



UBS HOLDING CANADA LTD.

APPELLANT

- and -

DAVID HARRISON, ALEX ARAUJO,
MATTHIEU DEBOST, FADI CHAMOUN,
DANN CUSHING, WILLIAM VERNER,
KAMALDEEP GREWAL aka KEN GREWAL,
MICHAEL OVERVELDE, RICHARD LAVOIE,
SCOTT LINDOW, ROBERT JEFFERY
ELLIOTT, FRANK PETERS, JONATHAN
BLOCK, KEVIN KINGSLEY, CAROLYN
FREEBOROUGH, JAMES ESTEY, HELEN
HAYES, MARK ERNST, MEMET KONT,
BRIAN HUEN and ANDREW WHIPP

RESPONDENTS

UBS Holding Canada Ltd. v. Harrison et al., 2014
NBCA 26

CORAM:

The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
March 26, 2013

History of Case:

Decision under appeal:
2013 NBQB 125

Appeal heard:
October 18, 2013

Judgment rendered:
April 24, 2014

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Bell

UBS HOLDING CANADA LTD.

APPELANT

- et -

DAVID HARRISON, ALEX ARAUJO,
MATTHIEU DEBOST, FADI CHAMOUN,
DANN CUSHING, WILLIAM VERNER,
KAMALDEEP GREWAL alias KEN GREWAL,
MICHAEL OVERVELDE, RICHARD LAVOIE,
SCOTT LINDOW, ROBERT JEFFERY
ELLIOTT, FRANK PETERS, JONATHAN
BLOCK, KEVIN KINGSLEY, CAROLYN
FREEBOROUGH, JAMES ESTEY, HELEN
HAYES, MARK ERNST, MEMET KONT,
BRIAN HUEN et ANDREW WHIPP

INTIMÉS

UBS Holding Canada Ltd. c. Harrison et autres,
2014 NBCA 26

CORAM :

l'honorable juge Robertson
l'honorable juge Bell
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 26 mars 2013

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2013 NBBR 125

Appel entendu :
le 18 octobre 2013

Jugement rendu :
le 24 avril 2014

Motifs de jugement :
l'honorable juge Bell

Concurred in by:
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Green

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Robertson
l'honorable juge Green

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Kenneth B. McCulloch, Q.C.
David R. Byers

Pour l'appelant :
Kenneth B. McCulloch, c. r.
David R. Byers

For the respondents:
Charles D. Whelley, Q.C.
Jonathan Lissus
Daniel Naymark

Pour les intimés :
Charles D. Whelley, c. r.
Jonathan Lissus
Daniel Naymark

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed with costs of \$10,000.

Accueille l'appel avec dépens de 10 000 \$.

The judgment of the Court was delivered by

BELL, J.A.

I. Introduction and summary of facts

[1] The appellant and all respondents are sophisticated players in the investment banking business. Until 1989, the respondents were shareholders in a 100% employee-owned investment bank, UBS Bunting Limited (Bunting). In 1989, a predecessor company to the appellant acquired 50% of the shares in Bunting, which then carried on business as a joint venture. In 2006, the parties reorganized their corporate affairs in New Brunswick and entered into a series of agreements by which the appellant acquired the remaining 50% of the shares in Bunting. In exchange for their shares, the respondents were given a combination of cash, shares in the appellant, and shares in the appellant's parent company, UBS AG, a global financial services and investment firm organized under the laws of Switzerland.

[2] The migration of the parties' affairs to New Brunswick involved a number of agreements and corporate instruments, including:

1. Articles of amalgamation of Bunting and the appellant under the New Brunswick *Business Corporations Act*, S.N.B. 1981, c. B-9.1 (“*NBBCA*”);
2. A newly enacted by-law of the appellant (the “By-law”), governed by New Brunswick law;
3. Orders approving a plan of arrangement under the Ontario *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16;
4. The Arrangement Agreement (February 2006);
5. A Compensation and Governance Agreement (March 2006);
6. Letters of Transmittal; and

7. A shareholders' agreement for the former Bunting shareholders.

[3] The purpose of all of these documents, taken as a whole, was to create a New Brunswick corporation governed by the *NBCCA* and the *Securities Act*, S.N.B. 2004, c. S-5.5 and to export the shareholders to New Brunswick.

[4] Neither the Articles of Amalgamation, nor the By-law, contains an arbitration clause or a clause directing the forum where disputes will be resolved. The rights and expectations of the parties with respect to those instruments are, as a result, subject to the jurisdiction of the New Brunswick courts. The Compensation and Governance Agreement contains an arbitration clause designed to deal with the adjustment of the former Bunting employee shareholders' compensation in circumstances necessitated by "extraordinary" regulatory action. The Arrangement Agreement contains an arbitration clause which is at the heart of the present dispute. The relevant part of that clause reads as follows:

11.1 Arbitration. Where any dispute or claim arising out of or relating to this agreement or the Arrangement, including with respect to its interpretation, performance, breach or enforcement ("Disputes"), cannot be settled by the parties, any party may submit the matter to arbitration. In that case, the Dispute will be determined by arbitration under the *International Commercial Arbitration Act* (Ontario) [...]

[5] Based upon the above observations, it is evident the parties intended that some disputes that might arise in their new relationship would be resolved by the courts and others by arbitration.

[6] The Arrangement Agreement, excluding the schedules, comprises 52 pages. Its purpose is conveniently summarized in the opening page under the title BACKGROUND:

Bunting Limited proposes to reorganize its ownership through a Plan of Arrangement under which the holders of Class A Shares of Bunting Limited will exchange their shares for some combination of, or the right to receive, cash, Exchangeable Shares and UBS Shares.

In order to effect this reorganization, Bunting Limited has agreed to submit the Plan of Arrangement and related transactions to the Selling Shareholders, UBS Canada, as holder of the Class B Shares, and the Superior Court of Justice (Ontario) for approval.

[7] As one might expect, the Arrangement Agreement addresses a multitude of issues. For example, there are provisions setting out the appointment of proxy holders for certain purposes, the filings that are necessary, dates by which certain steps will be taken, the procedure and dates for the transfer of shares, requirements of shareholders agreements, and repurchase rights of shares by certain dates, on the occurrence of events such as resignation, retirement or termination of employment. Article 3 is devoted exclusively to Representations and Warranties. In that article, the appellant represents and warrants to such matters as its capacity to enter into the agreements, its corporate status, and its compliance with required regulatory approvals. Bunting's senior management shareholders covenant in paragraph 3.4(p) that Bunting has no outstanding material liabilities other than those disclosed or that might arise in the ordinary course of business after December 31, 2005 and that it is conducting its business in compliance with all applicable laws (para. 3.4(q)). Article 4 sets out General Obligations imposed upon the parties. In that article, the appellant undertakes, among other things, to "preserve intact its business and material rights", "to preserve its relationships with clients, customers and others having business dealings with it" and to report to Bunting any "Material Adverse Effect on UBS or any event, occurrence or development that would be reasonably expected to have a Material Adverse Effect on UBS".

[8] In 2012, the respondents filed an action in which they claim against the appellant and two other defendants pursuant to the oppression remedies set out in s. 166(3) of the *NBCCA*. Their claim requests, in part, the following relief:

- a) A declaration that the Plaintiffs are “aggrieved persons” for the purposes of the *NBBCA*;
- b) A declaration that the Defendants’ acts and/or omissions have effected a result, and that the Defendants have conducted the business and affairs of the Defendant corporations in a manner, that is oppressive, unfairly prejudicial to, and that unfairly disregards, the interests of the Plaintiffs in their capacities as current and former shareholders and employees of the Defendant corporations;
- c) An order directing the Defendants to compensate the Plaintiffs in an amount to be particularized prior to trial for the lost earnings the Plaintiffs would have received as shareholders and employees of Bunting had they not been induced by the Defendants to exchange their interests in Bunting for interests in UBS [the parent company] and Holding [the appellant]. [...]

