice which provide for impartiality, opportunity for the parties to be heard, reasons to be given for the award, and so on.

Mediation is not, as such, a legal concept distinct from that of arbitration. Rather, the mediator is an arbitrator who is exempted from compliance with the rules of law as provided in art. 948 C.C.P. (Antaki, "L'Amiable composition", in Antaki and Prujiner, *Actes du 1<sup>er</sup> Colloque sur l'arbitrage commercial international* (1986), at p. 153). The mediator is in fact only the "bon père de famille" of the *Civil Code* transposed to arbitration matters.

Mediation is a departure from the law of arbitration. Like any exception it must, if it is not expressly provided for, at least result from a clear and unambiguous intent (*Concrete Column Clamps Ltd. v. Cie de Construction de Québec Ltée* (1939), 67 K.B. 536, at pp. 545-46, per Galipeault J., aff'd by [1940] S.C.R. 522).

soire. Il suffit qu'elle réunisse les éléments essentiels, à savoir que les parties se soient obligées à passer compromis et que la sentence arbitrale soit finale et lie les parties.

<sup>a</sup> Prétendant qu'un différend était né et leur a été soumis à titre d'arbitres, les intimés devaient établir que les parties s'étaient obligées à passer compromis. Or, nulle part n'est-il fait mention de telle obligation si ce n'est au paragraphe qu'elles ont par la suite biffé. On ne saurait donc parler de clause compromissoire, encore moins de compromis.

#### <sup>c</sup> 10—Amiable composition

L'amiable composition était expressément prévue à l'art. 948 C.p.c.:

<sup>d</sup> **948.** Les arbitres doivent juger suivant les règles du droit, à moins qu'ils n'en soient dispensés par le compromis, ou qu'ils n'aient reçu pouvoir de statuer comme amiables compositeurs.

<sup>e</sup> Le statut d'amiable compositeur permet à son détenteur de statuer en équité, sans être lié par les règles du droit, substantives et procédurales, sauf évidemment les règles d'ordre public, notamment les règles de justice naturelle qui prévoient l'impartialité, l'obligation d'accorder aux parties la possibilité d'être entendues, de motiver la sentence arbitrale, etc.

<sup>g</sup> L'amiable compositeur n'est pas en soi un concept juridique distinct de celui de l'arbitrage. L'amiable compositeur est plutôt un arbitre que l'on dispense de respecter les règles du droit conformément à l'art. 948 C.p.c. (Antaki, «L'Amiable composition», dans Antaki et Prujiner, *Actes du 1<sup>er</sup> Colloque sur l'arbitrage commercial international* (1986), à la p. 153). L'amiable compositeur n'est en fait que le «bon père de famille» du *Code civil* transposé en matière d'arbitrage.

<sup>i</sup> L'amiable composition constitue une dérogation au droit relatif à l'arbitrage. Comme toute exception, elle doit sinon être stipulée expressément, à tout le moins résulter d'une intention claire et sans équivoque (*Concrete Column Clamps Ltd. v. Cie de Construction de Québec Ltée* (1939), 67 B.R. 536, aux pp. 545 et 546, par le juge Galipeault, confirmé par [1940] R.C.S. 522).

This does not mean that the word “mediators” or any other hallowed expression must be contained in an agreement to arbitrate. It will suffice that the parties clearly indicate their intention to exempt the arbitrators from compliance with the rules of law (*Concrete Column Clamps Ltd. v. Cie de Construction de Québec Ltée*, *supra*, at p. 546; Antaki, *loc. cit.*, at p. 155; Ferland, *op. cit.*, at p. 84).

This approach is in accordance with that adopted in French law (Loquin, *op. cit.*, at p. 44; Bredin, “L’amiable composition et le contrat”, *Rev. arb.* 1984.259; Tyan, *Le droit de l’arbitrage* (1972), at pp. 240-41; Robert, *op. cit.*, at pp. 160-61).

