

L'ARBITRAGE DES DIFFÉRENDS
EN DROIT DE LA CONSOMMATION

UNE NOUVELLE APPROCHE

**ÉTUDE DE L'ARBITRABILITÉ DES LITIGES EN DROIT DE LA CONSOMMATION
ET DES ENJEUX SPÉCIFIQUES DE L'ARBITRAGE
ENTRE COMMERÇANTS ET CONSOMMATEURS**

PAR

STÉPHANIE RAYMOND-BOUGIE

Novembre 2003

A thesis submitted to McGill University, in partial fulfillment of the requirements of the degree
of Master of Laws from the Institute of Comparative Law
FACULTÉ DE DROIT – INSTITUT DE DROIT COMPARÉ
MCGILL UNIVERSITY, MONTRÉAL

© Copyright by Stéphanie Raymond-Bougie (2003)



Library and
Archives Canada

Bibliothèque et
Archives Canada

Published Heritage
Branch

Direction du
Patrimoine de l'édition

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file *Votre référence*

ISBN: 0-612-98814-7

Our file *Notre référence*

ISBN: 0-612-98814-7

NOTICE:

The author has granted a non-exclusive license allowing Library and Archives Canada to reproduce, publish, archive, preserve, conserve, communicate to the public by telecommunication or on the Internet, loan, distribute and sell theses worldwide, for commercial or non-commercial purposes, in microform, paper, electronic and/or any other formats.

The author retains copyright ownership and moral rights in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

AVIS:

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque et Archives Canada de reproduire, publier, archiver, sauvegarder, conserver, transmettre au public par télécommunication ou par l'Internet, prêter, distribuer et vendre des thèses partout dans le monde, à des fins commerciales ou autres, sur support microforme, papier, électronique et/ou autres formats.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protègent cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms may have been removed from this thesis.

Conformément à la loi canadienne sur la protection de la vie privée, quelques formulaires secondaires ont été enlevés de cette thèse.

While these forms may be included in the document page count, their removal does not represent any loss of content from the thesis.

Bien que ces formulaires aient inclus dans la pagination, il n'y aura aucun contenu manquant.


Canada

RÉSUMÉ/ABSTRACT

Les entreprises ne peuvent faire abstraction des litiges qui les opposent à leurs fournisseurs, leurs employés et aux consommateurs. Alors que l'arbitrage a déjà percé le milieu des affaires et du droit du travail, il demeure une méthode alternative de résolution des conflits très peu utilisée en droit de la consommation. Ce mémoire se veut un premier pas vers l'introduction de l'arbitrage pour régler les conflits qui opposent entreprises et consommateurs. Nous voulons ici guider les institutions financières, les compagnies d'assurance, le milieu des valeurs mobilières et les entreprises de biens et services dans la gestion de leurs conflits. Le cadre législatif québécois n'empêche pas, selon nous, l'utilisation de l'arbitrage. Au contraire, certains programmes, tel le PAVAC, OMBUDSMAN BANCAIRE, le SCAPC en assurance démontrent une volonté de voir régler rapidement, à moindre coût et par un tiers expérimenté les conflits de consommation. Nous espérons que ce texte saura inspirer les entreprises à prendre en main la gestion de leurs conflits tout en préservant les droits des consommateurs prévus à la législation québécoise.

Dispute resolution is an important issue for corporations. Whether the disputes are with their suppliers, employees or with consumers, managing disputes effectively is integral to healthy business risk management. While arbitration is a well-known alternative in disputes with suppliers or employees, its use is infrequent in disputes with consumers. The purpose of this thesis is to introduce arbitration as an option for alternative dispute resolution between businesses and consumers. Banking institutions, insurance companies, businesses in the securities industry and most suppliers of good and services can usefully take advantage of this tool. In our view, the legislative framework in Quebec does not create any barriers to the use of this technique, but provides for some guidelines that corporations must comply with. We hope this paper encourages companies to exercise control of the management of their disputes with consumers with the help of arbitration mechanisms that are at the same time consistent with consumers' rights as set out in Quebec legislation.

REMERCIEMENTS

La rédaction de ce mémoire fut pour moi une étape enrichissante mais également très exigeante. La présence et le soutien de plusieurs personnes m'ont permis de persévérer. J'aimerais ainsi souligner le dévouement de **M^{me} Michelle Desjarlais** qui s'est chargée de la révision linguistique de mon texte et m'a offert son amitié. Professeur de français à la retraite, auteur d'ouvrages pédagogiques et bachelière en droit depuis peu, elle a veillé, « clavier rouge » sous les doigts, à rendre plus agréable encore la lecture que vous vous préparez à faire de la présente étude.

Je dois également remercier le personnel du cabinet d'avocats **Desjardins Ducharme Stein Monast** qui m'a indéfectiblement encouragée et a toujours fait preuve d'une grande flexibilité. Les discussions que j'ai eues avec les avocats de ce cabinet m'ont permis d'approfondir plusieurs des questions que j'aborde dans l'examen que voici de l'arbitrage en droit de la consommation. Je soulignerai en particulier la généreuse disponibilité de **M^{cs} Étienne Gadbois, Valérie Tremblay, Sophie Picard, Fanny Brodeur et Vicky Chouinard** ainsi que l'aide de Madame Denyse McDonald et de Me Babak Barin chez Osler, Hoskin & Harcourt LLP.

Grand merci aussi au professeur **Fabien Gélinas** de la Faculté de droit de l'Université McGill, qui a bien voulu diriger mes recherches et me prodiguer ses encouragements : ses judicieux conseils m'ont inspirée. J'ai particulièrement apprécié le soin qu'il a pris de porter à mon attention les différents colloques et conférences qui se sont tenus sur le sujet ces derniers temps : ma recherche en fut grandement enrichie.

L'on me permettra enfin, je pense, de dédier ce mémoire à M. **Louis-Edgar Jean-François**, mon fiancé. Sa compréhension, sa patience et sa présence réconfortante m'ont soutenue quand est venue la lassitude et ont rendu mes moments d'allégresse encore plus précieux : tu es un être exceptionnel.

Table des matières

INTRODUCTION	1
CHAPITRE I - La protection du consommateur et l'arbitrage	4
L'arbitrabilité du droit de la consommation	6
Le droit international	6
Quelques éléments de comparaison.....	8
Brésil.....	8
Allemagne.....	9
France.....	9
Le droit américain.....	10
La notion d'« unconscionability »	12
Le <i>Code civil du Québec</i> ; le <i>Code de procédure civile</i> du Québec	16
La <i>Loi sur la protection du consommateur</i>	24
L'application territoriale de la L.p.c.	27
Les autres provinces canadiennes : la protection des consommateurs	31
Programme d'arbitrage pour les véhicules automobiles du Canada (PAVAC).....	34
Protection du consommateur aux États-Unis.....	36
Les associations qui interviennent dans le processus d'arbitrage aux États-Unis	36
Le National Arbitration Forum.....	36
La American Arbitration Association.....	37
L'Office de la protection du consommateur du Québec – Option consommateurs.....	37
La mise en œuvre de l'arbitrage en droit de la consommation.....	38
Droit bancaire	38
Assurance.....	41
Valeurs mobilières	43
Commerce électronique	45
CHAPITRE II- De l'introduction du recours à l'exécution de la décision	48
Un préalable : la formation du contrat d'arbitrage.....	48
Une clause inscrite dans un contrat ou une convention d'arbitrage distincte?	48
Conditions de validité	52
La clause de réécriture	53
Choix du droit applicable.....	56
Choix de la juridiction compétente.....	60
Introduction du recours.....	63
Les frais introductifs de la demande	63
Choix des arbitres ou d'une association	65
Conflits d'intérêt et impartialité.....	65
Compétence des arbitres	66
La procédure en cours d'instance	68

Devant un arbitre ou « online »?.....	68
L'effet de l'arbitrage sur les tiers ou le droit d'exiger d'être entendu.....	69
La cession du contrat ou de la créance.....	70
L'appel en garantie et la pluralité de défendeurs.....	72
L'acquéreur subséquent et la caution.....	78
L'exécution de la décision.....	80
Homologation.....	80
L'exécution d'une sentence arbitrale.....	85
Décisions étrangères et/ou « Online ».....	85
Un seul recours possible : l'annulation.....	88
CHAPITRE III- Les enjeux de l'arbitrage en droit de la consommation.....	92
Les frais relié à l'arbitrage.....	92
L'approche californienne.....	92
La participation des entreprises aux frais, une solution innovatrice et déjà appliquée.....	94
Dépens.....	95
Les recours collectifs.....	96
L'approche américaine.....	98
L'affaire <i>Rogers</i> (Ontario).....	99
L'affaire <i>DELL</i> (Québec).....	104
Online Dispute Resolution (ODR) et recours collectif, en conjonction.....	106
Les dommages exemplaires.....	107
Le <i>Code Civil du Québec</i> , la L.p.c. et la Charte québécoise.....	108
L'approche américaine.....	109
La confidentialité du processus.....	110
L'approche californienne.....	111
Le recours en injonction.....	112
CONCLUSION.....	115
Solution proposée.....	116
L'avantage des clauses compromissoires en droit de la consommation.....	116
BIBLIOGRAPHIES.....	118

Liste des abréviations

ABRÉVIATION	
AAA	American Arbitration Association
ACCOVAM	Association canadienne des courtiers en valeurs mobilières
AQ	Arrêts du Québec (Quicklaw) - version électronique [remplacée par JQ : Jugements du Québec]
BBBonline	Better Business Bureau Online
B.E.	Banque Express (SOQUIJ) - jugements inédits disponibles sur Azimut)
Bull.civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles
C.A.	Recueils de jurisprudence du Québec. Cour d'appel
(C.A.)	Décision rendue par la Cour d'appel
CCAC	Centre canadien d'arbitrage commercial
C.A.P.	Cour d'appel plus
Cass. civ.	Cour de cassation. Chambre civile (Arrêt de la)
Cass. com.	Cour de cassation. Chambre commercial (Arrêt de la)
C.c.fr.	Code civil français
C.c.Q.	Code civil du Québec (1 ^{er} janvier 1994)
C.c.B.C.	Code civil du Bas Canada
C.C.S.M.	Continuing Consolidation of the Statutes of Manitoba
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
C.P.	Recueils de jurisprudence du Québec. Cour provinciale

ABRÉVIATION	
C.p.c.	Code de procédure civile (Québec)
C.p.c. Cal.	Code de procédure civile (Californie)
CPCU	Chartered Property Casualty Underwriters
C.P.du N.	Cours de perfectionnement du notariat
CPR	Center for public Ressources
(C.Q.)	Décision rendue par la Cour du Québec
C.S.	Recueils de jurisprudence du Québec. Cour supérieure
(C.S.)	Décision rendue par la Cour supérieure
C.S.C.	Cour suprême du Canada
C.S.C.R.	Cour suprême du Canada, Requêtes en autorisation de pourvoi
D.L.R.	Dominion Law Reports
D.T.E.	Droit du travail express
F.3d	Federal Reporter (Third Series)
F.A.A.	Federal Arbitration Act
F.Supp.	Federal Supplement
F.Supp.2d	Federal Supplement (Second Series)
HMO	Health Maintenance Organization
IACAC	Inter-American Commercial Arbitration Commission
ICC	International Chamber of Commerce
J.-cl. Proc.	Juris-Classeur Procédure (France)

ABRÉVIATION	
J.C.P.	La Semaine Juridique (connue aussi sous le nom de Juris Classeur Périodique)
J.E.	Jurisprudence Express
J.O.	Journal officiel des communautés européennes
J.O. L.	Journal officiel des communautés européennes: Législation
JQ	Jugements du Québec (Quicklaw) – version électronique
L.G.D.J.	Librairie Générale de droit et de jurisprudence
L.O.	Lois Ontario
L.p.c.	Loi sur la protection du consommateur
L.R.C.	Lois révisées du Canada
NAF	National Arbitration Forum
NASD	National Association of Securities Dealers
NMSC	New Mexico Supreme Court
N.Y.S.2d	New-York Supplement (Second series)
NYSE	New York Stock Exchange
ODR	Online Dispute Resolution
OJ	Ontario Judgments (Quicklaw) – version électronique
O.R. (3d)	Ontario Reports Tthird Series)
OSBI	Ombudsman des services bancaires et d’investissement
PAVAC	Programme d'arbitrage pour les véhicules automobiles du Canada
P.U.L.	Les Presses de l’Université Laval

ABRÉVIATION	
R.a.L.p.c.	Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
REJB	Répertoire Électronique de Jurisprudence du Barreau
RICC	Réseau international de contrôle de la commercialisation
R.J.Q.	Recueils de jurisprudence du Québec
R.L.	Revue légale
R.R.A.	Recueil en responsabilité et assurance
R.S.B.C.	Revised Statutes of British Columbia
R.S.N.S.	Revised Statutes of Nova-Scotia
R.S.N.W.T.	Revised Statutes of Northwest Territories
R.U.A.A.	Revised Uniform Arbitration Act
S.C.A.P.C.	Service de conciliation des assurances de personnes du Canada
SCLR	Southern California Law review
S. ct.	Supreme Court Reporter
SEC	U.S. Securities and Exchange Commission
S.O.	Statutes of Ontario
So.2d	Southern Reporter (Second Series)
S.R.C.	Statuts révisés du Canada
SRO	Self regulatory organization

ABRÉVIATION	
S.T.E.	Série des traits et conventions européennes
T.A.	Décisions du Tribunal d'arbitrage
U.A.A.	Uniform Arbitration Act (américain)
UETA	Uniform Electronic Transaction Act
U.S.	United States Supreme Court Reports
U.S. app. Lexis	United States Court of Appeals (LEXIS) version électronique
U.S.C.	United States Code
Z.P.O.	Code de procédure civile (Allemand : Zivilprozeßordnung)

INTRODUCTION

En droit du travail comme dans les relations d'affaires entre actionnaires ou partenaires commerciaux, l'arbitrage est une option que l'on retient de plus en plus, au Québec et ailleurs dans le monde¹. Ainsi, lorsque les parties à une entente conviennent d'éviter le recours aux tribunaux judiciaires pour régler leurs éventuels conflits, le droit québécois reconnaît leur liberté contractuelle et ce, depuis plusieurs années maintenant². Cependant, lorsqu'un déséquilibre économique marqué existe entre les parties – pensons aux contrats de consommation en particulier –, la situation s'avère plus complexe. Dans tout contrat, le choix d'un recours obligatoire à l'arbitrage dépend bien sûr de la volonté des parties; toutefois, dans le cas précis que nous venons de soulever, il faut veiller de très près à ce que la volonté de chacune des parties de se soustraire à l'intervention des tribunaux ne soit entachée d'aucun vice de consentement. Est-il dès lors possible de prévoir une ou des clauses compromissoires³ dans les contrats de consommation? Qu'en est-il du consentement qu'un consommateur donnerait à l'exclusion de tout recours aux tribunaux avant même qu'un quelconque conflit n'ait surgi entre lui et son cocontractant?