[9] Although the respondents do not rely upon any cause of action other than that provided by the oppression remedies under the *NBBCA*, as part of the narrative in their pleadings, they rely, in part, upon misrepresentations made by the appellant leading up to and following the execution of the Arrangement Agreement. The respondents contend that since there is no alleged breach of the Agreement, the arbitration clause is not engaged – its sole purpose being to provide a means of interpreting and applying the Agreement in the event of a dispute in that regard. The appellant says the current dispute must, of necessity, arise out of and in relation to, the Agreement. Simply put, without the Agreement there would be no relationship between the parties and hence, no dispute between them. Furthermore, the appellant relies upon the language of the Arrangement Agreement and the respondent’s allegation of misrepresentation to support its contention the dispute arises out of and/or in relation to the Agreement and is therefore subject to mandatory arbitration.

[10] The appellant brought a motion in the court below seeking, among other relief, a stay of proceedings and an order referring the dispute to arbitration “in accordance with the Arbitration Clause set out in the Arrangement Agreement”. It

contended the dispute set out in the Amended Statement of Claim “arose out of and/or relates” to the Arrangement Agreement. It follows, according to the appellant, that the matter must be submitted to arbitration governed by the *International Commercial Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. I.9, as required by the arbitration clause. Sections 8(1) and 16(1) of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration provide, in part, as follows:

8(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

16(1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause.

[Emphasis added.]

[11] The motion judge dismissed the request for a stay of proceedings and refused to refer the matter to arbitration. He concluded he had to decide, as a preliminary matter, “whether or not the primary issue is within the exclusive jurisdiction of the arbitrator” (para. 22). In the course of deciding that the arbitrator did not have exclusive jurisdiction to determine the issues, the motion judge conducted a two-step analysis. First, he considered the “gist” of the claim and determined that it “goes well beyond” the transaction. In his view the relief requested under the *NBBCA* was foundational to the plaintiffs’ claim and was not related to the arrangement. Second, he enquired whether an arbitrator would be clothed with any “special expertise” to consider the preliminary issue of jurisdiction, beyond that possessed by a court. The motion judge appears to have applied a balance of probabilities test to both of these questions, the nature or “gist” of

the claim and the issue of whether arbitration or the courts is best suited to decide the jurisdictional issue.

II. Grounds of Appeal

[12] The appellant contends the motion judge erred, in part, by failing to:

- (i) Apply the “well-established” test that in seeking a stay in favour of arbitration, the appellant need only establish that it is “arguable” that the dispute, or part of the dispute, falls within the arbitration clause;
- (ii) Conclude it was at least arguable that the respondent’s claim was effectively one for rescission of the Arrangement Agreement and/or compensation equivalent to the loss in share value arising from the appellant’s misconduct, both of which “arise out of and relate to the Arrangement Agreement”.
- (iii) Follow jurisprudence from this Court that matters determined to fall within the scope of the arbitration clause should be referred to arbitration.

III. Analysis

A. *Role of the Courts in Deciding the Jurisdictional Issue*

[13] The respondents contend the motion judge, faced with a motion for a stay of proceedings, was properly clothed with jurisdiction to determine whether the dispute between the parties fell within the terms of the arbitration clause. The appellant contends it was “untenable” for the motion judge to conclude the tribunal had no “special

expertise” to determine the scope of its own jurisdiction. Relying upon UNCITRAL, the appellant claims the motion judge ought to have deferred to the tribunal on the issue of jurisdiction, it being better placed to make that determination.

[14] Presuming an arbitration clause exists, one must draw a distinction between determining whether an arbitrator has any jurisdiction and the scope of that jurisdiction. A judge called upon to consider a motion for a stay in such cases must inevitably address whether the arbitrator has any jurisdiction.

[15] In my view, the standard of proof applied by the courts to determine whether an arbitration clause exists and whether the subject matter of the dispute is caught by the clause differs depending upon whether or not one is applying UNCITRAL. In *Finkelstein v. Bisk*, [2004] O.J. No. 1176 (QL), aff'd [2004] O.J. No. 4365 (C.A.) (QL), a case in which UNCITRAL was not engaged, Karakatsanis J. (as she then was) considered a motion for a stay of an action commenced by a Jewish plaintiff (investor) against a Jewish defendant for substantial losses of the plaintiff's investment. The defendant claimed the plaintiff had agreed that their differences would be settled by an ecclesiastical court, known within their faith community as the Beis Din. The plaintiff denied any such agreement. In dismissing the motion for a stay of proceedings, Justice Karakatsanis considered the facts, which included conflicting evidence, to conclude there was no intention to arbitrate. Included among the evidence before her were the following: (1) the plaintiff had settled unrelated domestic matters via the Beis Din in the past; (2) the defendants deposed that there was an oral agreement to arbitrate; (3) the plaintiff went to the Rabbi who was the secretary of the Beis Din and requested he intervene to help resolve matters; and (4) the Beis Din issued a summons to one of the defendants. That defendant appeared but the plaintiff did not.

[16] On appeal, a unanimous court concluded that the arbitrator had no special expertise or other advantage over the motion judge on the question of whether there was an intention to arbitrate. The court concluded it was open to the motion judge, even in the case of conflicting evidence, to “make the findings necessary to decide the preliminary

issue brought before her on the motion” (para. 7). This approach would appear to endorse the application of a balance of probabilities standard of proof to the question of whether an arbitration clause exists. In the present case, the motion judge, erroneously in my view, applied that standard to an UNCITRAL-related dispute.

- [17] *Patel v. Kanbay International Inc.*, 2008 ONCA 867, [2008] O.J. No. 5256 (QL), involved international commercial arbitration in which article 8(1) of UNCITRAL was engaged. The plaintiff sued the defendants for wrongful dismissal and negligent misrepresentation. The alleged misrepresentations related to an undertaking that the plaintiff would become an equity owner of shares of significant value. The defendants contended that the shareholders’ agreement contained an arbitration clause which governed the resolution of any disputes between the parties. The plaintiff opposed the motion for a stay and a reference to arbitration on the grounds that the arbitration agreement dealt with the shareholders agreement and not the employment contract. The plaintiff was successful. In confirming that the arbitration clause limited itself to issues regarding the shareholders agreement, Goudge J.A., for a unanimous court, stated:

[...] While the case law suggests that any final determination as to the scope of the arbitration agreement is better left to the arbitration tribunal (since the question of jurisdiction is itself within the jurisdiction of that tribunal), where it is clear that the matter does not fall within the arbitration agreement, the court should make that finding and decline to make the referral to arbitration. [...] [para. 18]

[Emphasis added.]

- [18] In *Dalimpex Ltd. v. Janicki; Agros Trading Spolka Z.O.O. v. Dalimpex Ltd.*, [2003] O.J. No. 2094 (C.A.) (QL), the parties had a lengthy and sophisticated business relationship which was governed by the *International Commercial Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. I.9 and UNCITRAL. Dalimpex was a Canadian company that imported and distributed goods manufactured in Poland. In 1983, the parties entered into an agency agreement, which provided that all disputes were to be settled by the Arbitration Court at the Polish Chamber of Foreign Trade. In the course of their business

relationship, a dispute regarding a guarantee on a line of credit was prosecuted before the Arbitration Court. Contemporaneously, Dalimpex brought a court action against its former employee, Janicki, and Agros in which it claimed that Janicki conspired with Agros and others to injure Dalimpex by appropriating for themselves Dalimpex's customers, confidential information, and food business in Canada. Among other things, Dalimpex contended the respondents made secret arrangements with each other for Agros to withdraw its commitment to guarantee Dalimpex's indebtedness, the purpose being to cause injury to Dalimpex. Agros pled that the only competent body to hear the claim was the Arbitration Court in Warsaw. It sought a stay of proceedings. The stay was refused at first instance and granted by the Divisional Court, whose decision was upheld on appeal. Charron J.A. (as she then was) framed the question as follows:

[...] The question is whether it is the role of the court, in cases where the arbitrator or arbitral tribunal has the power to rule on its own jurisdiction, to make a definitive pronouncement on the jurisdiction of the arbitrator, or whether the preferable approach is to leave the matter to the arbitrator as decision-maker of first instance. The answer to that question depends largely on any applicable legislative provisions, the wording of the arbitration agreement and the nature of the dispute. [para. 18]

[Emphasis added.]

