



William G. Horton

# Advocacy in Arbitration

Most counsel involved in arbitration sense that a different kind of advocacy is needed than in court litigation. But it is not easy to define the differences with any precision. Perhaps, the physical characteristics of arbitration venues provide some clues to the relationship between certain features of arbitration and oral advocacy.

## The Small Room with the Level Floor

Most arbitration hearings are conducted in rooms that are smaller than courtrooms, with less distance between all of the participants in the proceedings. Oral advocacy, as a performance art, needs to make some adaptation to its physical setting. To use a baby boomer example, *The Rolling Stones* may be your favourite band but you probably would not want them performing in your living room. Eric Clapton “unplugged” may be a better choice.

Similarly, unlike a trial, an arbitration is likely to take place in a room in which the tribunal is on the same level as everyone else. Spaces in which participants in a common activity are on different levels tend to be associated with more dramatic and intense emotional experiences (think of concert halls, theatres and churches as other examples). The level floor in arbitration hearings coincides with and reinforces several distinctive features of arbitration.

Arbitrators only have authority at the hearing because the parties have given them that authority. The process is intended to be collaborative and rational, not hostile or coercive. Everyone is working towards the same end – the resolution of the dispute. Advocacy in this setting can and should take on a different, less overtly adversarial tone. It is usually more effective if it does.

## The Closed Door

Unlike a courtroom, in arbitration a closed door denotes the exclusion of the public and may also, in most arbitrations, remind us of the exclusion of a merits review by another body. By choosing arbitration, the parties to a business dispute have chosen a process which focuses exclusively upon their private arrangements and contractually based expectations. Facts, objectivity and logic are at a premium. Arguments based on public perception and rhetorical flights (sometimes described as “jury points”) will usually hold little or no sway.

The tribunal only needs to justify its decision to the parties in the room and, in my experience, it will strive mightily to do that. But a commercial arbitration tribunal does not need to justify its decision to non-parties or other adjudicative bodies.

No tribunal wishes to be “wrong in law”. Indeed, a decision that is wrong in law could not be said to be consistent with the expectations of parties whose agreement is subject to a particular law. However, the fact that there is no automatic right of review on matters of law means, as a practical matter, that the law will often play a lesser role in the deliberations and reasons of the tribunal than it typically would in the decision of a judge of first instance who

is, of necessity, writing with one eye on the Court of Appeal.

Case law should therefore also be emphasized less in arbitration advocacy unless it is controlling and dispositive on a particular point. There are some exceptions, for example where the contract in question is of a standard type with little or no commercial context to guide its interpretation or is the subject of detailed statutory regulation, such as contracts involving franchises or the sale of goods. Otherwise it is best to look for answers in the circumstances of the case rather than rummaging through case law searching for apt phrases that won the day in other disputes.

## The Coffee Machine

One feature of every arbitration is the opportunity for all participants to socialize over the breaks in the proceedings. This will involve chit chat at the coffee machine and possibly at a buffet lunch or even at an end of the day cocktail party thrown by a venue supplier who is grateful for the business. Inevitably these sessions will involve opposing counsel, tribunal members and witnesses. An experienced arbitrator will ensure that these exchanges are not seen as favouring one party over another. Even so, counsel who relies on personalized attacks or uncivil exchanges is disadvantaged in such a setting. Counsel who is in better sync with the collegial and sociable atmosphere of most arbitration hearings is more likely to provide effective representation and make a favourable



impression on the tribunal.

It has been said that “Litigation is no tea party.” I do not want to leave the impression that arbitration is a “coffee klatch”. It, too, is a demanding endeavour involving an adversarial dynamic, albeit one that is often modified in the way I have described. Given the compressed timeframes of an arbitration schedule, the rapid succession of cross-examinations without in-

tervening direct examinations and the limited opportunity for oral argument, many counsel find the arbitration process even more harrowing than a trial, if that is possible! Contrary to popular conception, arbitrators do not generally “split the baby” and awards that are rendered may be considered harsh by the losing party. However, there are features of the arbitration process that do make it different from court proceedings – as one would hope and expect,

otherwise why have arbitration? Good advocacy involves understanding and working with those differences, thereby obtaining the benefits that arbitration has to offer and representing one’s client more effectively. ☘

*William G. Horton Professional Corporation: [www.wghlaw.com](http://www.wghlaw.com). Bill Horton is an arbitrator and mediator of Canadian and international business disputes.*

## Plaidoirie en arbitrage

*William G. Horton*

La plupart des avocats participant à des cas d’arbitrage sont d’avis qu’un type de plaidoirie différent de celui des litiges entendus en cour s’avère nécessaire. Mais il n’est pas facile de définir les différences avec précision. Les caractéristiques physiques des lieux d’arbitrage offrent peut-être quelques indices quant au lien entre certains aspects de l’arbitrage et la plaidoirie.