Notre mémoire porte sur le sort que réserve le droit québécois aux clauses compromissoires que les parties contractantes prévoient ou souhaiteraient prévoir dans un contrat de consommation. Aux États-Unis, en Californie et au Texas en particulier, l'usage de telles clauses est largement répandu; des entreprises telles AT&T, MBNA et DELL y recourent. Mondialisation oblige, les multinationales qui ont feu et lieu chez nos puissants voisins ont pénétré notre marché depuis un bon moment déjà. Il est probable qu'elles y aient renforcé, dans le domaine du commerce et des affaires, une tendance à laquelle le Québec ne demeure pas étranger, comme en témoignent ses lois, la

¹ Voir Kamel Khiari, « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », *Développements récents en arbitrage civil et commercial* (1997), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Yvon Blais, à la p. 15.

² L'entrée en vigueur au *Code civil du Québec* des dispositions relatives à la convention d'arbitrage remonte au 11 novembre 1986.

³ La clause compromissoire est la clause par laquelle les parties s'obligent à l'avance à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître entre elles relativement à un contrat; elle prévoit que la sentence rendue sera finale et liera les parties (voir *Zodiac International Productions inc. c. The Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529).

jurisprudence qui s'est créée en application de leurs dispositions et la doctrine qui se rapporte au tout.

Nous étudierons d'abord la position du droit québécois par rapport à ce nouveau défi qu'est l'arbitrage. Sous l'empire de notre droit, est-il possible qu'un contrat de consommation comporte une clause compromissoire? Si oui, à quelles conditions? Quelle interprétation les tribunaux peuvent-ils donner ou, le cas échéant, ont-ils donnée aux clauses d'arbitrage en droit de la consommation? Après avoir pris connaissance de la jurisprudence et des textes doctrinaux qui situent ou éclairent la question, nous examinerons les dispositions du *Code civil du Québec* (ci-après C.c.Q.) et celles du *Code de procédure civile* (ci-après C.p.c.) en conjonction avec celles de la *Loi sur la protection du consommateur* (ci-après L.p.c.); nous y trouverons matière à réflexion.

Nous poursuivrons notre étude en explorant quatre domaines où l'arbitrage joue ou peut jouer un rôle important : le domaine financier, le commerce électronique, les assurances de biens et de personnes et le commerce des valeurs mobilières. En guise de préparation à l'examen que nous nous proposons de faire de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine qu'on trouve en droit québécois relativement à ces quatre types d'actualisation de l'arbitrage, nous passerons en revue – ordre chronologique oblige – les précédents créés par nos voisins du Sud et les opinions que les auteurs de doctrine ont émises relativement à ceux-ci (Premier chapitre).

Une fois la réalité de l'arbitrage ainsi cernée, nous analyserons (Deuxième chapitre) le déroulement du processus d'arbitrage entre commerçants et consommateurs. Nous irons du moment où la clause d'arbitrage est insérée au contrat jusqu'à celui de l'exécution des sentences arbitrales. Pour mieux saisir la portée des lois prévues par le droit québécois en cette matière, nous les étudierons au regard de quelques textes législatifs européens et sud-américains (Allemagne, Brésil, France) et nous mettrons également nos lois en parallèle avec la législation qui est en vigueur dans certains États américains, en Californie en particulier. Nous ferons même, à l'occasion, un renvoi à certaines dispositions pertinentes de conventions ou de traités internationaux.

Il sera ensuite question des enjeux majeurs de l'arbitrage en droit de la consommation : les coûts, l'exclusion du recours collectif, la limitation des dommages exemplaires et la confidentialité du processus. Aux Etats-Unis ces questions ont toutes fait l'objet de textes législatifs, de décisions et de textes de doctrine. Il s'agit de voir si en l'état actuel de son droit, le Québec, qui a son propre régime de droit civil, peut s'inspirer de règles mises au point dans des régimes juridiques autres (Troisième chapitre).

Au moment de conclure, nous proposerons une clause compromissoire type et tenterons de montrer que contrairement à ce que l'on serait porté à croire, les consommateurs peuvent être avantagés par un recours à l'arbitrage. Les entreprises ont pour leur part intérêt à rédiger de telles clauses de façon à ce que celles-ci soient valides et exécutoires en droit de la consommation. À vrai dire, il ne nous déplairait pas de revoir Motulsky, qui écrit : « L'arbitrage suppose un équilibre des forces; partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie. »⁴

Nous croyons quant à nous que l'arbitrage constitue une excellente façon de concilier les ambitions pécuniaires des multinationales et le souci qu'ont les États de protéger les citoyens consommateurs. En fait, et nous insistons, les entreprises ont intérêt à rédiger leurs clauses d'arbitrage de manière à ce qu'elles soient reconnues, le cas échéant, par les tribunaux. Par ailleurs, une clause compromissoire bien conçue est tout à l'avantage des consommateurs, tant pour ce qui est de la nature du règlement auquel on arrivera et des coûts liés à la résolution d'éventuels conflits que pour ce qui est de la célérité : le présent mémoire tentera d'en faire la preuve.

⁴ H. Motulsky (avec la collaboration de R. Plaisant), « L'arbitrage et les conflits du travail », *Rev. arb.* (1956) 78; reproduit dans *Écrits, II*, p. 113, spéc., n° 1, à la p. 113.

CHAPITRE I - La protection du consommateur et l'arbitrage

*L'ordre public est, en quelque sorte, le seul îlot de résistance
à l'autonomie de l'arbitrage.
(Jean-Baptiste Racine)*

Depuis 1986, le droit québécois des contrats prévoit clairement la possibilité pour les parties contractantes d'exclure l'accès aux tribunaux judiciaires au profit de l'arbitrage au regard d'un éventuel litige relatif à l'exécution de leur convention. Ils peuvent même se prévaloir de cette possibilité dès le moment de la formation de leur contrat : il leur suffit pour ce faire d'y consigner leur accord à ce sujet dans une clause particulière avant d'en arriver à la signature. Cette reconnaissance ne s'est pas faite sans bataille. Nos tribunaux avaient auparavant souvent conclu que ce type de clause contractuelle était invalide, qu'une partie ne pouvait valablement renoncer d'avance à ce que son litige soit tranché conformément au droit en vigueur par un tribunal impartial dont les décisions – comme les débats, sauf de rares exceptions – avaient un caractère public. Encore aujourd'hui, l'arbitrage est quelquefois récusé au moment où autrement il devrait prendre son effet, et ce, même si les parties en avaient autrement convenues⁵.

Le 11 novembre 1986 toutefois, en insérant les articles 1926.1 à 1926.6 au *Code civil du Bas Canada* et les articles 940 à 951 au *C.p.c.*, le législateur a remédié à toute ambiguïté en la matière; évidemment, il a du coup rendu nécessaire un réexamen de la jurisprudence antérieure. Le contenu des articles susmentionnés se retrouve presque intégralement aux articles 2638 à 2643 C.c.Q., lesquels autorisent la création de conventions d'arbitrage et rendent obligatoires leur reconnaissance par les tribunaux. Pour ce, la loi exige alors un échange de consentement portant sur ce sujet précis et une manifestation particulière de la volonté des parties contractantes, mais ces deux éléments ne se retrouvent pas toujours aux contrats de consommation (« contrats d'adhésion », très souvent):

⁵ *Camirand c. Rossi*, [2003] J.Q. no 3320 (Q.L.), J.E. 2003-828 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 octobre 2003, (2003-06-06) 29810.

2638. La convention d'arbitrage est le 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.

À ce sujet, l'auteur André Ladouceur⁶ rappelle ce qui suit :

Évidemment, à la base de toute convention, il y a la nécessité d'un consentement valide, et la Cour d'appel n'a pas hésité à se prononcer à cet égard pour conclure qu'il n'y avait pas eu de matérialisation d'une véritable convention d'arbitrage. Ce même constat a été fait dans le cas de clauses compromissaires incluses dans un contrat d'adhésion⁷.

Cependant, à la lecture de l'extrait cité par Me Ladouceur, il est clair qu'en l'espèce, ce n'est pas parce qu'il n'y a pas eu consentement de l'adhérent que la clause d'arbitrage n'a pas été appliquée, mais bien parce que la preuve avait montré que les parties avaient contrevenu à une autre disposition du C.c.Q. relative au contrat d'adhésion.

Il est incontestable qu'un consommateur peut souscrire à une entente d'arbitrage une fois le différend né. C'est lorsqu'on veut prévoir une clause d'arbitrage au contrat – donc avant même qu'un différend n'ait surgi entre les parties, c'est-à-dire une clause compromissoire (par opposition à un compromis) que des difficultés peuvent surgir. À cet égard, l'auteur français *Level* est d'avis que :

L'ordre public peut exclure la clause compromissoire tout en permettant le compromis. Un droit à l'état de droit éventuel peut être indisponible pour des motifs d'ordre public au point que les parties ne peuvent par avance décider d'en confier le contentieux à des arbitres, alors qu'une fois le droit né, un compromis conclu à son sujet est valable.⁸

Est-il possible d'obliger un consommateur à consentir à l'arbitrage avant qu'un différend ne soit né entre lui et son cocontractant? Nous sommes d'avis que la chose est possible, mais à certaines conditions.

⁶ André Ladouceur, *Enclenchement et préalable*, Développements récents en arbitrage civil et commercial (1997), p. 67.

⁷ L'auteur cite *Bureau c. Beauce, Société mutuelle d'assurances générales*, [1996] R.R.A. 241 (C.Q.) afin d'appuyer cette citation. [*Bureau*].

⁸ P. Level, note sous Cass. Com., 30 janvier 1967; *Dame Lemaître c. Deshayes*, JCP, 1967, II 15215.

L'arbitrabilité du droit de la consommation

Le droit international

La non-arbitrabilité d'une matière est l'impossibilité de soumettre à un arbitre un litige survenu au sujet de celle-ci : le litige est vu comme étant inarbitrable. En droit international, la Convention de New York⁹ établit à son article 2(1) qu'il existe des litiges inarbitrables, mais elle ne dit pas lesquels :

Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.

C'est à un texte doctrinal¹⁰ que nous demanderons maintenant ce qu'il faut entendre par « question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage » :

Article II(1) of the Convention excepts from the Convention's provisions disputes whose "subject matter is not capable of settlement by arbitration". This so-called "non-arbitrability" exception encompasses disputes involving matters of public policy which are deemed inappropriate for resolution by arbitration, as distinguished from national, judicial, administrative, or other governmental proceedings. Representative examples of disputes which are "non-arbitrable" in different jurisdictions include **consumer claims**, employer-employee claims, securities disputes, competition issues, and franchisor-franchisee disputes.

C'est donc souvent en fonction de l'ordre public que l'État définit les différends qu'il soustrait à l'arbitrage¹¹ et détermine les critères permettant d'y soumettre un conflit.

⁹ *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* faite à New York le 10 juin 1958 et entrée en vigueur le 7 juin 1959.

¹⁰ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and material*, 2^e éd., (2001), Ardsley, NY, Trans-National, Kluwer Law International 2001, à la p. 160.

¹¹ C'est le cas en France, en Argentine, en Inde, au Québec, au Danemark, en Algérie, en Tunisie et en Égypte selon Jean-Baptiste Racine, *L'Arbitrage commercial international et l'ordre public*, L.G.D.J., 1999, t. 309, à la p. 28, au par. 40.

Certains auteurs européens privilégient l'exclusion de l'arbitrage obligatoire – celui qu'on voudrait imposer d'autorité à un consommateur récalcitrant –, et ils s'appuient alors sur diverses dispositions législatives prévoyant le droit à un procès équitable et public¹². On trouve déjà une telle disposition dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*¹³ dont l'article 10 stipule que :

Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

Ce genre de disposition apparaît aussi dans la Convention européenne des droits de l'Homme, à l'article 6¹⁴; de même, au Québec, l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁵ dispose que :

23. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle. Le tribunal peut toutefois ordonner le huis clos dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public. En outre, lorsqu'elles concernent des procédures en matière familiale, les audiences en première instance se tiennent à huis clos, à moins que le tribunal, à la demande d'une personne et s'il l'estime utile dans l'intérêt de la justice, n'en décide autrement.