[19] In referring to article 8 of UNCITRAL, Charron J.A. observed:

The wording of article 8 is mandatory. Hence, a court that would otherwise have jurisdiction over an action that is brought before it is required to refer those matters which are the subject of an arbitration agreement to arbitration in accordance with the agreement of the parties. There is no doubt that the court, not the arbitral tribunal, has the competence to determine the court's own jurisdiction in respect of the action that is brought before it. It is in the context of determining the scope of its own jurisdiction that a court will often make determinative findings in respect of the scope of the arbitration agreement. [...] [para. 20]

While a court's determination of its own jurisdiction may, in some cases, be determinative of the scope of the arbitration agreement, it is important to note that that

may not always be the case. A detailed analysis and assessment of the scope of the arbitration clause must be left to the arbitrator, unless, of course, the arbitration clause does not apply. To this end, Charron J.A. cites with approval the approach of Hinkson J.A. in *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.* [1992] B.C.J. No. 500 (C.A.) (QL) wherein he stated “[...] it is not for the court on an application for a stay of proceedings to reach any final determination as to the scope of the arbitration agreement [...] because [that is a matter] within the jurisdiction of the arbitral tribunal”.

[20] The Supreme Court addressed the jurisdictional issue in *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, a case which was not cited by either party before this Court or the motion judge. Deschamps J., for the majority, framed the enquiry in the following manner: “The objective of this part is to determine whether it is the arbitrator or a court that should rule first on the parties’ arguments on the validity or the applicability of the arbitration agreement” (para. 68). Justice Deschamps begins her analysis by noting there are two competing schools of thought on the issue of who decides jurisdiction: one, the interventionist approach, holds that it is better to have the courts settle any challenge to an arbitrator’s jurisdiction immediately. The second view is that arbitrators should be allowed to first rule on their own jurisdiction and the scope of that jurisdiction, subject, of course, to challenge by judicial review. This has become known as the competence-competence principle. It has been adopted by articles 8(1) and 16(1) of the Model Law and is widely accepted in the jurisprudence (see *Dell Computer Corp., Seidel v. Telus Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 SCR 531, and *Jean Estate v. Wires Jolley LLP*, 2009 ONCA 339, [2009] O.J. No. 1734 (QL)). In *Jean Estate*, Weiler J.A. described the competence-competence principle as “one of deference to the arbitrator and means that the arbitrator is competent to determine his or her own jurisdiction and competent to rule on objections to it” (para 47). In *Dell Computer Corp.*, Deschamps J., in applying this principle, laid down a general rule, followed by two exceptions. The general rule is that “[...] in any case involving an arbitration clause, a challenge to the arbitrator’s jurisdiction must be resolved first by the arbitrator” (para. 84). The exceptions are:

1. A court should only depart from the systematic referral in circumstances where the challenge is based solely on a question of law. This approach allows a court to rule once and for all on a legal argument relating to the arbitrator's jurisdiction and avoids duplication of a strictly legal debate.
2. Where the jurisdictional challenge (the questions of law) raises questions of mixed law and fact, the court hearing the referral must refer the case to arbitration unless the questions of fact require only superficial consideration of the documentary evidence in the record.

B. *Threshold test employed in applying the competence-competence principle*

[21] The appellant contends that if it is “arguable” the issues to be decided fall within the scope of the arbitration clause, the court must decline jurisdiction and defer to the arbitrator. The motion judge framed the question as follows: “The question now becomes whether or not the plaintiffs’ claim arises out of or in relation to the arrangement” (para. 28). He did not ask whether it was “arguable” that the claim arose out of or in relation to the arrangement.

[22] There is substantial support for the position advanced by the appellants. The threshold of arguability was first discussed in *Gulf Canada Resources Ltd.* Hinkson J.A., for a unanimous court stated:

Where it is arguable that the dispute falls within the terms of the arbitration agreement or where it is arguable that a party to the legal proceeding is a party to the arbitration agreement then, in my view, the stay should be granted and those matters left to be determined by the arbitral tribunal.
[Emphasis added.]

[23] In *Dalimpex*, Charron J.A. states that it “is at least arguable that the disputes [...] fall within the scope of the arbitration agreement [...]” (para. 3). In *Secure Solutions Inc. v. Smiths Detection Toronto Ltd.*, 2011 ONCA 337, [2011] O.J. No. 2040 (QL), the parties could not agree upon whether there was a valid and binding arbitration

clause between them. The Court, in applying the “arguable” threshold for stay motions said: “The first issue is whether there is arguably an arbitration clause in whatever contract continues to exist between the parties” (para. 3) (Emphasis added.).

[24] In *Dell*, Deschamps J. does not use the word “arguable” to define the threshold. Rather, on several occasions she refers to the application of a “*prima facie*” test to determine whether the matter of jurisdiction falls to be decided by an arbitrator. The *prima facie* approach was ultimately adopted, consistent with the approach advocated by Frédéric Bachand in the article “Does Article 8 of the Model Law Call for Full or *Prima Facie* Review of the Arbitral Tribunal’s Jurisdiction?” (2006) 22:3 Arb Int’l 463.

[25] The *prima facie* approach entails a deferential perspective to arbitration. The court is to refer a matter to arbitration under Article 8 “upon finding there is a *reasonable likelihood* that the claimant acted in breach of a duty to arbitrate” (Bachand, p. 463). By contrast, the alternative comprehensive approach mandates a full review of the validity and applicability of the arbitration agreement, requiring the court to apply a much higher standard to find that “the claimant *actually* acted in breach of an undertaking to arbitrate” before submitting the dispute to arbitration (Bachand, at p. 463). In my view this latter approach is consistent with the test employed by the motion judge.

[26] The majority decision of Deschamps J. in *Dell* cites *Gulf Canada Resources Ltd.* and *Dalimpex* (at para. 82) as examples of the *prima facie* approach, although both refer to the threshold of arguability. *Dell* therefore confirms that “*prima facie*” and “arguable” in this area of the law are synonymous. Applying *Dell*, I would hold that the current state of the law requires that a court must make a referral to arbitration and issue a stay of proceedings if the defendant (applicant on a stay motion) in an UNCITRAL-related dispute establishes a *prima facie* case that an arbitration clause exists and that it applies in the circumstances. I therefore conclude the trial judge erred when he applied a balance of probabilities test to the jurisdictional issue.

[27] While I have opined that in the jurisprudence the terms “*prima facie*” and “arguable” are synonymous, I prefer the use of the term “*prima facie*”. Those words connote the minimal standard of “reasonable likelihood” in a manner that is, in my view, not met by the word “arguable”.

C. *Consequences of the motion judge’s failure to apply a prima facie standard.*

[28] The question confronting this Court is, given the application of the incorrect standard by the trial judge, should the appeal be allowed and the matter referred to the motion judge for decision based upon the *prima facie* threshold? I think not. The case was argued in the court below on the basis of affidavit and documentary evidence. The trial judge heard no oral testimony. He was not called upon to make any credibility findings. As a result, this Court is equally capable of reviewing the evidence and applying the correct standard. Authority for this proposition can be found in Rule 62.21(1) of the *Rules of Court*, which provides that the “Court of Appeal may draw inferences of fact, render any decision and make any order which ought to have been made, and may make such further or other order as the case may require (see *Gay et al. v. Regional Health Authority 7 and Dr. Menon*, 2013 NBCA 10, [2013] N.B.J. No. 33 (QL); *New Brunswick (Minister of Social Development) v. G.B.*, 2012 NBCA 62, 392 N.B.R. (2d) 209; *AMEC Americas Limited v. MacWilliams*, 2012 NBCA 46, 388 N.B.R. (2d) 254; *Wallace v. Thibodeau*, 2008 NBCA 78, 337 N.B.R. (2d) 342. Should we not take this approach, the parties would incur additional costs and experience further delays in having this matter resolved.

[29] The facts are straightforward. The respondents and the appellant invested heavily in one another. One of the instruments which defined their new relationship is the Arrangement Agreement. The parties made extensive undertakings one toward the other. The respondents contend its claim in oppression is founded upon four largely uncontested facts:

1. The appellant’s involvement, unbeknownst to the respondents, in a U.S. tax evasion scheme. This

misconduct was admitted in February 2009 in a Deferred Prosecution Agreement with the U.S. Department of Justice and the U.S. Securities and Exchange Commission, by which the appellant was required to pay \$780,000,000 USD (approximately \$1 billion CDN at the time);

2. The appellant's apparent over-investment in the United States' subprime mortgage business. This overexposure resulted in losses between 2007 and 2009 of approximately \$57,000,000,000 CDN.
3. The appellant's admission in 2011 that a breakdown in its risk control system and the incompetence of its most senior executives had contributed to the loss of approximately \$2,300,000,000 USD. [This varies from a low of \$2,242,960,000 CDN on September 1, 2011, to a high of \$2,389,470,000 CDN on the 30th.]
4. The appellant's involvement, disclosed in February 2012, in an international scandal over the manipulation of lending rates, in particular the London Interbank Offered Rate (LIBOR). As a result of the LIBOR scandal, the appellant was fined approximately \$1,500,000,000 by American, British and Swiss authorities.