### La petite salle au plancher droit

La plupart des audiences d’arbitrage sont menées dans des salles plus petites que les salles d’audience, ce qui rapproche les participants durant les procédures. La plaidoirie, sur le plan de l’exécution, doit s’adapter quelque peu à son environnement physique. Prenons un exemple s’appliquant aux enfants du baby-boom : il se peut que les *Rolling Stones* soient votre groupe favori, mais vous ne voudriez probablement pas qu’ils donnent un spectacle dans votre salon. Eric Clapton donnant un concert acoustique serait plus approprié.

De même, contrairement à un procès, un arbitrage se déroulerait probablement dans une salle dans laquelle le tribunal est au même niveau que toutes les autres personnes présentes. Les lieux où les gens participant à une activité commune se trouvent à des niveaux différents sont plutôt associés à des expériences émotionnelles plus dramatiques et intenses (pensons aux salles de concert, aux théâtres et aux églises notamment). Dans les salles où ont lieu les audiences d’arbitrage, le plancher droit coïncide avec plusieurs caractéristiques distinctes de l’arbitrage et les renforce.

Les arbitres ne détiennent une autorité qu’à

l’audience, car les parties la leur ont accordée. Le processus se veut collaboratif et rationnel et non hostile ou coercitif. Tout le monde travaille dans un but commun, c’est-à-dire la résolution du différend. La plaidoirie, dans un tel contexte, peut et devrait adopter un ton de confrontation différent, moins hostile. Elle est habituellement plus efficace dans ce cas.

### La porte fermée

Contrairement à une salle d’audience, quand la porte d’une salle d’arbitrage est fermée, cela laisse entendre une exclusion du public et peut, dans la plupart des arbitrages, nous rappeler l’exclusion d’un examen du bien-fondé par un autre organisme. En choisissant l’arbitrage, les parties concernées par un différend commercial ont choisi un processus axé exclusivement sur leurs ententes privées et attentes contractuelles. Les faits, l’objectivité et la logique jouent un rôle crucial. Les arguments fondés sur la perception du public et les envolées oratoires (parfois appelées « points de droit ») ont habituellement peu d’influence, voire aucune.

Le tribunal est tenu de justifier sa décision uniquement auprès des parties dans la salle

et, d’après mon expérience, il cherchera vigoureusement à procéder ainsi. Cependant, un tribunal d’arbitrage commercial n’est pas tenu de justifier sa décision envers d’autres personnes ou organismes juridictionnels.

Aucun tribunal ne souhaite « être mal fondé en droit ». En effet, on ne peut pas dire d’une décision mal fondée en droit qu’elle respecte les attentes des parties dont l’entente est assujettie à une loi particulière. Toutefois, le fait qu’il n’y ait aucun droit d’examen automatique sur des questions de droit signifie, en pratique, que la loi joue un rôle souvent moindre dans les délibérations et motifs du tribunal qu’elle ne le ferait habituellement dans la décision d’un juge de première instance qui, nécessairement, rend jugement en gardant un œil sur la Cour d’appel.

La jurisprudence devrait donc occuper une place moins importante dans la plaidoirie d’arbitrage, à moins qu’elle ne soit déterminante et constitue un fait juridique en ce qui a trait à un point en particulier. Il existe certaines exceptions, par exemple, lorsque le contrat en question est de type standard avec peu de contexte commercial, voire aucun, pour en guider l’interprétation ou fait l’objet d’un règlement d’application détaillé, comme dans le cas des contrats mettant en cause des franchises ou la vente de biens. Sinon, il est préférable de chercher des réponses dans les circonstances de l’affaire au lieu de fouiller la jurisprudence afin d’y trouver des phrases pertinentes qui ont permis de l’emporter dans le cadre d’autres différends.