¹² La Commission européenne lors d'une communication « relative à l'élargissement de l'accès des consommateurs aux autres systèmes de résolution des litiges » le 4 avril 2001, C(2001) 1016 J.O. L. 109/56.

¹³ *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., supp. n°13, Doc. NU A/810 (1948).

¹⁴ *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* (1950). L'article 6 porte sur le « Droit à un procès équitable (1) » : 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

¹⁵ *Charte des droits et libertés de la personne* L.R.Q. c. C-12, art. 23.

Une disposition de ce type ne prohibe pas l'inclusion au contrat de clauses d'arbitrage obligatoire et il ne s'agit pas, selon nous, d'une renonciation à des droits garantis du consommateur. En effet, l'arbitrage n'exclut pas entièrement l'exercice ultérieur du pouvoir de révision des tribunaux. Les sentences arbitrales peuvent toujours faire l'objet d'une annulation, et, si l'une des parties le désire, elle peut, ici au Québec, présenter à la Cour supérieure une demande d'homologation : la décision de l'arbitre ne pourra faire l'objet d'une exécution forcée que si la Cour en décide ainsi. Nous reviendrons sur le processus, mais il reste que nous sommes ici en présence de mécanismes qui empêchent les consommateurs de faire directement appel à un tribunal de droit commun. Mais l'arbitrage n'est pas unique dans cette situation, songeons par exemple aux tribunaux administratifs et au processus d'arbitrage prévu en droit du travail.

Quelques éléments de comparaison

Brésil

Plusieurs pays semblent avoir opté en faveur du point de vue que nous venons d'exposer; sans prohiber l'arbitrage en droit de la consommation, ils le réglementent, de façon assez étroite. Ainsi, au Brésil, l'article 4 § 2 de la *Loi brésilienne sur l'arbitrage*¹⁶ dispose que :

Dans les contrats d'adhésion, la clause compromissoire n'est efficace que si l'adhérent prend l'initiative d'instaurer l'arbitrage ou qu'il donne expressément son accord pour sa constitution, à condition que son consentement soit inscrit dans un document en annexe, ou présenté en gras, signé ou qu'une autorisation spéciale pour cette clause y soit donné.

Cette disposition est restrictive, mais elle n'exclut pas complètement l'arbitrage entre commerçants et consommateurs. Le législateur brésilien désire s'assurer que le consommateur comprend bien le processus et que, dans les cas où la clause compromissoire pourrait s'appliquer, la validité de celle-ci ne soit pas facilement contestée. Cette disposition de la *Loi brésilienne sur l'arbitrage* ne permettrait pas qu'on

soumettre à l'arbitrage, en prenant appui sur elle seule, la plupart des différends analogues qui, aux États-Unis, y sont en fait soumis : en sa rédaction actuelle, elle ne s'approche guère de la position des textes législatifs ou jurisprudentiels américains correspondants.

Allemagne

L'Allemagne est tout aussi déterminée que le Brésil à protéger ses citoyens consommateurs puisque son *Code de procédure civile* dit que :

La convention d'arbitrage, dont l'une des parties est un consommateur, doit être consignée dans un document signé par chacune des parties de sa propre main. Le document ne doit contenir que des stipulations relatives à l'arbitrage, à moins qu'il ne s'agisse d'un contrat de vente notarié. Est consommateur une personne qui conclut le contrat litigieux pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle.¹⁷

France

Quant au droit français, il est aujourd'hui très clair quant à l'application de l'arbitrage au droit de la consommation. En effet, le Code français de la consommation contient en annexe une disposition (L.132-1) selon laquelle peut être déclarée abusive, si elle crée un déséquilibre, la clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou le choix des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant ce dernier à saisir, à l'exclusion de toute autre, une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales. Ici non plus, on ne voit pas une volonté claire d'exclure l'arbitrage en droit de la consommation. Cette dernière observation vaut d'autant plus qu'il se trouve que l'Assemblée législative avait d'abord voulu adopter au *Code de la consommation* la disposition L.136-1 qui aurait prévu que :

¹⁶ L'article 4§ 2 de la loi brésilienne du 23 septembre 1996 sur l'arbitrage (publiée in Rev. Arb. 1997. 297). La traduction de l'article de la loi brésilienne que nous citons est tirée de l'ouvrage de Jean-Baptiste Racine, *L'arbitrage Commercial international et l'ordre public*, L.G.D.J. 1999 t. 309, p.61 note 1993.

¹⁷ En droit allemand, les exigences de forme pour une convention d'arbitrage en droit de la consommation sont, depuis le 1^{er} janvier 1998, réglées par l'article 1031(5) ZPO (*Code de procédure civile*), traduction de (1998) Rev. arb. 441reproduit dans Jean-Baptiste Racine, *L'arbitrage Commercial international et l'ordre public*, L.G.D.J. 1999 t. 309, à la p.61 note 199.

Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, la clause compromissoire est réputée non écrite.

Cette disposition n'a toutefois jamais été adoptée, ce qui tend à établir l'existence de la volonté du législateur de soumettre à l'arbitrage les différends nés entre commerçants et consommateurs. D'ailleurs, dans l'arrêt *Jaguar*¹⁸, la Cour de Cassation a validé une clause compromissoire voulant que soit tranché en vertu du droit de l'Angleterre un litige entre un consommateur français, un constructeur de voitures anglais et un manufacturier français. Cette décision est survenue avant la modification de l'article 2061 du *Code civil français*¹⁹ (ci-après C.c.fr.) qui prévoit maintenant que :

Art. 2061. - Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle.

Si l'article L.136-1 avait été adopté, il aurait constitué la disposition législative particulière qui aurait pu empêcher la tenue d'un arbitrage. Aujourd'hui, le commerçant français doit s'en tenir aux dispositions de l'article L.132-1 du *Code de la consommation (Partie législative)*, Section I : Protection des consommateurs contre les clauses abusives. Cette disposition ne prohibe pas les clauses compromissoires, toutefois, ces dernières peuvent être déclarées abusives. L'article L.132-1 constitue une disposition particulière au sens de l'article 2061 C.c.fr. puisqu'il permet l'inclusion de clauses compromissoires avec un non professionnel pourvu que cette clause ne soit pas abusive.

Le droit américain

Comme l'arbitrage entre commerçants et consommateurs a connu un essor très important aux États-Unis, notre examen doit prendre en compte les lois et les règlements, puis les structures juridiques, et même le rôle des associations et des organismes qui y encadrent le recours à l'arbitrage. Le *Federal Arbitration Act* (F.A.A.) y constitue le fondement de l'arbitrage; c'est l'assise juridique d'une grande partie de la législation des différends

¹⁸ Civ, 1^{ère}, 21 mai 1997, *Jaguar*.

¹⁹Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, J.O. n° 113 du 16 mai 2001, 7776, art. 126.

États en cette matière, y compris de celle de la Californie²⁰. En cas de conflit entre une disposition du F.A.A. et la législation d'un État, le F.A.A. a priorité et doit s'appliquer²¹. Toutefois, le F.A.A. ne s'applique qu'au commerce entre États, et ses dispositions sont d'ordre général, ce qui permet d'appliquer au cas par cas les lois sur la protection des consommateurs des différents États pourvu qu'elles ne prohibent pas complètement l'accès à l'arbitrage, ce qu'interdit l'article 2 F.A.A. Cet article se lit ainsi :

A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract.

Cet article ne met à l'écart aucun des domaines du droit et il permet l'invalidation d'une clause d'arbitrage selon des critères identiques à ceux qui peuvent mener à l'invalidation de n'importe quel autre contrat; son adoption explique que le recours à l'arbitrage soit si répandu aux États-Unis, même en droit de la consommation. De plus, en décembre dernier, la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* a obtenu que soit modifié le « *Uniform Arbitration Act* » (U.A.A.)²² afin que celui-ci reflète les précédents – nombreux – et les préoccupations qui ont cours en arbitrage en ce moment. Cette loi s'applique à tout différend qui n'est pas soumis de façon exclusive au F.A.A. (différends à dimension internationale et conflits maritimes). Trente-cinq États ont adopté le nouvel U.A.A., quinze autres ont adopté une loi très similaire, et deux États n'ont adopté aucune loi particulière. Pour bien cerner le droit applicable dans un État en

²⁰La première loi en matière d'arbitrage en Californie fut adoptée en 1851 [Stats 1851, §§ 380-389, p. 111-113]; elle fut refondue en 1872 au titre 10 du Code de procédure civile sous les articles 1280 à 1293. Des modifications majeures ont été apportées à ce titre en 1927 [ch. 225] afin de prévoir l'application des conventions d'arbitrage et l'exécution des sentences arbitrales. En 1951, le titre 10 du Code de procédure civile californien a été renuméroté, et l'arbitrage est maintenant prévu au titre 9 ci-après le C.p.c. Cal. Finalement, le Code dans sa forme actuelle a vu le jour en 1961 [ch. 461] et présente de grandes similarités avec le *Uniform Arbitration Act (California Arbitration Act, 34 SCLR 413)*.

²¹*Allied-Bruce Terminix Company, Inc. v. Dobson*, 513 U.S. 265 (1995), *Doctor's Associates Inc. v. Casarotto*, 517 U.S. 681 (1996)[*Doctor's Associates*].

²²Le *Uniform Arbitration Act* (U.A.A.) en vigueur depuis 1955, cette loi a été amendé par un Comité de rédaction nommé par les membres du National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, du

particulier, on doit évidemment consulter son Code de procédure civile de même que les différentes règles applicables à l'organisme choisi pour trancher un litige²³. Nous étudierons l'approche californienne relative à l'arbitrabilité des différends en droit de la consommation.

La Californie est l'un des États les plus avant-gardistes en cette matière, on l'aura compris. Les conflits entre consommateurs et commerçants y sont régulièrement soumis à l'arbitrage; cela a mené à la mise au point en 1998 du *Due Process Protocol for Mediation and Arbitration of Consumer Disputes*²⁴. Ce protocole sera analysé dans notre deuxième chapitre; il illustre la volonté du législateur californien de soumettre le droit de la consommation à l'arbitrage. La Californie a aussi mis en place un mécanisme qui permet aux citoyens de consulter les décisions rendues en droit de la consommation; réduisant presque à néant la plupart des critiques portant sur la confidentialité du processus d'arbitrage eu égard à la prévisibilité du droit²⁵. De plus, un processus appelé « consolidation » y a cours; il prévoit que plusieurs consommateurs peuvent joindre leurs recours contre un commerçant, un peu à la manière de ce que le droit québécois appelle le recours collectif²⁶.

La notion d'« unconscionability »

L'article 6 du *Revised Uniform Arbitration Act* (R.U.A.A.) établit un principe fondamental quant à l'arbitrabilité d'une matière :

28 juillet au 4 août, 2000; La révision fut complétée le 13 décembre 2000 : *Revised Uniform Arbitration Act* (R.U.A.A.).

²³ La American Arbitration Association (AAA) est l'organisme le plus actif pour ce qui est des litiges en droit de la consommation. Il y a également le National Arbitration Forum, le Center for Public Resources Institute for Dispute Resolution (CPR) et l'Inter-American Commercial Arbitration Commission (I.A.C.A.C.). Bien que les règles de l'International Chamber of Commerce (ICC) soient très connues, elles sont peu appliquées et on déconseille de les invoquer en droit de la consommation en raison des frais d'arbitrage.

²⁴ A *Due Process Protocol for Mediation and Arbitration of Consumer Disputes*, datée du 17 avril, 1998 et adoptée par la A.A.A. Plusieurs organismes ont adopté un règlement similaire, dont le N.A.F.

²⁵ Art. 1281.96 C.p.c. Cal., É.-U., A.B. 2656, *An act to add Section 1281.96 to the Code of Civil Procedure, relating to arbitration*, 2002, Reg. Sess., Cal., 2002, art. 1.

²⁶ Art. 1281.3 C.p.c. Cal.

§6. Validity of agreement to arbitrate

- (a) An agreement contained in a record to submit to arbitration any existing or subsequent controversy arising between the parties to the agreement is valid, enforceable, and irrevocable except upon a ground that exist at law or in equity for the revocation of a contract.