[30] The respondents say the Arrangement Agreement is silent with respect to those issues, and furthermore, some involve fraud and tax evasion which could not have been contemplated by the parties at the time of signing. It follows, according to them, that the Arrangement Agreement and, hence the arbitration agreement, do not apply to the

present dispute. That approach is, in my view, overly simplistic. The language set out in Articles 3 and 4 dealing with Representations and Obligations *prima facie* contemplate some sort of recourse for the very conduct about which the respondents complain. In addition, I would note that the statement of claim makes numerous references to misrepresentation on the part of the appellant. I am of the view that allegations of fraud and misrepresentation are *prima facie* contemplated by the language of the Arrangement Agreement and, hence, the arbitration clause (see *Strata Plan BCS 3165 v. 1100 Georgia Partnership*, 2013 BCSC 1708, [2013] B.C.J. No. 2043 (QL), for an exhaustive review of jurisprudence in which courts have concluded that allegations of fraud and misrepresentation may be determined by arbitration).

[31] In view of all of the above, I am satisfied the appellant has made out a *prima facie* case that the current dispute arises, at least in part, out of or in relation to the Arrangement Agreement.

D. *Motion judge's failure to follow jurisprudence which permits a multiplicity of proceedings*

[32] The motion judge concluded some issues in dispute fall within the terms of the arbitration clause and some do not. He also concluded that those issues which are to be decided by arbitration also fall within the jurisdiction of the court. To “avoid a multiplicity of proceedings” the Court chose to deal with all issues (para. 32). The appellant contends the motion judge, in his effort to avoid a multiplicity of proceedings, failed to follow the jurisprudence set out in *Opron Inc. v. Canaport Ltd.*, 2008 NBQB 202, [2008] N.B.J. No. 225 (QL), and *SNC-SNAM, G.P., a partnership between SNC-Lavalin Inc. and Snamprogetti Canada Inc. v. Opron Maritimes Construction Ltd. et al.*, 2011 NBCA 60, 386 N.B.R. (2d) 1, which hold that matters to be arbitrated must be arbitrated and other issues between the parties may proceed to court. Subject to the observation set out immediately below, I agree.

[33] Furthermore, consistent with the Model Law and the competence-competence principle, once the motion judge decided some of the issues were appropriate for arbitration, he was required to impose a stay of proceedings on all matters. An arbitrator would then determine the extent or scope of his or her jurisdiction. The arbitrator would be entitled to claim jurisdiction over some or all of the matters in dispute. Depending upon the arbitrator's decision, the plaintiff might return to the courts for one of two purposes: (1) to seek judicial review of the arbitrator's decision on jurisdiction; or (2) to proceed before the courts on those matters over which the arbitrator declines jurisdiction.

IV. Conclusion

[34] Based upon all of the above, I conclude the motion judge had the authority to make the inquiries he did. I am of the view, however, that he applied the wrong test to determine whether the dispute falls within the scope of the arbitration clause. After considering the text of the Arrangement Agreement, the facts as pled and the text of the arbitration clause, I am satisfied the *prima facie* threshold which is to be applied in matters where the Model Law is engaged, was met. The motion judge erred when he refused to order a stay of proceedings and refer the matter to arbitration. For these reasons, I would allow the appeal with costs of \$10,000, order a stay of proceedings in the court below and refer the matter to an arbitrator.

B. RICHARD BELL, J.A.

WE CONCUR:

J.T. ROBERTSON, J.A.

BRADLEY V. GREEN, J.A.

LE JUGE BELL

I. Introduction et résumé des faits

[1] L'appelante ainsi que l'ensemble des intimés sont des acteurs expérimentés dans le domaine des services bancaires d'investissement. Jusqu'en 1989, les intimés étaient actionnaires d'une maison de courtage de valeurs appartenant exclusivement aux employés, UBS Bunting Limited (Bunting). En 1989, la société prédécesseure de l'appelante a acquis la moitié des actions de Bunting, laquelle a alors été exploitée comme coentreprise. En 2006, les parties ont réorganisé les affaires de leur société au Nouveau-Brunswick et ont passé une série de conventions aux termes desquelles l'appelante a acquis la moitié restante des actions de Bunting. En échange de leurs actions, les intimés ont obtenu une combinaison de sommes en espèces, d'actions de l'appelante et d'actions de la société mère de l'appelante, UBS AG, une entreprise internationale de services financiers et d'investissement organisée en vertu des lois de la Suisse.

[2] La migration des affaires des parties vers le Nouveau-Brunswick a supposé la passation d'un certain nombre de conventions et d'instruments, notamment les suivants :

1. Les statuts de fusion de Bunting et de l'appelante établis en vertu de la *Loi sur les corporations commerciales*, L.N.-B. 1981, ch. B-9.1;
2. Un règlement administratif nouvellement adopté par l'appelante (le « règlement administratif »), régi par le droit du Nouveau-Brunswick;
3. Des ordonnances approuvant un projet d'arrangement en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16;

4. La convention d'arrangement (février 2006);
5. Une convention de contrepartie et de gouvernance (mars 2006);
6. Des lettres d'accompagnement;
7. Une convention d'actionnaires à l'intention des anciens actionnaires de Bunting.

[3] Ces documents, dans leur ensemble, avaient pour but de créer une société néo-brunswickoise régie par la *Loi sur les corporations commerciales* du Nouveau-Brunswick ainsi que par la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.N.-B. 2004, ch. S-5.5, et de déplacer les actionnaires vers le Nouveau-Brunswick.

[4] Ni les statuts de fusion ni le règlement administratif ne contiennent de clause d'arbitrage ou de clause prescrivant le ressort où seront tranchés les différends. Il s'ensuit que les droits et attentes des parties relativement à ces instruments sont assujettis à la compétence des tribunaux du Nouveau-Brunswick. La convention de contrepartie et de gouvernance contient une clause d'arbitrage qui traite du rajustement de la contrepartie versée aux ex-employés et actionnaires de Bunting dans des circonstances issues d'une mesure de réglementation [TRADUCTION] « extraordinaire ». La convention d'arrangement contient une clause d'arbitrage qui est au cœur même du présent litige. Les parties pertinentes de cette clause sont ainsi rédigées :

[TRADUCTION]

11.1 **Arbitrage.** Lorsque les parties n'arrivent pas à régler un litige ou une demande découlant de la présente convention, savoir l'arrangement, ou s'y rapportant, y compris un litige concernant son interprétation, son exécution, sa violation ou son exécution forcée (les « litiges »), l'une ou l'autre d'entre elles peut soumettre le litige à l'arbitrage. Dans ce cas, le litige sera tranché par voie d'arbitrage en vertu de la *Loi sur l'arbitrage commercial international* (Ontario) [...]

[5] Compte tenu des observations qui précèdent, il est évident que les parties ont voulu que certains litiges susceptibles de se faire jour dans le cadre de leur nouvelle relation soient tranchés par les tribunaux et d'autres, par voie d'arbitrage.

[6] La convention d'arrangement, à l'exclusion des annexes, compte cinquante-deux pages. On trouve un résumé utile de son objet à la page introductive sous la rubrique [TRADUCTION] « CONTEXTE » :

[TRADUCTION]

Bunting Limited se propose de réorganiser ses droits de propriété dans le cadre d'un projet d'arrangement aux termes duquel les détenteurs d'actions de la catégorie A de Bunting Limited échangeront leur actions contre une combinaison de sommes en espèces, d'actions échangeables et d'actions d'UBS ou le droit de les recevoir.

Pour effectuer cette réorganisation, Bunting Limited a convenu de présenter le projet d'arrangement et les opérations connexes aux actionnaires vendeurs, à UBS Canada, en sa qualité de détentrice des actions de la catégorie B, et à la Cour supérieure de justice de l'Ontario afin qu'ils les approuvent.