Mediation is only a simplified form of arbitration, and consequently must be the subject of a clear intent by the parties giving the arbitrators the status of mediators. Clause 2.01 and letter DP-1 make no mention of respondents’ being exempted from compliance with the rules of law, acting on the basis of equity or their conscience, or, more simply, being mediators. Though a mediator is not bound by the rules of law, the criteria for distinguishing between arbitration and expert opinion nonetheless apply to him *mutatis mutandis*, since he remains first and foremost an arbitrator.

I conclude from the foregoing analysis that respondents were not acting as arbitrators. It is therefore impossible to speak of mediators any more than of an undertaking to arbitrate or a submission.

#### V—Conclusion

Overall, I conclude that there was no present or potential dispute either at the time the agreement was concluded between the parties or when respondents performed their mandate. The parties did not intend to submit a dispute to arbitration by respondents, but simply agreed to rely on their opinion as accounting experts, making them their mandataries on one aspect of the contract, namely the value of the assets sold by CCM, which essentially represented the selling price of those assets.

Ceci ne signifie pas que les mots «amiables compositeurs» ou toute autre expression consacrée doivent se retrouver dans la convention d’arbitrage. Il suffit que les parties indiquent clairement leur volonté de dispenser les arbitres d’obéir aux règles du droit (*Concrete Column Clamps Ltd. v. Cie de Construction de Québec Ltée*, précité, à la p. 546; Antaki, *loc. cit.*, à la p. 155; Ferland, *op. cit.*, à la p. 84).

Cette conception est conforme à celle adoptée en droit français (Loquin, *op. cit.*, à la p. 44; Bredin, «L’amiable composition et le contrat», *Rev. arb.* 1984.259; Tyan, *Le droit de l’arbitrage* (1972), aux pp. 240 et 241; Robert, *op. cit.*, aux pp. 160 et 161).

L’amiable composition n’est qu’une forme simplifiée d’arbitrage et, conséquemment, doit faire l’objet d’une intention claire des parties octroyant aux arbitres le statut d’amiables compositeurs. Or, la clause 2.01 de même que la lettre DP-1 ne mentionnent aucunement que les intimés sont dispensés d’obéir aux règles du droit, qu’ils doivent agir selon l’équité ou leur conscience ou encore, plus simplement, qu’ils sont amiables compositeurs. Même si l’amiable compositeur n’est pas lié par les règles du droit, il n’en demeure pas moins que les critères de distinction entre l’arbitrage et l’expertise s’appliquent à lui *mutatis mutandis* puisqu’il demeure d’abord et avant tout un arbitre.

Or, de l’analyse qui précède, j’en viens à la conclusion que les intimés n’agissaient pas en tant qu’arbitres. On ne saurait donc parler d’amiables compositeurs, pas plus que de clause compromissoire ou de compromis.

#### V—Conclusion

Sur le tout, je conclus qu’il n’existait aucun différend né ou éventuel ni au moment où est intervenue la convention entre les parties ni au moment où les intimés ont effectué leur mandat. Les parties n’ont pas entendu soumettre un différend à l’arbitrage des intimés, mais simplement convenu de se fier à leur opinion d’experts comptables qu’elles ont institués leur mandataire sur un aspect du contrat, soit la valeur des actifs vendus par CCM, qui constituait en définitive le prix de vente de ces actifs.

As the question of immunity does not arise in this context, it must be concluded that the motion for a declinatory exception made by respondents is unfounded and was properly dismissed by the Superior Court.

For these reasons I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of the Superior Court, the whole with costs throughout.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Adessky, Kingstone, Montréal.*

*Solicitors for the respondents: Ogilvy, Renault, Montréal.*

Dans ce contexte la question de l'immunité ne se posant pas, il y a lieu de conclure que la requête pour exception déclinatoire formée par les intimés est mal fondée et a à bon droit été rejetée par la  
<sup>a</sup> Cour supérieure.

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi, j'infirm后会 l'arrêt de la Cour d'appel et je rétablirais le jugement de la Cour supérieure, le tout avec  
<sup>b</sup> dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Adessky, Kingstone, Montréal.*

<sup>c</sup> *Procureurs des intimés: Ogilvy, Renault, Montréal.*