Afin de bien saisir la portée de cet article, il faut prendre connaissances des commentaires de la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, tout d'abord sur la possibilité d'inclure des clauses d'arbitrage obligatoire dans les contrats d'adhésion :

4. Contracts of Adhesion and Arbitration

Much has been written about so-called contracts of adhesion involving arbitration. The Drafting Committee has discussed this subject at great length. It is the consensus that it would be desirable to be able to address this subject in RUAA. **However, the federal preemption doctrine does not allow a state arbitration act to treat the validity of an arbitration agreement differently than would be the case for other types of contracts.** Attached to this policy statement is a brief report by a Task Force of the Drafting Committee which dealt with this subject and recommended that it not be addressed in RUAA because of federal preemption. Therefore, because of federal preemption, if the issue of contracts of adhesion is to be dealt with legislatively, it must be at the federal level, or possibly through state consumer protection acts.²⁷

Au moment où les commissaires de cette *National Conference* ont étudié la question de l'insertion des clauses d'arbitrage obligatoire dans les contrats d'adhésion, il n'existait en droit américain aucune disposition interdisant cet usage. Ils ont alors exprimé l'avis que de telles clauses devaient être appréciées dans leur contexte :

Despite some recent developments to the contrary, courts do not often find contracts unenforceable for unconscionability. To determine whether to void a contract on that ground, courts examine a number of factors. These factors include: unequal bargaining power, whether the weaker party may opt out of arbitration, the clarity and conspicuousness of the arbitration clause, whether an unfair advantage is obtained, whether the arbitration provision is boilerplate, whether the aggrieved party had a meaningful choice or was compelled to accept arbitration, whether the

²⁷ Francis, J. Pavetti, Chair, *RUAA* Drafting Committee, Policy Statement [on the] *Revised Uniform Arbitration Act* (RUAA), May 15, 2000.

arbitration agreement is within the reasonable expectations of the weaker party and whether the stronger party used deceptive tactics.

Despite many factors, courts have been reluctant to find arbitration unconscionable.

Que faut-il entendre par « unconscionability »? La règle générale, c'est que tout litige peut faire l'objet d'un arbitrage à moins que la clause d'arbitrage soit qualifiée « d'unconscionable » par les tribunaux ou l'arbitre. Pour qu'une clause d'arbitrage soit dite « unconscionable », ce qui signifie qu'à cause de son caractère abusif et injuste à l'endroit du consommateur elle devra être invalidée, ce dernier devra prouver :

- a) that it was adopted in a manner that is procedurally unconscionable; and
- b) that it includes provisions that are so one-sided or unfair as to be substantively unconscionable. In many cases, both factors can only be established with admissible evidence of *fact*.²⁸

On parle donc ici de clause abusive sur le plan procédural et/ou substantif. Les tribunaux n'annuleront pas automatiquement une clause qui est abusive au seul plan procédural; il faudra établir que cette clause serait effectivement injuste pour le consommateur. Ainsi, il n'est pas suffisant d'alléguer que les frais d'arbitrage sont trop élevés, on doit également prouver qu'il n'y a aucune autre solution pour le consommateur – par exemple qu'il n'existe aucun mécanisme qu'aurait mis en place l'association ou l'organisme chargé de l'arbitrage et grâce auquel le consommateur n'aurait pas à payer lui-même le coût de cette opération²⁹. Ce que l'on doit comprendre par clause abusive sur le plan procédural, c'est la clause où le vice de forme porte sur le processus de formation du contrat ou sur l'existence ou le contenu de la clause d'arbitrage elle-même. Le consommateur

²⁸ Paul F. Jr Bland, "Is That Arbitration Clause Unconscionable? Prove It!", (2002) Vol. 8, The Consumer Advocate, n° 4, July – August 2002.

²⁹ Le AAA a créé un système d'assistance au consommateur qui permet à ce dernier de demander de l'aide pour couvrir les frais relatifs au dépôt d'une demande contre un commerçant. De plus, dans certaines situations, le protocole « Due Process » des arbitrages en droit de la consommation exige que le commerçant paie lui-même les frais.

connaissait-il l'existence de cette clause? Est-ce que toute l'information nécessaire à la compréhension du processus d'arbitrage est incluse dans le contrat, etc.?

La clause sera dite abusive sur le plan substantif si elle est « one-sided », c'est-à-dire partielle, conçue de manière à avantager l'une des parties aux dépens de l'autre.

Certaines dispositions du Code californien de procédure civile (ci-après C.p.c. Cal.) montrent bien que le législateur entend réglementer l'arbitrage en droit de la consommation et non l'interdire :

1281.92. (a) No private arbitration company may administer a consumer arbitration, or provide any other services related to a consumer arbitration, if the company has, or within the preceding year has had, a financial interest, as defined in Section 170.5, in any party or attorney for a party.

1297.71. An "arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.³⁰

Finalement, avant de passer à l'étude de la législation québécoise, voyons brièvement l'approche des tribunaux américains quant aux clauses d'arbitrage entre commerçants et consommateurs. La Cour suprême des États-Unis a dû se prononcer à plusieurs reprises à ce sujet³¹. Bien qu'une clause d'arbitrage comprise dans un contrat d'adhésion puisse facilement être mise de côté par les tribunaux, celle-ci ne sera pas déclarée invalide du seul fait de son insertion dans un tel contrat³². La possibilité qu'un tribunal annule ou refuse d'homologuer une sentence arbitrale, la création par diverses associations de règles minimales de procédure et le désir de ménager à tous un accès rapide et peu onéreux à la justice ont mené à l'essor de l'arbitrage en droit de la consommation.

³⁰ La seule règle qu'il faut obligatoirement respecter, c'est que le contrat doit être écrit : article 1297.72 C.p.c. Cal. Toutefois, l'acception du mot « écrit » est ici très large et elle inclut le renvoi dans un contrat à un autre document prévoyant le processus d'arbitrage.

La décision *Gateway*³³ marque une étape en droit de l'arbitrage; très médiatisée dans les milieux de l'arbitrage, elle met au jour trois principes importants :

1. Un contrat de consommation ou d'adhésion peut être soumis à un arbitrage obligatoire;
2. La prohibition du recours collectif n'invalide pas à elle seule une clause d'arbitrage; et
3. La Chambre de commerce internationale n'est pas un forum approprié pour l'arbitrage entre commerçants et consommateurs, et ce en raison des frais associés aux interventions de cet organisme.

Ainsi, la Cour suprême de New York a envoyé à l'arbitrage un dossier dans lequel un commerçant d'appareils informatiques avait inséré au contrat une clause voulant que si l'acheteur gardait l'ordinateur en sa possession plus de trente jours après l'avoir reçu, il acceptait les termes du contrat, lequel comportait justement une clause d'arbitrage.

Nous aurons l'occasion d'analyser d'autres décisions américaines et nous les rapprocherons de la jurisprudence québécoise. Il nous faut voir auparavant ce que le droit du Québec prévoit quant à l'arbitrage en droit de la consommation.

Le Code civil du Québec; le Code de procédure civile du Québec

Qu'en est-il au Québec? La question ne peut être résolue à la seule lecture des articles pertinents du C.c.Q. et du C.p.c.; l'analyse de la jurisprudence et celle de la doctrine s'imposent. En tout état de cause, les articles pertinents de ces codes sont les suivants :

³¹ *Green Tree Financial Corp. Ala. v. Randolph*, 531 U.S. 79 (2000) [*Randolph*]; *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995); *Doctor's Associates, supra note 21 à la p. 11*.

³² *Shearson/American Express v. McMahon*, 482 U.S. 220, aux pp. 228-9 (1987).

³³ *Brower v. Gateway 2000, inc.*, 676 N.Y.S.2d 569 (App. Div. 1998)[*Gateway*].

2639 C.c.Q. Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public.

Toutefois, il ne peut-être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public.

946.5 C.p.c. Le tribunal ne peut refuser d'office l'homologation que s'il constate que l'objet du différend ne peut être réglé par arbitrage au Québec ou que la sentence est contraire à l'ordre public.

Les matières non arbitrables au Québec sont donc les suivantes :

- Un différend qui traite de l'état et de la capacité des personnes³⁴;
- Les matières familiales;
- Les autres questions qui touchent l'ordre public.

Ces précisions sont importantes puisqu'une décision arbitrale rendue relativement à une de ces matières ne serait pas susceptible d'exécution.

Il est assez facile somme toute d'identifier les différends inadmissibles à l'arbitrage lorsqu'il s'agit de l'état et de la capacité des personnes ou de matières familiales, mais ce que cachent les mots « autres questions qui intéressent l'ordre public » n'est pas aussi facile à saisir.

Cette formulation est celle de l'article 2060 du C.c.fr. Au deuxième alinéa de l'article 2639 C.c.Q., le législateur québécois poursuit sur la lancée de la disposition française quant à l'arbitrabilité des litiges qui touchent de près ou de loin l'application de règles d'ordre public. En somme, ce que dit le second alinéa de l'article 2639 C.c.Q., c'est d'abord qu'un arbitre peut appliquer des règles d'ordre public pour régler un différend.

Nous soutiendrions même qu'en droit de la consommation, l'arbitre doit, en fait, appliquer les règles d'ordre public. Insistons : en droit de la consommation, l'arbitre se doit d'appliquer toute règle d'ordre public pertinente. Cependant, certains auteurs sont d'avis que l'arbitre n'a pas compétence pour décider si un contrat viole l'ordre public³⁵ et qu'il devrait même se déclarer incompétent lorsque le fond du litige porte sur la licéité du contrat. C'est le point de vue qu'on a retenu en France³⁶.

Il faut noter ici que comme d'une part le contrat qui violerait une disposition d'ordre public serait illicite et que d'autre part le seul recours contre une décision arbitrale est l'annulation, certains affirment qu'il ne rimerait à rien de laisser l'arbitre trancher le litige quitte à se promettre par devers soi de déposer ensuite une demande en annulation ou s'opposer à l'homologation. À notre avis, le droit québécois fait l'économie de cette difficulté : l'arbitre y jouit d'une plus grande latitude, il peut se prononcer sur une question d'ordre public soulevée ou pas par les parties puisqu'il sera toujours possible que son analyse de la question en litige soit examinée par la Cour au moment de l'homologation de la décision³⁷. Ainsi, la Cour supérieure examine la conformité de la décision de l'arbitre avec l'ordre public québécois. « Les tribunaux judiciaires ont-ils la compétence pour examiner le fond du litige? » diront certains. Nous répondons à cela que comme l'article 946.5 C.p.c. prévoit *a contrario* que le tribunal peut refuser d'homologuer la décision « s'il constate [...] que la sentence est contraire à l'ordre public », il est difficile d'imaginer que ce tribunal puisse rejeter une demande d'homologation sans avoir préalablement procédé à une étude approfondie du litige de ce dernier point de vue. Bien que l'arbitre puisse trancher une question d'ordre public, une décision arbitrale

³⁴ Ici, le terme « personne » exclut la personne morale : *Ouellette c. Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec (Rexfor)*, [1997] A.Q. no 2753 (Q.L.), J.E. 97-1658 (C.A.).

³⁵ H. Motulsky, note sous Paris, 24 nov. 1955, J.C.P. 56II.9079; J.E. Brierley, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », [1987] 2 C.P. du N. 507 à la p. 545; Kathleen Delaney-Beausoleil se range à l'avis du professeur Brierley dans : Denis Ferland et Benoît Émery, dir., *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, au pp. 785-786.

³⁶ Ibid, Motulsky tel que citée par Sabine Thuilleaux, « *L'arbitrage commercial au Québec : Droit interne – Droit international privé* » (1991) Cowansville (Qc), Yvon Blais, aux pp. 45-46.

³⁷ Québec, Ministère de la justice, Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 1649 relatif à l'article 2639 C.c.Q. (articles 946.5 et 947.2 C.p.c.); *Condominiums Mont St-Sauveur c. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q 2783 (C.A) confirme que les arbitres ont ce pouvoir : « They would have no jurisdiction to ignore the requirements of

allant à l'encontre du droit de la protection des consommateurs ou des règles promulguées en vue de protéger ces derniers ne pourrait donc pas faire l'objet d'une homologation. Conscients de cette réalité, les arbitres veillent vraisemblablement de façon très étroite au respect des règles d'ordre public.

La Cour suprême du Canada a adopté la position à l'effet que les arbitres peuvent examiner des questions d'ordre public lorsqu'elle s'est penchée sur l'interprétation à donner à l'article 2639 C.c.Q. – et en particulier à la notion d'ordre public qui y apparaît – à l'occasion du règlement d'un litige opposant non pas un commerçant et un consommateur, mais les créateurs du personnage « Cailloux » entre eux. L'interprétation que font alors les juges de la Cour suprême de la notion d'ordre public confirme qu'un arbitre peut se prononcer sur une matière régie par des dispositions d'ordre public, en l'occurrence celles de la *Loi sur le droit d'auteur* :

L'ordre public intervient principalement lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité de la sentence arbitrale. Les limites de son rôle doivent cependant être correctement définies. D'abord, comme nous l'avons vu, les arbitres sont fréquemment tenus d'examiner des questions et des dispositions législatives d'ordre public pour régler le différend dont ils ont été saisis. Ce seul examen ne rend pas la décision annulable. L'article 946.5 C.p.c. exige plutôt [qu'on examine] la sentence dans son ensemble, afin d'apprécier son résultat. Le tribunal doit rechercher si la décision elle-même, dans son dispositif, contrevient à des dispositions législatives ou à des principes qui relèvent de l'ordre public. Le *Code de procédure civile* s'intéresse davantage ici à la conformité du dispositif de la décision ou de la solution qu'elle retient qu'à celle de l'exactitude des motifs particuliers qui la justifient. Une erreur d'interprétation d'une disposition législative à caractère impératif ne permettrait pas l'annulation de la sentence pour violation de l'ordre public, à moins que le résultat de l'arbitrage ne se révèle inconciliable avec les principes fondamentaux pertinents de l'ordre public. Cette solution, conforme au langage de l'art. 946.5 C.p.c. correspond à celle que retient le droit de plusieurs États, où l'arbitrage est régi par des règles juridiques analogues à celles que connaît maintenant le droit du Québec. La jurisprudence de ces pays limite l'examen de l'ordre public substantiel à celui du résultat de la sentence par rapport à l'ordre public.³⁸

article 1688 C.C. ». Cet article est d'ordre public et porte sur la responsabilité solidaire de l'entrepreneur et de l'architecte.