[7] Comme on pouvait s'y attendre, la convention d'arrangement traite d'une multitude de questions. Par exemple, elle contient des dispositions qui prescrivent la nomination de fondés de pouvoir à certaines fins, les dépôts qui sont nécessaires, les dates auxquelles certaines mesures seront prises, la procédure et les dates de transfert des actions, les conditions des conventions d'actionnaires et les droits de rachat d'actions avant certaines dates, lorsque surviennent des événements comme une démission, la retraite ou une cessation d'emploi. L'article 3 est consacré exclusivement aux déclarations et garanties. Dans cet article, l'appelante fait des déclarations et donne des garanties relativement à des questions comme sa capacité de passer des conventions, sa personnalité juridique et l'obtention des approbations des organes de réglementation. Les actionnaires appartenant à la haute direction de Bunting déclarent formellement, à l'alinéa 3.4(p), que Bunting n'a pas de dettes importantes non réglées autres que celles qui ont été divulguées ou qui pourraient se faire jour dans le cours ordinaire des affaires

après le 31 décembre 2005 et qu'elle dirige son entreprise en conformité avec toutes les lois applicables (alinéa 3.4(q)). L'article 4 énonce les obligations générales qui sont imposées aux parties. À cet article, l'appelante prend l'engagement, notamment, de [TRADUCTION] « préserver l'intégralité de son entreprise et de ses droits substantiels », de [TRADUCTION] « préserver ses rapports avec sa clientèle et d'autres personnes qui entretiennent des relations d'affaires avec elle » et de signaler à Bunting [TRADUCTION] « tout effet négatif important sur UBS ou les circonstances ou faits nouveaux raisonnablement susceptibles d'avoir un effet négatif important sur UBS ».

[8] En 2012, les intimés ont déposé une action dans laquelle ils opposent une demande à l'appelante et à deux autres défenderesses afin d'obtenir les redressements pour abus de droits énoncés au par. 166(3) de la *Loi sur les corporations commerciales* du Nouveau-Brunswick. Dans leur demande, ils sollicitent notamment les mesures réparatoires suivantes :

[TRADUCTION]

- a) Un jugement déclaratoire portant que les demandeurs sont des « personne[s] qui [ont] subi un préjudice » aux termes de la *Loi sur les corporations commerciales* du Nouveau-Brunswick;
- b) Un jugement déclaratoire portant que les défenderesses ont abusé des droits des demandeurs, en leur qualité d'actionnaires actuels et d'ex-actionnaires et employés des corporations défenderesses, ou ont porté atteinte à leurs intérêts ou n'en ont pas tenu compte en raison de leurs actes ou omissions et par la façon dont elles ont exercé l'activité et les affaires internes des corporations défenderesses;
- c) Une ordonnance enjoignant aux défenderesses d'indemniser les demandeurs, indemnisation dont le montant sera précisé en détail avant le procès, au titre de la perte des gains que les demandeurs auraient faits à titre d'actionnaires et employés de Bunting si les défenderesses ne les avaient pas incités à échanger leurs intérêts dans Bunting contre des intérêts dans UBS [la société mère] et Holding [l'appelante]. [...]

[9] Bien que les intimés n'invoquent aucune cause d'action autre que celle à laquelle donnent lieu les redressements pour abus de droits énoncés dans la *Loi sur les corporations commerciales* du Nouveau-Brunswick, dans le texte de leurs plaidoiries, ils s'appuient, en partie, sur des assertions inexactes faites par l'appelante pendant la période qui a précédé et la période qui a suivi la passation de la convention d'arrangement. Les intimés font valoir que puisque l'on ne prétend pas qu'il y a eu rupture de la convention, la clause d'arbitrage ne s'applique pas – son seul objet étant de fournir un moyen d'interpréter et d'appliquer la convention en cas de différend à cet égard. L'appelante affirme que le présent litige découle forcément de la convention et s'y rapporte. Pour dire les choses simplement, sans la convention, il n'y aurait pas de relation entre les parties et donc, aucun différend les opposant. De plus, l'appelante invoque le libellé de la convention d'arrangement ainsi que l'allégation d'assertion inexacte formulée par les intimés à l'appui de sa prétention selon laquelle le différend découle de la convention ou s'y rapporte et doit donc obligatoirement être réglé par voie d'arbitrage.

[10] L'appelante a déposé devant le tribunal d'instance inférieure une motion dans laquelle elle sollicitait, parmi d'autres mesures réparatoires, la suspension de l'instance et une ordonnance renvoyant le litige à l'arbitrage [TRADUCTION] « conformément à la clause d'arbitrage énoncée dans la convention d'arrangement ». Elle prétendait que le litige dont il est fait état dans l'exposé de la demande modifié [TRADUCTION] « découlait de » la convention d'arrangement [TRADUCTION] « ou s'y rapportait ». Il s'ensuit, selon l'appelante, que la question doit être soumise à un arbitrage régi par la *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.O. 1990, ch. I.9, comme le prescrit la clause d'arbitrage. Les paragraphes 8(1) et 16(1) de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* sont en partie rédigés ainsi :

8(1) Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

16(1) Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

[Je souligne.]

[11] Le juge saisi de la motion a rejeté la demande de suspension de l'instance et a refusé de renvoyer le différend à l'arbitrage. Il a conclu qu'il lui fallait décider, et qu'il s'agissait là d'une question préjudicielle, [TRADUCTION] « si la principale question à trancher relevait ou non de la compétence exclusive de l'arbitre » (par. 22). Pour en arriver à sa décision que l'arbitre n'avait pas compétence exclusive pour trancher les questions en litige, le juge saisi de la motion a effectué une analyse en deux étapes. Premièrement, il a examiné [TRADUCTION] l'« essentiel » de la demande et a estimé qu'il [TRADUCTION] « allait bien au-delà » de l'opération. Il s'est dit d'avis que les mesures réparatoires demandées sous le régime de la *Loi sur les corporations commerciales* du Nouveau-Brunswick fondaient les prétentions des demandeurs et ne se rapportaient pas à l'arrangement. Deuxièmement, il s'est demandé si un arbitre posséderait une [TRADUCTION] « expertise particulière », supérieure à celle que possède un tribunal judiciaire, aux fins d'examiner la question préjudicielle ressortissant à la compétence. Le juge saisi de la motion semble avoir appliqué le critère de la prépondérance des probabilités à ces deux questions : la nature ou [TRADUCTION] l'« essentiel » de la demande et la question de savoir si c'est un arbitre ou un tribunal judiciaire qui est le plus apte à trancher la question de la compétence.

II. Les moyens d'appel

[12] L'appelante prétend que le juge saisi de la motion a notamment commis les erreurs suivantes :

[TRADUCTION]

- (i) Il n'a pas appliqué le critère « bien établi » qui veut que lorsqu'il sollicite une suspension en faveur de l'arbitrage, l'appelant n'a qu'à établir qu'il est « possible de soutenir » que le litige est visé, en tout ou en partie, par la clause d'arbitrage;
- (ii) Il n'a pas conclu qu'il était à tout le moins possible de soutenir que la demande des intimés était effectivement une demande en vue d'obtenir la résolution de la convention d'arrangement ou une indemnisation équivalente à la baisse de la valeur des actions imputable à l'inconduite de l'appelante, laquelle « découle » dans les deux cas « de la convention d'arrangement et s'y rapporte ».
- (iii) Il n'a pas suivi la jurisprudence de la Cour qui établit que les questions qui sont jugées être visées par la clause d'arbitrage doivent être renvoyées à l'arbitrage.

III. Analyse

A. *Le rôle des tribunaux judiciaires aux fins de trancher la question de la compétence*

[13] Les intimés prétendent que le juge saisi de la motion, à qui l'on avait présenté une motion en suspension de l'instance, possédait la compétence voulue pour décider si le différend opposant les parties relevait des dispositions de la clause d'arbitrage. L'appelante prétend qu'il est [TRADUCTION] « insoutenable » que le juge du procès ait conclu que le tribunal arbitral n'avait pas [TRADUCTION] d'« expertise particulière » lui permettant de déterminer l'étendue de sa propre compétence. S'appuyant sur la *Loi type de la CNUDCI*, l'appelante prétend que le juge saisi de la motion aurait dû s'en remettre au tribunal arbitral sur la question de la compétence, parce que celui-ci était mieux en mesure de trancher cette question.