³⁸ *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17. au par. 54. [*Desputeaux*].

Quant aux contrats de consommation, nous avons repéré deux décisions rendues au Québec³⁹ où le Tribunal a tranché quant à la validité d'une clause compromissoire dans des circonstances analogues. Dans les deux cas, la clause a été invalidée non pas quant au non-respect de l'ordre public ou quant à l'inarbitrabilité du différend, mais plutôt parce qu'elle n'était pas conforme aux règles de la L.p.c. Nous concluons donc qu'une clause compromissoire n'est pas invalide du fait qu'elle est imposée au consommateur, mais plutôt parce qu'elle viole les règles de la L.p.c. et/ou des autres lois qui protègent les parties plus faibles économiquement.

La Cour du Québec a décidé – il s'agissait d'un litige entre un assuré et sa compagnie d'assurances⁴⁰ – que l'on ne pouvait pas appliquer une clause compromissoire inscrite dans un formulaire séparé, distinct du contrat d'assurance proprement dit : en l'espèce, ce formulaire distinct précisait que la valeur des dommages devait être établie par arbitrage. Cette décision ne nous étonne pas puisque l'article 1435 C.c.Q. exige qu'une clause externe soit expressément portée à l'attention de l'adhérent, ce qui n'avait pas été fait en l'espèce. Le juge Marcel Blais a donc déclaré la clause inopposable; en conséquence, il n'était plus nécessaire de déterminer si elle était abusive.

Dans une autre décision de la Cour du Québec⁴¹, le tribunal – on lui présentait une objection préliminaire portant sur sa compétence – s'est prononcé contre l'application d'une clause compromissoire entre un consommateur et une entreprise : la clause était contenue dans l'offre d'achat d'une résidence et elle disposait que tout litige devait être soumis à un arbitre. La Cour motive sa décision de la manière suivante :

Le contrat en est un d'adhésion et de consommation. [...]. La clause qui fait l'objet du litige soumet le contrat à une clause externe, inconnue de l'adhérent et du consommateur. Il ne fut nullement question des normes et principes de la « Canadian Association of Arbitrators ». Le tribunal ignore lui-même ces normes et principes. Une chose est certaine, c'est que par cette disposition, le contrat est assujéti ou peut être assujéti à une loi autre qu'une loi du Parlement du Canada

³⁹ *Rémillard c. 9085-9638 Québec inc.*, REJB 2001-29551 (C.Q.) [*Rémillard*] et *Bureau*, supra note 7 à la p. 5.

⁴⁰ *Bureau*, ibid.

⁴¹ *Rémillard*, supra note 39 à la p. 19.

ou de la Législature du Québec, contrairement à ce que prévoit l'article 19 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

Dans cette dernière décision encore, l'honorable juge Michel St-Hilaire a conclu qu'une clause obligeant le consommateur à payer les honoraires des arbitres à part égale avec son cocontractant était abusive étant donné que le litige pouvait être soumis sans frais à un juge de droit commun, aux petites créances.

En examinant de près ces décisions, on note que la Cour ne s'appuie aucunement sur les articles 2638 et suivants du C.c.Q. (chapitre intitulé «De la convention d'arbitrage»). Il est donc possible de conclure que si d'abord la clause d'arbitrage est comprise dans le contrat principal, puis ensuite que le consommateur a été informé quant aux normes et principes qui seront appliqués à l'arbitrage et qu'enfin on n'y prévoit pas le partage des coûts de l'arbitrage, la Cour n'exclura pas ce mode de règlement des conflits en droit de la consommation. Nous reviendrons dans notre troisième chapitre sur les frais d'arbitrage ainsi que sur le partage des coûts associés à ce recours.

Il n'existe en droit québécois aucune décision arbitrale en matière de droit de la consommation qui s'appuierait sur la notion d'ordre public mentionnée entre autres à l'article 2639 C.c.Q. ou au C.p.c. Cela n'empêche pas que dans des contextes autres, plusieurs textes de jurisprudence ou de doctrine examinent et tentent de définir la notion d'ordre public ou regardent de près l'interprétation que l'on devrait donner à l'article 2639 C.c.Q. Que faut-il entendre par ordre public? La doctrine fait certaines distinctions :

L'ordre public politique et moral vise à protéger l'ensemble des institutions qui constituent la base des règles du jeu de la société. Il défend, contre les initiatives individuelles, essentiellement l'État, l'être humain, la famille et la morale. [...]

L'ordre public social et économique caractérise la volonté de l'État de réglementer les échanges économiques. [...] Depuis quelques années, l'ordre public économique a pris une grande expansion. Les lois concernant la

protection du consommateur, la réglementation du louage d'habitation, les assurances, la protection du territoire agricole en sont autant d'exemples. [...]⁴²

On trouve au traité auquel nous avons emprunté ce dernier extrait une « [c]lassification de l'ordre public social et économique d'après le but poursuivi » : on y distingue l'ordre public de direction de l'ordre public de protection. Les auteurs poursuivent :

Au sein de l'ordre public social et économique de direction, on regroupe tous les textes et tous les arrêts jurisprudentiels qui tentent d'imprimer aux agissements des individus une direction politique, sociale ou économique déterminée. [...]

L'ordre public de protection, au contraire, est défini par les textes et les arrêts qui ont [...] comme mission primordiale de protéger l'individu. La protection du consommateur en est l'exemple parfait. [...]⁴³

L'ordre public de direction est qualifié d'« absolu » – impossible juridiquement de déroger à ses prescriptions – alors que l'ordre public de protection est dit « relatif » – dérogation possible, mais à des conditions très strictes. On ne peut pas contracter contrairement à ce qu'exige l'ordre public de protection, sauf si les clauses contractuelles sont plus avantageuses pour l'adhérent, le consommateur ou le bénéficiaire. Ainsi entendue, la notion d'ordre public – on la confrontera au texte du deuxième alinéa de l'article 2639 C.c.Q. – permet de conclure qu'une convention d'arbitrage conforme aux dispositions d'ordre public du C.c.Q et de la L.p.c. pourra valablement être soumise à un arbitre, puis homologuée par le tribunal. Dans *Laurentienne-vie, C^{ie} d'assurance inc. c. Empire, C^{ie} d'assurance-vie*⁴⁴, la Cour d'appel a confirmé, après avoir précisé que les dispositions en matière d'arbitrage devaient recevoir une interprétation large et libérale, que certaines matières sont soustraites de l'arbitrage, mais qu'en dehors de celles-ci, les arbitres peuvent statuer sur des règles d'ordre public. En l'espèce, le litige était entre compagnies d'assurances. C'est sans nul doute pour cette raison que la Cour n'hésite pas à valider la disposition relative à l'arbitrage et qu'elle précise ne pas être en présence d'une règle d'ordre public.

⁴² Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les Obligations*, 5^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, aux n^{os} 133 et 134, au pp. 157 et 159.

⁴³ *Ibid.*, aux n^{os} 135 et 136, à la p. 160.

⁴⁴ [2000] J.Q. no 2051 (QL), REJB 2000-18713 (C.A.) [*Empire*]

Reste à savoir comment il faut interpréter l'expression « les autres questions qui intéressent l'ordre public ». Nous croyons que l'ordre public dont il est question au premier alinéa de l'article 2639 C.c.Q. est ce que les auteurs Baudouin et Jobin appellent l'ordre public de direction : y contrevenir entraîne une nullité absolue. En droit français, Pascal Ancel⁴⁵ a défendu une interprétation concordante relativement à l'article 2060 C.c.fr :

L'article 2060, en excluant d'une manière générale l'arbitrage dans un certain nombre de matières qui intéressent l'ordre public vise l'ordre public au premier sens (on serait tenté d'écrire l'Ordre Public avec des majuscules), c'est-à-dire certaines règles qui ont pour finalité directe d'assurer le respect d'intérêts supérieurs de la société » par opposition à l'ordre public de protection.

Le deuxième alinéa de l'article 2639 C.c.Q. permettrait, dans tous les cas d'ordre public de protection, d'analyser la clause compromissoire afin de déterminer si celle-ci respecte l'ordre public. Autrement dit, les arbitres ont compétence pour trancher le différend qui – par certains aspects ou en sa totalité – intéresse l'ordre public⁴⁶.

Serait-il possible qu'en vertu de l'article 2638 C.c.Q., et en raison du caractère d'adhésion de la plupart des contrats de consommation, le consommateur puisse invoquer une absence de consentement et de volonté de sa part pour refuser de soumettre un différend à l'arbitrage? Nous croyons qu'il n'est pas possible d'empêcher l'application d'une clause compromissoire dans un contrat de consommation en invoquant une absence de consentement ou de volonté tant et aussi longtemps que la clause n'est pas abusive. On détermine le caractère abusif d'une clause compromissoire en la confrontant aux dispositions de la L.p.c. et aussi d'après les conséquences concrètes qu'aura pour le consommateur cette renonciation aux tribunaux judiciaires⁴⁷ (exemples : les frais, l'étendue des recours et des moyens de compensation disponibles, etc.).

⁴⁵ P. Ancel, « Conventions d'arbitrage – Conditions de fond – Litiges arbitrables », *Jurisclasseur, Procédure civile*, Fasc. 1024, *Commercial Fasc.* 212, 1986, au n° 28, à la p. 8.

⁴⁶ *Mousseau c. Société de gestion Paquin ltée*, J.E. 94-1296 (C.S.) Appel rejeté sur requête, C.A. Montréal, no 500-09-001269-943, 6 octobre 1994.

⁴⁷ Cette interprétation concorde avec la notion de « unconscionability » en droit américain.

Quant aux conditions nécessaires pour qu'une clause d'arbitrage puisse valablement être tranchée par un arbitre, elles seront plus amplement étudiées aux chapitres II et III du présent mémoire. Mentionnons toutefois que le commerçant devra respecter toutes les dispositions d'ordre public, qu'il ne peut désavantager le consommateur lors du choix de l'arbitre et qu'il est peu probable qu'une clause de cette nature puisse prévoir que l'arbitre agira en amiable compositeur⁴⁸.

La Loi sur la protection du consommateur

La L.p.c. est une loi d'ordre public de protection. Il est donc possible de déroger à ses dispositions, mais seulement dans le but d'être plus généreux à l'égard du consommateur. Il faut prendre garde cependant que certaines de ses dispositions ont été vues par la doctrine⁴⁹ comme étant d'ordre public de direction (ordre public « absolu » donc) : c'est le cas des règles du TITRE II, lequel porte sur les pratiques de commerce⁵⁰. Le chapitre II du TITRE IV (ce titre est intitulé « Preuve, procédure et sanctions ») énumère les recours civils accessibles aux consommateurs. On y précise que le consommateur peut demander la nullité du contrat si l'une des règles de formation ou de forme du contrat n'a pas été respectée; on y fait en outre état de l'existence d'une panoplie de recours possibles, allant de l'exécution forcée à la demande de dommages-intérêts punitifs. Bien que la L.p.c. ne prévoit aucune disposition précise quant à l'arbitrage, les articles 261 et 262 L.p.c. pourraient être interprétés comme prohibant la clause compromissoire dans un contrat de consommation. Ces articles se lisent ainsi :

261. On ne peut déroger à la présente loi par une convention particulière.

262. À moins qu'il n'en soit prévu autrement dans la présente loi, le consommateur ne peut renoncer à un droit que lui confère la présente loi.

⁴⁸ Le pouvoir d'agir à titre d'amiable compositeur, c'est le pouvoir de régler un litige sans être contraint à respecter le droit en vigueur. Il serait inutile de mentionner dans un contrat de consommation que l'arbitre pourrait agir en amiable compositeur puisque la décision de ce dernier ne pourrait être homologuée sans que la Cour se soit assurée que l'ordre public a été respecté.

⁴⁹ Nicole L'Heureux, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2000.

⁵⁰ Art. 215 à 253 L.p.c.

La L.p.c. et les règlements pris en application de cette loi prévoient l'accès à un « tribunal » sans préciser ce qu'il faut entendre par tribunal. Doit-on conclure que l'accès à un arbitre plutôt qu'à un juge est une dérogation à la L.p.c. ou une renonciation à un droit que celle-ci reconnaît? Nous soutenons que dans la mesure où le consommateur peut obtenir de l'arbitre le même type de réparation que devant un juge, il peut effectivement être obligé d'avoir recours à l'arbitrage. De plus, puisque l'arbitre doit respecter l'ordre public, il n'y aurait pas de désavantages pour le consommateur à recourir à l'arbitrage.

Pour traiter correctement de la question, nous devons maintenant définir le terme « tribunal » au sens de la L.p.c. C'est le C.p.c. qu'il faut consulter pour cela, comme chaque fois que la loi à appliquer ne prévoit pas de définition⁵¹. La définition que donne ce Code est large ici, et elle peut inclure la juridiction ayant compétence en matière civile. Il est vrai qu'aux articles 940 et suivants, le C.p.c. oppose « tribunal » à « arbitrage », mais nous n'y voyons pas une volonté claire d'exclure l'arbitrage de la « juridiction compétente ». En effet, puisque les parties ont convenu d'un arbitrage obligatoire, il s'agirait selon nous de la juridiction contractuelle compétente pour entendre le litige, toujours selon l'article 4j) C.p.c.⁵². Précisons que le consommateur conserve son recours en injonction – et par le fait même l'outrage au tribunal reste à craindre – devant la Cour supérieure, même à l'encontre d'une clause d'arbitrage obligatoire. Quant à la jurisprudence, dans la décision *Balance Toledo c. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale, section locale 987*⁵³, la Cour supérieure mentionne que le mot « tribunal » renvoie plutôt à des tribunaux statutaires de juridiction limitée, tels le Tribunal de la jeunesse, celui de l'expropriation, celui du travail ainsi que les tribunaux d'arbitrage par opposition au mot « Cour » qui désignerait les

⁵¹ Art. 4j) C.p.c. : « tribunal »: une des cours de justice énumérées à l'article 22 ou un juge qui siège en salle d'audience. - De plus, la signification du mot « tribunal » utilisé au C.c.Q ou dans une loi particulière est déterminée par le C.p.c. ou, le cas échéant, par la loi qui en contient une définition propre. Il peut désigner, selon le cas, la juridiction ayant compétence en matière civile, un juge siégeant en salle d'audience ou exerçant en son bureau ou un greffier.

⁵² Le juge Gérard Turmel, s'en référant à un jugement de la Cour d'appel, mentionne que le législateur québécois a constitué deux sortes de juridiction, l'une publique, dont il désigne les titulaires, l'autre privée, parce que ses titulaires sont nommés par les parties au litige : *Régie des installations olympiques c. D'Astous*, (4 décembre 1980), Montréal 500-05-017188-0770, J.E. 81-126 (C.S.). Toutefois cette décision a été rendue avant l'adoption de la règle qui permet à l'arbitre de trancher de sa propre compétence et en conséquence nous croyons que le fond du litige aurait dû être tranché autrement.

tribunaux supérieurs. La Cour supérieure oppose toutefois « Tribunal des griefs » – il s'agit d'un tribunal statutaire obligatoire – à une juridiction choisie d'un commun accord entre les parties. Certains pourraient alors conclure que seules les juridictions statutaires imposées aux parties peuvent être considérées comme étant des tribunaux, mais les critères retenus par les auteurs *Morin et Blouin*⁵⁴ enlèvent tout poids à ce point de vue. Voici donc les éléments qui, selon ces auteurs, permettent de conclure à la présence d'un tribunal : 1) la présence d'un conflit entre les parties quant à leurs droits et obligations respectives; 2) une juridiction capable de trancher le litige et de déterminer les droits et obligations de chacun et 3) une obligation de considérer les faits et les arguments avancés par les parties.

Nous sommes d'avis que l'arbitrage constitue une juridiction contractuelle qui peut constituer un tribunal au sens de la L.p.c., mais nous reconnaissons qu'à certains égards, on doit faire une distinction entre un « tribunal » d'arbitrage et le « Tribunal ». C'est précisément le cas aux articles 940 et suivants du C.p.c. (où il faut voir « juridiction contractuelle » par opposition à « juridiction statutaire »). Nous sommes d'avis que le législateur ne désire pas interdire l'arbitrage lorsqu'il écrit « tribunal » dans la L.p.c. Si telle avait été sa volonté, il aurait pris soin de le dire de façon beaucoup plus claire, comme on l'a fait dans la législation des autres provinces canadiennes. Ajoutons encore que l'honorable juge Lebel a affirmé dans un *obiter* de l'arrêt *Desputeaux*⁵⁵ que :

[42] L'adoption d'une disposition comme l'art. 37 de la *Loi sur le droit d'auteur* vise à définir la compétence matérielle des tribunaux judiciaires sur une question. Elle n'entend pas exclure la procédure arbitrale. Elle ne fait qu'identifier le tribunal qui, au sein de l'organisation judiciaire, aura compétence pour entendre les litiges concernant une matière particulière. On ne saurait présumer qu'elle exclut la juridiction arbitrale, faute de la mentionner expressément. Celle-ci fait maintenant partie du système de justice du Québec, tel que celui-ci peut l'aménager en vertu de ses compétences constitutionnelles.

⁵³D.T.E. 89T-765 (C.S.).

⁵⁴ Fernand Morin et Rodrigue Blouin, *Précis de l'arbitrage des griefs*, Collection Relations du travail, Québec, Presses de l'Université Laval, 1980, p. 136, 139-140. Reproduit dans *Balance Toledo* à la p. 11 du jugement.

⁵⁵ *Desputeaux*, supra note 38 à la p. 19.

[46] L'article 37 de la *Loi sur le droit d'auteur* attribue à la Cour fédérale une compétence concurrente pour l'application de la loi, en partageant la compétence matérielle sur les droits d'auteur entre la Cour fédérale et les « tribunaux provinciaux ». Cette disposition demeure suffisamment générale à mon avis pour inclure les procédures arbitrales créées par une loi provinciale. Si le législateur fédéral avait voulu exclure l'arbitrage en matière de droit d'auteur, il l'aurait fait clairement. [...] L'article 37 ne fait donc pas obstacle au renvoi du présent litige à la compétence arbitrale.

Peut-être n'est-ce qu'une question de temps avant que le Législateur québécois légifère de façon à soit interdire aux commerçants de recourir à l'arbitrage, soit encadrer efficacement tout le mécanisme, eu égard à ceux-ci.

L'application territoriale de la L.p.c.

En vertu de notre droit constitutionnel, les provinces ont le pouvoir de légiférer en matière de droit civil et de droit pénal. La compétence législative relative à l'adoption de lois sur la protection des consommateurs appartient donc clairement au législateur québécois. Il est légitime malgré tout de se demander si les citoyens du Québec sont protégés dans toutes les circonstances où ils traitent avec un commerçant. D'aucuns soutiennent que la L.p.c. ne s'applique qu'en droit interne. Le professeur Patrick Glenn s'interroge à cet égard⁵⁶ :

Le but particulier d'une telle loi commande-t-il son application extra-territoriale? [...] Faute d'indications plus précises de son but particulier, la jurisprudence au Québec tend actuellement à rejeter l'application impérative de la *Loi sur la protection du consommateur* dans des situations présentant un élément d'extranéité.

La jurisprudence qui a été citée à l'occasion de cette réflexion par le professeur Glenn – *St-Pierre c. Canadian Acceptance Corp. Ltd*⁵⁷ – a été suivie par d'autres tribunaux⁵⁸. La

⁵⁶ P. Glenn, « Droit international privé » dans Le Barreau du Québec et La Chambre des notaires du Québec, *La Réforme du Code civil*, t. 3, Québec, P.U.L., 1993, à la p. 679. Plus loin, Patrick Glenn insiste : «[...] et même le caractère impératif d'une loi sur le plan interne n'est pas concluant sur le plan international (l'exemple évident étant la législation sur la protection du consommateur). » à la p. 680.

⁵⁷ *St-Pierre c. Canadian Acceptance Corp. Ltd*, (19 mai 1982), Montréal 500-09-000210-781, J.E. 82-654 (C.A.). Cette décision s'inscrit en faux contre un courant qui voudrait qu'on applique la L.p.c. même lorsque le contrat n'est pas conclu au Québec : *GMAC c. Beaudry*, [1977] C.S. 1017, *Trans-Canada Crédit*

Cour d'appel a ainsi décidé qu'on ne peut juger de l'applicabilité de la L.p.c. en ne tenant compte que du lieu du domicile du consommateur, et que le lieu de conclusion du contrat demeure un facteur de rattachement qui a son poids quant à la détermination de la loi applicable. Selon la décision en cause, un contrat conclu en Ontario entre un consommateur québécois et un commerçant ontarien échapperait à l'application de la L.p.c.

À ce sujet, Claude Masse⁵⁹ énonce trois principes grâce auxquels on peut régler plus aisément les problèmes liés à l'application territoriale de la L.p.c. : (1) le caractère d'ordre public de la L.p.c.; (2) la prépondérance des *règles procédurales* du droit interne sur celles du droit étranger; (3) la présomption aux termes de laquelle la loi étrangère est identique à la loi interne lorsque le contenu de la loi étrangère n'a pas été prouvé. Ces principes favorisent l'application de la L.p.c. Claude Masse conclut qu'il faut appliquer les articles pertinents du C.c.Q., en l'occurrence les articles 1384 (portant sur le contrat de consommation) et 3117 (cet article se trouve au TITRE DEUXIÈME – intitulé « Des conflits de lois » – du LIVRE DIXIÈME du C.c.Q., et il porte aussi sur le contrat de consommation) pour régler les problèmes de droit international privé qui peuvent se présenter au moment d'appliquer la L.p.c. Comme nous le verrons au deuxième chapitre du présent texte, interprétées largement, ces dispositions du C.c.Q. sont nettement plus permissives que celles de la L.p.c.; elles sont par exemple applicables non seulement aux commerçants, mais aussi aux entreprises au sens de l'article 1525, alinéa 3 C.c.Q.

Quelle devrait être l'attitude des commerçants étrangers qui désirent traiter avec des consommateurs québécois? Si l'interprétation de M. Masse concorde avec ce que dit pour sa part la jurisprudence québécoise, qu'advient-il du pouvoir d'homologation de la Cour? Cette dernière pourrait-elle refuser d'homologuer une décision arbitrale en raison d'un manquement aux règles de l'ordre public? Si les tribunaux peuvent mettre de côté

Corp. c. Lafrenière, [1982] C.P. 247., *GMAC c. Breton*, [1986] R.J.Q. 781 (C.P.). Il est à noter qu'aujourd'hui, ces décisions pourraient faire l'objet d'un arbitrage au PAVAC.

⁵⁸ *Belisle National Leasing c. Bertrand*, [1991] R.J.Q. 194 (CS); *GMAC c. Nault*, [1987] R.J.Q. 2661 (C.P.); *GMAC c. Arnold*, [1984] R.L. 513 (C.P.).

l'application de la L.p.c. par rapport à un contrat présentant un caractère d'extranéité, les arbitres peuvent certainement faire de même. De toute façon, le contrôle judiciaire relatif aux règles de l'ordre public entre dans le processus d'homologation.

Au vu de la jurisprudence majoritaire et des commentaires du professeur Glenn, nous nous demandons, avec Sylvette Guillemard, si « [l]e consommateur, lorsqu'il sort de sa sphère juridique, risque de ne jouir d'aucune protection particulière parce que les lois du type de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont pas des lois d'application immédiate »⁶⁰. Il s'agit ici de lois dont « l'observation sociale est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays »⁶¹.

Les Nations Unies ont en fait adopté des lignes directrices en vue de la protection des consommateurs. Toutefois, contrairement aux traités internationaux qui une fois ratifiés par un pays y ont une force obligatoire, ces lignes directrices n'en ont aucune.

D'ailleurs, Sylvette Guillemard exprime l'opinion que voici :

Plus fatal en ce qui nous concerne, le consommateur est vu comme un individu enraciné dans son territoire, le droit s'accommodant mal de ses déplacements. Dans la majorité des cas, dès que le consommateur sort de ses frontières nationales ou régionales, le droit lui retire l'assurance de sa protection. Faits

⁵⁹ Claude MASSE, *Loi sur la protection du consommateur : analyse et commentaires*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1999, à la p. 74.

⁶⁰ Sylvette Guillemard, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, thèse de doctorat en droit, Université Laval, 2003, en ligne : Uaval.ca <<http://www.these.ulaval.ca/2003/20565/20565.html>>, Chapitre 1 – Impact du nouvel environnement en matière de liberté contractuelle, section 2 – Confusion des genres, titre 1.2 Protection du consommateur et territorialité La définition de « lois d'application immédiate » se trouve dans le texte de cette thèse. L'auteure affirme que les lois d'application immédiate s'imposent d'elles-mêmes, qu'elles « ne [requièrent] pas la médiation d'une règle de conflit de lois ». La vérification du respect de l'ordre public intervient, elle, en aval de la mise en œuvre des règles de « conflits de lois ». Ce n'est qu'une fois la loi applicable déterminée par ce mécanisme que celle-ci pourrait éventuellement être évincée au nom de l'ordre public. Le jugement de la Cour supérieure dans *Belisle* [supra note 58 à la p. 28] illustre parfaitement le raisonnement à tenir dans un tel cas, et qui comporte en somme trois étapes. La première consiste à se demander si la loi invoquée est d'application immédiate; la deuxième – si la réponse précédente est négative – exige qu'on détermine la loi applicable selon les règles de droit international privé du for et la troisième étape nous oblige à vérifier si la loi ainsi déterminée contrevient à l'ordre public du for.

⁶¹ Sylvette Guillemard, *ibid.*

aggravants : il n'existe pas de droit international de la consommation ni de droit de la consommation transfrontière.⁶²

Nous ne sommes pas aussi alarmiste. Dans l'éventualité où un consommateur qui se croirait lésé demanderait la protection des lois de son État, les règles de droit international privé trouveraient application : c'est en vertu du droit interne de l'État où il réside ou dont il est citoyen qu'il serait entendu. Étant donné que dans tous les États de droit, vraisemblablement, les droits des consommateurs sont protégés par des textes législatifs précis, les risques que des citoyens s'y trouvent sans protection en leur qualité de consommateurs sont bien limités. De plus, quand le droit de la consommation étranger n'est pas prouvé, l'arbitre peut appliquer le droit en vigueur au Québec⁶³, la L.p.c. au premier chef. Mentionnons enfin que la Communauté européenne a tenté de consolider dans un code commun les lois sur la protection du consommateur adoptées par les pays membres. Une telle codification témoignerait du dessein de cette Communauté d'assurer une protection uniforme à tous les Européens.