[14] À supposer qu'une clause d'arbitrage existe, il faut établir une distinction entre le fait de décider si un arbitre a une compétence quelconque et celui de déterminer l'étendue de cette compétence. Le juge appelé à examiner une motion en suspension dans

une instance de cette nature doit inévitablement se demander si l'arbitre a une compétence quelconque.

[15] À mon avis, la norme de preuve qu'appliquent les tribunaux judiciaires aux fins de déterminer s'il existe une clause d'arbitrage et si l'objet du litige relève de cette clause diffère selon que l'on applique ou non la *Loi type de la CNUDCI*. Dans l'affaire *Finkelstein c. Bisk*, [2004] O.J. No. 1176 (QL), conf. [2004] O.J. No. 4365 (C.A.) (QL), dans laquelle la *Loi type de la CNUDCI* ne s'appliquait pas, la juge Karakatsanis (tel était alors son titre) a examiné une motion en suspension de l'action engagée par un demandeur juif (l'investisseur) contre un défendeur juif pour des pertes substantielles subies au titre de l'investissement du demandeur. Le défendeur a prétendu que le demandeur avait accepté que leurs différends soient tranchés par un tribunal ecclésiastique, connu dans leur groupe confessionnel sous le nom de Beis Din. Le demandeur a nié l'existence d'un accord de cette nature. La juge Karakatsanis, qui a rejeté la motion, a examiné les faits, qui comprenaient des preuves contradictoires, pour conclure qu'il n'existait aucune intention de soumettre les différends à l'arbitrage. Les éléments de preuve déposés devant elle étaient notamment les suivants : (1) dans le passé, le demandeur avait réglé des questions familiales sans rapport avec l'affaire par l'intermédiaire du Beis Din; (2) les défendeurs avaient fait valoir qu'il avait été convenu oralement de soumettre les différends à l'arbitrage; (3) le demandeur était allé voir le rabbin qui était le secrétaire du Beis Din et lui avait demandé d'intervenir pour aider à résoudre le différend; et (4) le Beis Din avait lancé une assignation à comparaître à l'intention d'un des défendeurs. Le défendeur en question avait comparu mais pas le demandeur.

[16] En appel, la Cour a conclu à l'unanimité que l'arbitre ne possédait pas d'expertise particulière ni d'autre avantage par rapport à la juge saisie de la motion sur la question de savoir s'il existait une intention de s'en remettre à l'arbitrage. La Cour a conclu que la juge saisie de la motion était fondée, même en présence d'éléments de preuve contradictoires, [TRADUCTION] à « tirer les conclusions nécessaires pour trancher la question préjudicielle qui lui avait été soumise dans le cadre de la motion »

(par. 7). Cette démarche semble avaliser l'application de la norme de preuve dite de la prépondérance des probabilités à la question de savoir s'il existe une clause d'arbitrage. En l'espèce, j'estime que le juge saisi de la motion a commis une erreur en appliquant cette norme à un différend qui fait intervenir la *Loi type de la CNUDCI*.

[17] L'arrêt *Patel c. Kanbay International Inc.*, 2008 ONCA 867, [2008] O.J. No. 5256 (QL), concernait un arbitrage commercial international dans le cadre duquel le paragraphe 8(1) de la *Loi type de la CNUDCI* s'appliquait. Le demandeur avait poursuivi les défenderesses pour congédiement injustifié et assertion négligente et inexacte. Les assertions inexactes en question se rapportaient à un engagement selon lequel le demandeur obtiendrait une participation consistant en des actions d'une valeur considérable. Les défenderesses ont prétendu que la convention d'actionnaires contenait une clause d'arbitrage qui régissait le règlement de tous les différends opposant les parties. Le demandeur a contesté la motion en suspension et en renvoi à l'arbitrage pour le motif que la convention d'arbitrage concernait la convention d'actionnaires et non le contrat de travail. Le demandeur a eu gain de cause. Le juge d'appel Goudge, qui rendait le jugement unanime de la Cour, a confirmé que la clause arbitrale se limitait aux questions ressortissant à la convention d'actionnaires et a dit ceci :

[TRADUCTION]

[...] Bien que la jurisprudence donne à penser qu'il vaut mieux laisser au tribunal arbitral le soin de se prononcer, au final, sur la portée de la convention d'arbitrage (puisque la question même de la compétence relève de la compétence de ce tribunal), lorsqu'il est clair que la question ne relève pas de la convention d'arbitrage, la Cour devrait tirer elle-même cette conclusion et refuser de renvoyer l'affaire à l'arbitrage. [...] [Par. 18]

[Je souligne.]

[18] Dans l'affaire *Dalimpex Ltd. c. Janicki; Agros Trading Spolka Z.O.O. c. Dalimpex Ltd.*, [2003] O.J. No. 2094 (C.A.) (QL), les parties entretenaient, depuis longtemps, une relation d'affaires complexe qui était régie par la *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.O. 1990, ch. I.9, et la *Loi type de la CNUDCI*. Dalimpex était une compagnie canadienne qui importait et distribuait des marchandises fabriquées

en Pologne. En 1983, les parties avaient passé une convention de mandat qui disposait que tous les différends devaient être réglés par le tribunal arbitral de la Chambre polonaise de commerce extérieur. Dans le cadre de leur relation d'affaires, un différend concernant une garantie sur une marge de crédit a été instruit devant le tribunal arbitral. Dalimpex a simultanément engagé contre son ancien employé, Janicki, et Agros une poursuite en justice dans laquelle elle a prétendu que Janicki avait comploté avec Agros et d'autres personnes en vue de causer un préjudice à Dalimpex en s'appropriant la clientèle de Dalimpex, ses renseignements confidentiels et ses activités dans l'alimentation au Canada. Dalimpex a prétendu, notamment, que les intimés s'étaient secrètement entendus entre eux afin qu'Agros se désiste de l'engagement qu'elle avait pris de garantir la dette de Dalimpex et ce, dans le but de causer un préjudice à Dalimpex. Agros a plaidé que le seul organisme compétent pour entendre la demande était le tribunal arbitral à Varsovie. Elle a demandé la suspension de l'instance. La suspension a été refusée en première instance mais accordée par la Cour divisionnaire, dont la décision a été confirmée en appel. La juge d'appel Charron (tel était alors son titre) a ainsi formulé la question :

[TRADUCTION]

[...] La question qui se pose est celle de savoir s'il incombe à la Cour, dans le cas où l'arbitre ou le tribunal arbitral a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence, de rendre une décision définitive sur la compétence de l'arbitre ou s'il vaut mieux laisser à l'arbitre le soin de trancher la question à titre de décideur de première instance. La réponse à cette question dépend en grande partie des dispositions législatives applicables, du libellé de la convention d'arbitrage et de la nature du différend. [Par. 18]

[Je souligne.]

[19] Se reportant à l'article 8 de la *Loi type de la CNUDCI*, la juge Charron a fait observer ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le libellé de l'article 8 a force obligatoire. Par conséquent, le tribunal judiciaire qui aurait par ailleurs compétence pour trancher une action dont il est saisi a l'obligation de renvoyer à l'arbitrage les questions qui font l'objet d'une convention d'arbitrage conformément à la convention

intervenue entre les parties. Il ne fait aucun doute que le tribunal judiciaire, et non le tribunal arbitral, a compétence pour statuer sur sa propre compétence en ce qui concerne l'action dont il est saisi. Il arrive souvent, lorsqu'il détermine l'étendue de sa propre compétence, qu'un tribunal judiciaire tire des conclusions déterminantes concernant la portée de la convention d'arbitrage. [...] [Par. 20]

Bien que la décision de la Cour quant à l'étendue de sa propre compétence puisse, dans certains cas, être déterminante quant à la portée de la convention d'arbitrage, il importe de souligner que cela n'est pas nécessairement toujours le cas. Il faut laisser à l'arbitre le soin de faire une analyse et une évaluation détaillées de la portée de la clause arbitrale, sauf si, bien entendu, la clause arbitrale ne s'applique pas. À cette fin, la juge Charron cite, en marquant son approbation, la démarche qu'a adoptée le juge d'appel Hinkson dans l'arrêt *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.*, [1992] B.C.J. No. 500 (C.A.) (QL), où il a dit [TRADUCTION] qu'« il ne revient pas [...] au tribunal judiciaire appelé à statuer sur une demande de suspension d'instance de se prononcer de façon définitive sur la portée de la convention d'arbitrage [...] étant donné que [cette question est] du ressort du tribunal d'arbitrage ».

[20] La Cour suprême a examiné la question de la compétence dans l'arrêt *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, affaire que ni l'une ni l'autre parties n'ont citée devant notre Cour ou devant le juge saisi de la motion. La juge Deschamps, qui rendait le jugement de la majorité, a ainsi formulé l'examen qu'il convient de faire : « La présente partie a pour objectif de déterminer qui de l'arbitre ou du tribunal judiciaire devrait entendre, en premier, les arguments soulevés par les parties concernant la validité ou l'applicabilité d'une convention d'arbitrage » (par. 68). La juge Deschamps commence son analyse en soulignant que deux courants s'opposent sur la question de savoir qui statue sur la compétence : suivant l'un, le courant interventionniste, il est préférable de laisser le tribunal judiciaire trancher immédiatement toute contestation concernant la compétence de l'arbitre. Le deuxième courant penche en faveur de l'exercice par l'arbitre de son pouvoir de se prononcer en premier lieu sur sa propre compétence et sur l'étendue de cette compétence, sous réserve, bien entendu d'une

contestation par voie de contrôle judiciaire. Ce principe est maintenant connu comme le principe de compétence-compétence. Il a été adopté par les paragraphes 8(1) et 16(1) de la *Loi type* et est largement accepté dans la jurisprudence (voir les arrêts *Dell Computer Corp.*, *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531, et *Jean Estate c. Wires Jolley LLP*, 2009 ONCA 339, [2009] O.J. No. 1734 (QL)). Dans l'arrêt *Jean Estate*, la juge d'appel Weiler a dit du principe compétence-compétence qu'il est un principe [TRADUCTION] « de déférence envers l'arbitre et il signifie que l'arbitre est compétent pour statuer sur sa propre compétence et pour statuer sur les objections à cette compétence » (par. 47). Dans l'arrêt *Dell Computer Corp.*, la juge Deschamps a appliqué ce principe et a posé une règle générale, suivie de deux exceptions. La règle générale est que « lorsqu'il existe une clause d'arbitrage, toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être tranchée par ce dernier » (par. 84). Les exceptions sont les suivantes :

1. Le tribunal ne devrait déroger à la règle du renvoi systématique à l'arbitrage que dans les cas où la contestation repose exclusivement sur une question de droit. Cette démarche permet à la Cour de trancher une fois pour toutes l'argument de droit relatif à la compétence de l'arbitre, et évite le dédoublement d'un débat strictement juridique.
2. Si la contestation de la compétence (les questions de droit) soulève des questions mixtes de droit et de fait, le tribunal saisi de la demande de renvoi devra favoriser le renvoi, sauf si les questions de fait n'impliquent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier.

B. *Le critère préliminaire utilisé aux fins d'appliquer le principe de compétence-compétence*

[21] L'appelante prétend que s'il est [TRADUCTION] « possible de soutenir » que les questions à trancher sont visées par la clause d'arbitrage, la Cour doit se déclarer incompétente et s'en remettre à la compétence de l'arbitre. Le juge saisi de la motion a ainsi formulé la question : [TRADUCTION] « La question consiste maintenant à savoir

si l'action des demandeurs découle de l'arrangement ou s'y rapporte » (par. 28). Il n'a pas demandé s'il était [TRADUCTION] « possible de soutenir » que la demande découlait de l'arrangement ou s'y rapportait.

[22] Il existe des appuis substantiels en faveur de la position que fait valoir l'appelante. Le critère préliminaire voulant qu'il soit possible de soutenir que le litige est visé par la convention d'arbitrage a été examiné pour la première fois dans l'arrêt *Gulf Canada Resources Ltd.* Le juge d'appel Hinkson, qui rendait le jugement unanime de la Cour, a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Lorsqu'il est possible de soutenir que le litige est visé par la convention d'arbitrage ou qu'une partie à la procédure est également partie à cette convention, alors, selon moi, la suspension de l'instance devrait être accordée et ces questions devraient être laissées au tribunal d'arbitrage. [Je souligne.]

[23] Dans l'arrêt *Dalimpex*, la juge Charron dit qu'il [TRADUCTION] « est au moins possible de soutenir que les litiges [...] sont visés par la convention d'arbitrage [...] » (par. 3). Dans l'affaire *Secure Solutions Inc. c. Smiths Detection Toronto Ltd.*, 2011 ONCA 337, [2011] O.J. No. 2040 (QL), les parties n'arrivaient pas à s'entendre sur la question de savoir si elles étaient liées par une clause d'arbitrage valide et exécutoire. La Cour a appliqué le critère préliminaire qui intervient dans le cadre d'une motion en suspension de l'instance et qui veut que l'on [TRADUCTION] « puisse le soutenir » et a dit ceci : [TRADUCTION] « La première question à trancher est celle de savoir s'il est possible de soutenir qu'il y a une clause d'arbitrage dans un contrat qui continue d'exister entre les parties » (par. 3). [Je souligne.]

[24] Dans l'arrêt *Dell*, la juge Deschamps n'emploie pas l'expression « possible de soutenir » pour définir le critère préliminaire. Elle mentionne plutôt, à plusieurs reprises, l'application d'un critère « de l'analyse sommaire » (appelée aussi *prima facie*) aux fins de décider si la question de la compétence doit être tranchée par un arbitre. La démarche fondée sur l'analyse sommaire a finalement été adoptée, comme l'a

préconisé Frédéric Bachand dans l'article intitulé « Does Article 8 of the Model Law Call for Full or *Prima Facie* Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction? » (2006) 22:3 Arb Int'l 463.

[25] La démarche fondée sur l'analyse sommaire traduit une approche respectueuse à l'endroit de l'arbitrage. La Cour doit renvoyer l'affaire à l'arbitrage en vertu de l'article 8 [TRADUCTION] « dès lors qu'elle conclut qu'il existe une *probabilité raisonnable* que le demandeur a agi en violation d'une obligation de soumettre les différends à l'arbitrage » (Bachand, p. 463). Par contraste, l'autre démarche globale qui existe prescrit un examen complet de la validité et de l'applicabilité de la convention d'arbitrage, ce qui oblige la Cour à appliquer une norme beaucoup plus stricte aux fins de conclure que [TRADUCTION] « le demandeur a *effectivement* agi en violation d'une clause compromissoire » avant de soumettre le différend à l'arbitrage (Bachand, à la p. 463). À mon avis, cette dernière démarche est compatible avec le critère qu'a appliqué le juge saisi de la motion.

[26] Dans la décision majoritaire qu'elle a rendue dans l'affaire *Dell*, la juge Deschamps cite les arrêts *Gulf Canada Resources Ltd.* et *Dalimpex* (au par. 82) comme des exemples de la démarche dite de l'analyse sommaire bien que l'on parle, dans ces deux arrêts, du critère préliminaire voulant qu'il soit possible de soutenir que le litige est visé par la convention d'arbitrage. L'arrêt *Dell* confirme donc que « l'analyse sommaire » et la « possibilité de soutenir » sont, dans ce domaine du droit, synonymes. Si j'applique l'arrêt *Dell*, je suis d'avis de conclure que dans l'état actuel du droit, la Cour doit prononcer le renvoi à l'arbitrage et la suspension de l'instance si le défendeur (le requérant dans le cadre d'une motion en suspension) dans un litige où intervient la *Loi type de la CNUDCI* établit, suivant une analyse sommaire (aussi dite *prima facie*), qu'il existe une clause arbitrale et qu'elle s'applique dans les circonstances. Je conclus donc que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a appliqué le critère de la prépondérance des probabilités à la question de la compétence.

[27] Bien que je me sois dit d'avis que dans la jurisprudence, les expressions « analyse sommaire » et « possible de soutenir » sont synonymes, je préfère l'emploi de

l'expression « analyse sommaire ». Cette expression traduit la norme minimale de la « probabilité raisonnable » d'une façon que n'égale pas, à mon avis, l'expression « possible de soutenir ».