Le tableau que voici permet de saisir en un coup d'œil ce qu'il en est de l'application de la L.p.c. :

Un consommateur québécois	
On applique la L.p.c.	On n'applique pas la L.p.c.
<ul style="list-style-type: none">• Commerçant québécois• Contrat conclu au Québec• Choix d'un droit étranger au contrat (3117 C.c.Q.)• Aucun élément d'extranéité	<ul style="list-style-type: none">• Commerçant étranger• Contrat conclu à l'étranger, aucune demande expresse du commerçant quant au droit applicable

⁶² Sylvette Guillemard, *ibid*, Chapitre 1 – Impact du nouvel environnement en matière de liberté contractuelle, section 2 – Confusion des genres, titre 3 – Synthèse.

⁶³ Ar. 2809, al. 2 C.c.Q.

<ul style="list-style-type: none"> • Commerçant étranger • Contrat conclu à l'étranger à la demande expresse du commerçant 	
--	--

Le tableau résume ainsi la question : l'arbitre devra appliquer la L.p.c. ou parce qu'il n'y a aucun élément d'extranéité ou parce que les parties ont convenu d'appliquer le seul droit québécois. Dans tous les autres cas, les règles du C.c.Q. ont préséance lorsqu'il y a conflit entre l'interprétation qu'il faut donner à la L.p.c. et les premières. Précisons que le C.c.Q. prévoit aussi la protection des consommateurs, et que son applicabilité ne fait aucun doute puisqu'il s'agit des dispositions du C.c.Q, une loi d'application immédiate. Nous nous reporterons au tableau ci-dessus pour déterminer le droit applicable dans les circonstances chaque fois que nous aurons à distinguer l'interprétation à donner au C.c.Q. de celle qu'exigent les dispositions de la L.p.c.

Les autres provinces canadiennes : la protection des consommateurs

L'Ontario vient d'adopter la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*⁶⁴. L'article 7 de cette loi s'intitule *Des conventions d'arbitrage entre commerçant et consommateur* et il dispose ainsi :

Aucune renonciation aux droits substantiels et procéduraux

7. (1) Les droits substantiels et procéduraux accordés en application de la présente loi s'appliquent malgré toute convention ou renonciation à l'effet contraire.

Restriction de l'effet d'une condition exigeant l'arbitrage

(2) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), est invalide, dans la mesure où elle empêche le consommateur d'exercer son droit d'introduire une action devant la Cour supérieure de justice en vertu de la présente loi, la condition ou la reconnaissance, énoncée dans une convention de consommation ou une convention connexe, qui exige ou a pour effet d'exiger que les différends relatifs à la convention de consommation soient soumis à l'arbitrage.

Procédure de règlement de différend

(3) Malgré les paragraphes (1) et (2), le consommateur, le fournisseur et les autres personnes touchées par un différend au sujet duquel le consommateur peut introduire une action devant la Cour supérieure de justice peuvent convenir de le régler au moyen de toute procédure que prévoit la loi.

⁶⁴ L.O. 2002, c. 30, ann. A modifiant la Loi sur la protection du consommateur, L.R.O. 1990, c. C.31, entrée en vigueur le 13 décembre 2002, S.O. 2002 c. 30, art. 6(1).

Règlement ou décision

(4) Le règlement ou la décision qui résulte de la procédure convenue en vertu du paragraphe (3) lie les parties dans la même mesure que s'il avait été atteint à la suite d'un différend relatif à une convention que ne vise pas la présente loi.

Non-application de la Loi de 1991 sur l'arbitrage

(5) Le paragraphe 7 (1) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* ne s'applique pas à l'instance visée au paragraphe (2), sauf si, après la naissance du différend, le consommateur consent à le soumettre à l'arbitrage.

On constate ici que l'Ontario rend le compromis possible mais pas la clause compromissoire. Nous croyons que cette législation est étroitement liée aux dispositions relatives au recours devant la Cour des petites créances de l'Ontario.

En effet, lorsqu'un consommateur peut faire respecter ses droits en s'adressant à une cour dite des « petites créances », il ne devrait pas être fait obstacle à ce recours par une clause d'arbitrage puisque le recours à cette cour est un moyen aussi efficace que rapide de régler un différend, et qu'il est habituellement le moins coûteux⁶⁵. Le recours aux cours des petites créances n'a d'ailleurs pas cessé d'augmenter ces dernières années, et cela est lié en partie au fait que dans certaines provinces, ces cours entendent des causes où la créance peut être assez importante (jusqu'à 25 000\$ en Alberta). C'est précisément en Alberta qu'un amendement à la législation protégeant les consommateurs, allant dans le même sens que la loi ontarienne en vigueur en ce moment a été adopté en premier lieu⁶⁶. L'intention était sûrement d'éviter les clauses d'arbitrage obligatoire dans les cas où le consommateur peut exercer ses droits devant la Cour des petites créances.

⁶⁵ Toutefois, la Californie prône une tout autre approche : l'art. 1141.10 C.p.c. Cal. mentionne très clairement que l'arbitrage est plus efficace que la Cour des petites créances (50 000\$ et moins) et qu'un juge doit favoriser le renvoi du litige devant un arbitre : 1141.10. (a) The Legislature finds and declares that litigation involving small civil claims has become so costly and complex as to make more difficult the efficient resolution of such civil claims, that courts are unable to efficiently resolve the increased number of cases filed each year, and that the resulting delays and expenses deny parties their right to a timely resolution of minor civil disputes. The Legislature further finds and declares that arbitration has proven to be an efficient and equitable method for resolving small claims, and that courts should encourage or require the use of arbitration for such actions whenever possible.

⁶⁶ *Financial Consumer Act*, Chap. F-13, art. 23, Requirement for arbitration clause 23(1) : Every agreement between (a) consumers and suppliers about named financial products, (b) consumers and agents about named financial products, and (c) consumers and financial planners about advice, about named financial products or any other financial products must include a provision stating that after a dispute arises, unless the consumer decides to start court proceedings instead of arbitration proceedings, the parties must arbitrate a dispute about a loss resulting because this Act was not complied with, and that the Arbitration Act will apply.

Nous croyons toutefois que l'on fait fausse route en accordant un pouvoir accru aux cours des petites créances quand toute convention d'arbitrage est exclue. En effet, ces cours risquent ainsi d'être débordées, et les litiges soumis à leur juridiction, de s'avérer de plus en plus complexes. Le résultat est prévisible : le droit à obtenir rapidement justice sera compromis. De plus, les avocats pourraient bien être conscrits « par la bande » relativement à ce type de litige, ce qui entraînerait des frais additionnels pour le consommateur. Notre mise en garde s'inspire de ce qui s'est produit en Californie : en accordant l'accès à une telle cour dans les cas où le litige n'excédait pas 50 000 \$, on en a réduit l'efficacité. La Californie reconnaît à l'arbitrage une efficacité supérieure à celle des cours des petites créances et invite les juges à suggérer, voire même à ordonner, que certains litiges soient soumis à un arbitre⁶⁷.

Voici maintenant ce qu'il en est de la situation dans les autres provinces canadiennes : la Colombie-Britannique, le Nouveau-Brunswick, les Territoires du Nord-Ouest ainsi que la Nouvelle-Écosse n'ont pas de dispositions qui prohibent l'arbitrage⁶⁸. En Saskatchewan, non seulement les parties peuvent soumettre leur litige à l'arbitre, mais elles sont alors soustraites aux dispositions de la loi locale sur la protection du consommateur⁶⁹. La loi sur la protection des consommateurs du Manitoba et celle du Yukon définissent le « tribunal » comme étant « the Court of Queen's Bench and the Supreme Court » et elles prévoient qu'on ne peut pas déroger à ses dispositions, ce qui, selon nous, équivaut à une prohibition de la clause d'arbitrage obligatoire dans les contrats de consommation⁷⁰.

En Alberta, en Ontario, au Manitoba et au Yukon, cette prohibition suit toutefois la logique qui a été retenue lors de la création du système d'arbitrage pour les véhicules automobiles – le Programme d'arbitrage pour les véhicules automobiles du Canada

⁶⁷ Voir art. 1441.10 C.p.c. Cal., supra note 65 à la p. 32 et le texte correspondant à cette note; on peut se poser des questions quant au respect d'une caractéristique importante de l'arbitrage, soit une « entente » entre les parties afin de soumettre un différend à l'arbitrage.

⁶⁸ B.C. : *Consumer Protection Act*, [RSBC 1996], chapter 69; N.-B. : *Consumer Product Warranty and Liability Act*, c. 18.1; R.T.N.O.: *Consumer Protection*, R.S.N.W.T. 1988, c. C-17; N.S.: *Consumer Protection Act*, R.S.N.S. 1989, c. 92.

⁶⁹ Art. 44(2) du *Consumer Protection Act*, c. C-30.1. Il n'est pas clair si l'entente doit survenir une fois le litige né.

(PAVAC) – soit que le consommateur doit se réserver le droit de soumettre tout différend aux tribunaux de droit commun jusqu’au moment où il optera pour la signature d’une convention d’arbitrage. Le système PAVAC existe maintenant partout au Canada; il est en vigueur au Québec depuis janvier 2001.

Programme d’arbitrage pour les véhicules automobiles du Canada (PAVAC)

En marge des recours aux tribunaux civils s’est développé un mode de règlement des conflits liés à l’achat ou à la location par les consommateurs de véhicules automobiles au Canada. Ce système mis sur pied en 1994⁷¹ est administré conjointement par des représentants des gouvernements provinciaux et fédéraux, des concessionnaires automobiles ainsi que des associations de protection de consommateurs.

Le consommateur n’est pas tenu d’adhérer à ce programme dès l’achat d’une voiture. C’est plutôt au moment où le problème survient que le consommateur est appelé à faire un choix : porter sa cause devant les tribunaux de droit commun ou adhérer au PAVAC. Seulement, une fois la convention d’arbitrage signée, toutes les parties sont ensuite liées par la décision et ce, sans possibilité d’appel devant les tribunaux.

Les coûts du PAVAC sont entièrement supportés par les fabricants et, chose étonnante, ces derniers ne participent pas au processus de sélection des arbitres. Ainsi, les arbitres ne sont pas choisis par ceux qui financent le système — ce qui en renforce la crédibilité et, vraisemblablement, garantit l’impartialité des arbitres. Le Québec a tardé avant d’accepter la mise en œuvre de ce projet sur son territoire : il avait des réserves à cause de la confidentialité du processus avant 1999. La clause de confidentialité a depuis été

⁷⁰ Manitoba : art. 1(1) et 96 du *Consumer Protection Act*, C.C.S.M., c. C200; Yukon : *Consumer Protection Act*, chap. 40, art. 1 et 88.

⁷¹ Le projet a vu le jour en Ontario dans les années 80, en réponse à une législation très sévère à l’endroit des fabricants et concessionnaires automobiles que le ministre de la Consommation et du Commerce avait l’intention de mettre sur pied. En 1996, le programme du PAVAC était en application dans tout le Canada, sauf au Québec où on n’y adhère que depuis le 25 janvier 2001.

supprimée des contrats d'arbitrage du PAVAC et maintenant, les statistiques complètes des décisions rendues sont publiées sur le site Web du programme⁷².

Le mécanisme PAVAC est un exemple parfait de l'utilisation efficace de l'arbitrage en droit de la consommation. Les coûts sont nuls pour les consommateurs, et il ne s'écoule pas plus de soixante-dix jours entre le moment où le consommateur adhère au programme et celui où une décision finale est rendue. L'arbitrage se déroule dans la juridiction du consommateur. Les ordonnances susceptibles d'être rendues à la suite d'un arbitrage peuvent aller du rachat du véhicule par le fabricant (à certaines conditions) à une ordonnance de réparation, au remboursement des frais engagés ou à une déclaration exonérant le fabricant de toute responsabilité. D'aucuns ont des réticences à l'égard de ce programme parce que l'arbitre n'a pas le pouvoir d'octroyer des dommages punitifs ni celui d'accorder au consommateur le remboursement de ses frais de justice⁷³. Ces inconvénients sont plutôt théoriques cependant : en cas d'actes fautifs intentionnels imputables à son vis-à-vis, le consommateur peut opter pour un recours devant les tribunaux d'une part et, d'autre part, il est très rare que les parties soient représentées par avocats lors de l'audition du PAVAC.

Bref ce système devrait servir d'exemple pour la mise sur pied de processus semblables dans d'autres domaines du droit de la consommation. Nous verrons sous le prochain titre qu'il existe beaucoup d'organismes qui offrent des voies alternatives de règlement (autres que les tribunaux judiciaires), en particulier dans le milieu bancaire ou dans celui des valeurs mobilières. Malheureusement, un peu comme dans le cas du PAVAC, les autorités responsables de l'application de ces mesures semblent estimer que ces processus ne sont que des solutions de rechange et non pas « la » méthode de résolution des

⁷² Office de la protection du consommateur, communiqué (31 juillet 2002) du PAVAC nous apprend qu'« [e]n 2001, 715 cas ont été soumis au PAVAC et ceux [qu'on a réglés] au moyen de l'arbitrage ont favorisé le commerçant à hauteur de 51 % »; Office de la protection du consommateur, communiqué (28 avril 2003) 78 % des consommateurs québécois se sont dit satisfaits du programme PAVAC.