C. *Les conséquences du défaut du juge saisi de la motion d'appliquer la norme de l'analyse sommaire.*

[28] La question que doit trancher notre Cour est celle-ci : Étant donné que le juge du procès a appliqué la mauvaise norme, y a-t-il lieu d'accueillir l'appel et de renvoyer l'affaire au juge saisi de la motion afin qu'il rende une décision fondée sur le critère préliminaire de l'analyse sommaire? Je pense que non. L'affaire a été instruite devant le tribunal d'instance inférieure sur la base d'une preuve par affidavit et d'une preuve documentaire. Le juge du procès n'a entendu aucun témoignage oral. Il n'avait pas à tirer de conclusions sur la crédibilité. Il s'ensuit que notre Cour est également capable de réexaminer la preuve et d'appliquer la bonne norme. Cette proposition trouve appui dans la règle 62.21(1) des *Règles de procédure*, qui dispose que la « Cour d'appel peut faire des inférences à partir des faits et rendre toute décision ou ordonnance qui aurait dû être rendue. Elle peut également rendre toute autre ordonnance appropriée à la cause » (voir les arrêts *Gay et autres c. Régie régionale de la santé 7 et D' Menon*, 2013 NBCA 10, [2013] A.N.-B. n° 33 (QL); *Le ministre du Développement social c. G.B., F.H. et R.O.*, 2012 NBCA 62, 392 R.N.-B. (2^e) 209; *AMEC Amériques Limitée c. MacWilliams*, 2012 NBCA 46, 388 R.N.-B. (2^e) 254; et *Wallace c. Thibodeau*, 2008 NBCA 78, 337 R.N.-B. (2^e) 342. Si nous n'adoptons pas cette démarche, les parties devraient supporter des coûts additionnels et subir d'autres retards dans le règlement de la présente affaire.

[29] Les faits sont simples. Les intimés et l'appelante ont investi des sommes considérables les uns dans les autres. L'un des instruments qui ont défini leur nouvelle relation est la convention d'arrangement. Les parties ont pris de nombreux engagements l'une envers l'autre. Les intimés prétendent que leur demande pour abus de droits est fondée sur quatre faits en grande partie incontestés :

[TRADUCTION]

1. La participation de l'appelante, à l'insu des intimés, à un stratagème élaboré en vue de commettre une fraude fiscale aux États-Unis. Cette inconduite a été reconnue en février 2009 dans une entente de suspension de poursuite passée avec le département de la Justice des États-Unis et la Securities and Exchange Commission des États-Unis, aux termes de laquelle l'appelante devait verser 780 000 000 \$ US (soit environ 1 milliard de dollars CA à l'époque);
2. Le surinvestissement apparent de l'appelante dans le marché des prêts hypothécaires à risque des États-Unis. Cette surexposition a entraîné, entre 2007 et 2009, des pertes d'environ 57 000 000 000 \$ CA.
3. L'aveu de l'appelante, fait en 2011, selon lequel une défaillance de son système de limitation du risque et l'incompétence de ses cadres supérieurs avaient contribué à la perte d'environ 2 300 000 000 \$ US. [Cela varie d'un minimum de 2 242 960 000 \$ CA le 1^{er} septembre 2011 à un maximum de 2 389 470 000 \$ CA le 30.]
4. La participation de l'appelante, divulguée en février 2012, à un scandale international se rapportant à la manipulation des taux débiteurs, plus précisément le taux interbancaire offert à Londres (le taux LIBOR). Par suite du scandale du taux LIBOR, les autorités américaines, britanniques et suisses ont imposé à l'appelante une amende d'environ 1 500 000 000 \$.

[30]

Les intimés affirment que la convention d'arrangement est muette sur ces questions et que de plus, certaines d'entre elles ressortissent à de la fraude, notamment fiscale, que les parties n'auraient pas pu envisager au moment de passer la convention. Il s'ensuit, selon eux, que la convention d'arrangement et donc, la convention d'arbitrage, ne s'appliquent pas au présent litige. Cette approche est, à mon sens, beaucoup trop simpliste. Le libellé des articles 3 et 4, qui traitent des déclarations et des obligations, prévoit, suivant un examen sommaire, un genre de recours pour la conduite même dont se plaignent les intimés. De plus, je soulignerais que l'exposé de la demande contient de nombreuses mentions du fait que l'appelante aurait fait des assertions inexactes. J'estime

que les allégations de fraude et d'assertions inexactes sont, suivant un examen sommaire, envisagées par le libellé de la convention d'arrangement et, donc, par la clause d'arbitrage (voir la décision *Strata Plan BCS 3165 c. 1100 Georgia Partnership*, 2013 BCSC 1708, [2013] B.C.J. No. 2043 (QL), pour un examen exhaustif de la jurisprudence dans laquelle les tribunaux ont conclu que des allégations de fraude et d'assertion inexacte peuvent être tranchées par voie d'arbitrage).

[31] Compte tenu de tout ce qui précède, je suis convaincu que l'appelante a établi, suivant un examen sommaire, que le litige qui nous occupe en l'espèce découle, du moins en partie, de la convention d'arrangement ou s'y rapporte.

E. *Le défaut du juge saisi de la motion de suivre la jurisprudence qui permet la multiplicité des instances*

[32] Le juge saisi de la motion a conclu que certaines des questions en litige sont visées par le libellé de la clause d'arbitrage et que d'autres ne le sont pas. Il a également conclu que les questions qui doivent être tranchées par voie d'arbitrage relèvent aussi de la compétence de la Cour. Pour [TRADUCTION] « éviter la multiplicité des instances », la Cour a choisi d'examiner toutes les questions en litige (par. 32). L'appelante prétend que le juge saisi de la motion, en s'efforçant d'éviter la multiplicité des instances, n'a pas suivi la jurisprudence établie dans la décision *Opron Inc. c. Canaport Ltd.*, 2008 NBBR 202, [2008] A.N.-B. n° 225 (QL), et dans l'arrêt *SNC-SNAM, S.E.N.C., société en nom collectif ayant comme associés SNC-Lavalin Inc. et Snamprogetti Canada Inc., c. Opron Maritimes Construction Ltd. et autre*, 2011 NBCA 60, 386 R.N.-B. (2^e) 1, où les tribunaux ont statué que les questions qui doivent être soumises à l'arbitrage doivent être tranchées par voie d'arbitrage et que les autres questions qui opposent les parties peuvent être instruites devant un tribunal judiciaire. Sous réserve de l'observation qui suit, je souscris à ces énoncés.

[33] De plus, conformément à la *Loi type* et au principe de compétence-compétence, une fois que le juge saisi de la motion a décidé que certaines

des questions en litige devaient être soumises à l'arbitrage, il était tenu de prononcer la suspension de l'instance relativement à toutes les questions à trancher. Un arbitre devait ensuite déterminer l'étendue ou la portée de sa compétence. L'arbitre aurait le droit de s'arroger la compétence sur certaines ou sur l'ensemble des questions en litige. Selon la décision de l'arbitre, la demanderesse pourrait s'adresser de nouveau aux tribunaux dans l'un ou l'autre des buts suivants : (1) solliciter le contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre sur la compétence; ou (2) faire instruire par les tribunaux les questions à l'égard desquelles l'arbitre se déclare incompétent.

IV. Conclusion

[34] Compte tenu de tout ce qui précède, je conclus que le juge saisi de la motion avait le pouvoir de faire les analyses qu'il a effectuées. Je suis d'avis, toutefois, qu'il a appliqué le mauvais critère aux fins de déterminer si le litige est visé par la clause d'arbitrage. Après avoir examiné le texte de la convention d'arrangement, les faits qui ont été plaidés et le texte de la clause d'arbitrage, je suis convaincu que le critère préliminaire de l'analyse sommaire qui doit être appliqué dans les instances où intervient la *Loi type* a été rempli. Le juge saisi de la motion a commis une erreur lorsqu'il a refusé d'ordonner la suspension de l'instance et de renvoyer l'affaire à l'arbitrage. Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens de 10 000 \$, d'ordonner la suspension de l'instance devant le tribunal de juridiction inférieure et de renvoyer l'affaire à un arbitre.