⁷³ *L'étude de cas de redressement en fonction du marché à l'intention des consommateurs : Programme d'arbitrage pour les véhicules automobiles du Canada, gouvernement du Canada*, commentaire, en ligne : Strategis <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwGeneratedInterF/Home> .

conflits⁷⁴. Le PAVAC a pourtant fait la preuve qu'il est avantageux pour le commerçant autant que pour le consommateur de régler leurs différends « autrement ».

Protection du consommateur aux États-Unis

Aux États-Unis, il existe deux lois fédérales qui protègent les consommateurs contre différents risques : le *Truth in Lending Act* et le *Fair Credit Reporting Act*. Leurs dispositions relatives à l'arbitrage sont respectueuses du F.A.A., c'est-à-dire qu'il n'existe aucune prohibition totale d'insérer des clauses d'arbitrage obligatoire, sauf à respecter certaines conditions. Les deux textes législatifs susmentionnés portent l'un sur les contrats de prêt d'argent et l'autre sur les dossiers relatifs à la solvabilité des personnes désireuses d'obtenir un délai de paiement (crédit, emprunt, etc.). Les autres domaines du droit de la consommation relèvent des législatures de chaque État, lesquelles sont tenues bien sûr de respecter les dispositions du F.A.A. En Californie, il faut consulter le C.p.c. Cal. sous le titre 9 pour connaître les droits et obligations des commerçants et des consommateurs.

Les associations qui interviennent dans le processus d'arbitrage aux États-Unis

Le National Arbitration Forum

Connu surtout parce qu'il œuvre dans le domaine bancaire, le National Arbitration Forum (NAF), dont l'impartialité a parfois été mise en doute⁷⁵, a souvent été cité en exemple par la Cour suprême des États-Unis pour l'impartialité, justement, de son fonctionnement⁷⁶.

⁷⁴ Si le seul argument en faveur de la possibilité d'opter réside dans l'octroi de dommages exemplaires, nous croyons que l'on devrait donner ce pouvoir aux arbitres et ce, à certaines conditions. Étant donné que les fabricants ont accepté le retrait de la clause de confidentialité, il est possible qu'ils consentent aussi à l'ajout de ce pouvoir.

⁷⁵ *Luna v. Household Finance Corporation III.*, 236 F. Supp. 2d 1166: « Despite express rejection of the allegation of arbitrator prejudice, the Court recognizes that repeat arbitration participants enjoy advantages over one-time participants. Therefore, although facially neutral, the Arbitration Rider's confidentiality provision unduly favors Household and therefore contributes to a finding of substantive unconscionability »

⁷⁶ *Randolph*, supra note 31 à la p. 15; *Baron v. Best Buy*, 260 F.3d 625 (11th Cir. 2001); *Marsh v. First USA Bank*, 103 F.Supp. 2d 925 (N.D. Tex. 2000); *Lloyd v. MBNA Bank, N.A.*, 2001 WL 194300 (D. DEL. 2001).

Faut-il s'interroger sur l'impartialité des organismes qui agissent toujours pour le même type de commerçants et dont l'existence même dépend de ces derniers? La Californie a attaqué le problème en ciblant et les arbitres et les organismes. En mettant au point un système élaboré de divulgation des conflits d'intérêts⁷⁷, cet État s'est assuré que le NAF et les organismes de même nature proposeront des arbitres intègres. L'adoption de ces mesures a été l'occasion de protestations – venant autant des arbitres que des associations en place. Les uns et les autres ont un jour fini par reconnaître qu'il y allait de leur propre intérêt : leur crédibilité dépendait de leur impartialité.

La American Arbitration Association

La American Arbitration Association (AAA) est l'association clé en matière de développement de l'arbitrage en droit de la consommation. À l'origine du *Due Process Protocol for Mediation and Arbitration of Consumer Disputes*, la AAA a su s'allier aux organismes de protection du consommateur et ainsi obtenir leur aval lors de l'élaboration de procédures et de diverses politiques. La participation de ces organismes a augmenté la crédibilité de la AAA relativement à ses démarches auprès des consommateurs. La AAA a également joué un rôle crucial en préconisant la création d'un système de consultation des décisions arbitrales en droit de la consommation.

L'Office de la protection du consommateur du Québec – Option consommateurs

Le Québec pourrait facilement se doter d'un modèle de protection des droits du consommateur semblable à celui que nos voisins du Sud ont imaginé, c'est-à-dire d'un dispositif favorisant une participation accrue des associations de protection du consommateur à l'arbitrage. Cela pourrait passer par la création d'une association œuvrant exclusivement ou principalement dans le secteur de l'arbitrage en droit de la consommation; en seraient membres tous les acteurs en ce domaine, individus ou groupes

⁷⁷Pour les associations privées d'arbitrage, voir en particulier l'art. 1281.92 (a) C.p.c. Cal.: "No private arbitration company may administer a consumer arbitration, or provide any other services related to a consumer arbitration, if the company has, or within the preceding year has had, a financial interest, as defined in Section 170.5, in any party or attorney for a party."

(un peu sur le modèle du PAVAC). Ou encore, plus directement, l'administration de l'arbitrage pourrait être confiée à l'Office de la protection du consommateur dont l'existence est très connue. Cet Office est régi par la L.p.c. dont l'article 314 donne ouverture à un règlement des conflits à l'amiable : cet article prévoit que le « président [de l'Office] peut accepter d'une personne un engagement volontaire ayant pour objet de régir les relations entre un commerçant ou un groupe de commerçants et les consommateurs, notamment pour déterminer [...] des modes de règlement des litiges [...] ». Soit dit en passant, rien dans cet article ne précise à quel moment cet engagement volontaire doit être pris. La question de fond, « l'engagement volontaire », c'est le consentement, la manifestation de la volonté portant sur « des modes de règlement des litiges ». Lorsque l'Office détermine qu'il y a eu contravention aux dispositions de la L.p.c., son président peut donc accepter une proposition qui porterait sur un des modes alternatifs de règlement des litiges que l'on connaît : conciliation, médiation, intervention d'un amiabile compositeur, arbitrage viennent à l'esprit. Le litige pourrait donc se régler par voie d'arbitrage quant au quantum ou au mode de réparation.

La mise en œuvre de l'arbitrage en droit de la consommation

Droit bancaire

Pourquoi l'arbitrage dans le domaine bancaire?

En droit bancaire, l'intérêt de l'arbitrage est certainement lié à l'expertise des arbitres. Régi en particulier par la *Loi sur les banques* et la *Loi sur les lettres de change*, le milieu bancaire doit composer avec maintes dispositions visant la protection du consommateur⁷⁸. La marge de manœuvre des banques à cet égard est réduite. Les conflits entre banquiers et consommateurs sont très techniques et leur règlement exige une grande expertise. Les banques établies au Québec sont-elles tenues de respecter la L.p.c.? Nicole L'Heureux est

⁷⁸ *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), c. 46, art. 449-454 et 458; *Loi sur les lettres de change*, S.R., ch. B-5, art. 188-192.

d'avis que dans la mesure où une disposition de la L.p.c. n'est pas en contradiction avec une loi fédérale, les institutions bancaires doivent la respecter⁷⁹.

La situation américaine

Comme nous l'avons mentionné plus haut, aux États-Unis, le règlement de la plupart des différends entre consommateurs et banquiers relève du NAF. Lorsque les institutions bancaires entament des procédures d'arbitrage, elles en sortent gagnantes dans 99,6 % des cas selon les statistiques. Toutefois, il est important de préciser que la majorité des séances d'arbitrage en ce domaine ont lieu *ex parte* car les débiteurs n'ont pas de moyens de défense à présenter. Fait à noter, les recours entrepris contre les consommateurs par les institutions bancaires devant les tribunaux civils donnent raison aux banques à 99,8 %⁸⁰.

La situation au Québec

Les grandes banques canadiennes établies au Québec n'insèrent pas de clause d'arbitrage dans les contrats de consommation qu'elles y passent. Cependant, le recours à l'ombudsman⁸¹ est prévu dans tous les types de contrats conclus avec les consommateurs québécois : prêts, cartes de crédit, marge de crédit, etc. En effet, dès qu'un consommateur traite avec une institution financière, cette dernière doit l'informer de la possibilité de recourir à l'ombudsman des services bancaires et d'investissement (OSBI) en cas de

⁷⁹ Nicole L'Heureux, supra note 49, à la p. 139 au par. 114; Nicole L'heureux et Édith Fortin, *Droit bancaire*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1999, à la p. 172 au par. 1.81a); Crawford and Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, 8th ed, vol. 1, Ontario, Canada Law Book, 1986, à la p. 41, §106(b) (on trouve une distinction selon laquelle lorsque la banque agit dans ses fonctions premières (le prêt), les lois provinciales ne devraient pas s'appliquer et dans le cas où la banque agit dans un domaine relevant du pouvoir provincial de légiférer (si la banque agit comme cessionnaire, mettons), alors les règles provinciales en matière de protection du consommateur devraient s'appliquer. Voir *Morin c. Banque de Montréal (1994)*, [1995] R.J.Q. 457, à la p. 462. La L.p.c. s'applique, sauf incompatibilité; dans ce cas, la loi fédérale prévaudra. À l'heure actuelle, plusieurs banque conteste devant les tribunaux , l'application de la L.p.c. dans certaines circonstances, notamment quant à l'augmentation du crédit sans aviser le consommateur.

⁸⁰ Curtis Brown, statistiques, « Is contractual arbitration fair? What courts, case outcomes and public perception show about how arbitration compares to the litigation system », en ligne: NFA http://www.arb-forum.com/articles/html/brown-01.asp#_ednref9 .

⁸¹ <http://www.obsi.ca> pour ce qui est de l'ombudsman; les caisses populaires ont un « commissaire aux plaintes ».

litige⁸². Ce recours permet au consommateur de soumettre un différend à une personne (il s'agit en fait d'un service) indépendante et impartiale; le bureau de l'ombudsman reçoit les plaintes des consommateurs et tente de régler le conflit et ce, sans frais. Ce processus est confidentiel et rien de ce qui a été mis en preuve ne peut être utilisé devant les tribunaux. Le consommateur conserve ses recours devant les tribunaux de droit commun. Un recours entrepris après l'échec d'une démarche présentée à l'ombudsman n'est donc pas un processus de révision judiciaire. Cette possibilité est toutefois peu utilisée⁸³ et elle est en butte à de nombreuses critiques⁸⁴. Dans son rapport de l'an 2002⁸⁵, le bureau de l'ombudsman révèle que 76 % des plaintes se sont soldées par une décision favorable pour les institutions financières (on a jugé que les mesures prises par ces dernières étaient appropriées dans les circonstances) et 64 % des consommateurs n'ont pas conclu d'entente suite à l'intervention de l'OSBI.

C'est le conseil d'administration de l'OSBI qui choisit l'ombudsman. Ce conseil d'administration est composé de treize ou de quatorze membres : sept (ou huit) membres indépendants élus par les membres et six autres membres représentant les banques et le secteur des placements. La nomination de l'ombudsman est faite sur recommandation des membres indépendants (nouvelle règle depuis 2002). Une ombre au tableau : la régie interne de l'OSBI n'est pas assez transparente pour permettre à cet organisme de jouir de toute la crédibilité qui lui serait nécessaire pour devenir un véritable outil de règlement des conflits. C'est peut-être ce qui explique son faible taux d'utilisation.

Dans les faits, les consommateurs ont de plus en plus recours aux tribunaux pour régler leurs conflits avec les institutions bancaires; au cours de l'été 2003, deux requêtes pour autorisation d'entreprendre un recours collectif contre des banques canadiennes ont été déposées devant la Cour supérieure. Le groupe Option consommateurs et quelques

⁸² Art. 455 de la *Loi sur les banques*.

⁸³ OSBI a entrepris des enquêtes officielles dans 182 cas reçus en 2002; Richard Wright, « The complaint Catchers », *Canadian Banker*, mars/avril 1997, à la p. 11.

⁸⁴ Coalition canadienne pour le réinvestissement communautaire, Exposé de position n°1, « Les Ombudsmans bancaires – Pourquoi ils doivent être indépendants, (septembre 1997) en ligne : CCRC [Coalition canadienne pour le réinvestissement communautaire](http://www.cccrc.ca/coalition-canadienne-pour-le-reinvestissement-communautaire) .

⁸⁵ OSBI, « Rapport 2002 », en ligne : OSBI http://www.obsi.ca/obsi/pages_french/annrep_2002.php3 .

consommateurs indépendants reprochent par exemple à certaines grandes banques canadiennes de ne pas respecter le délai de grâce d'au moins vingt-et-un jours entre le moment où le relevé de compte relatif aux cartes de crédit est imprimé et le moment où elles exigent le paiement.

En raison du grand nombre de personnes touchées par les politiques des banques, il est fréquent que des recours collectifs soient entrepris contre elles, d'où l'importance de traiter du recours collectif quand on parle d'arbitrage. Nous verrons ce concept et l'approche que l'on pourrait adopter à ce sujet au troisième chapitre.

Assurance

Pourquoi l'arbitrage dans ce domaine?

Un peu plus de 10 %⁸⁶ des causes entendues par la Cour d'appel du Québec en l'an 2000 portaient sur une question d'assurance. L'inclusion de clauses compromissaires dans les contrats d'assurances peut être perçue comme étant la promesse pour les consommateurs de règlements **rapides** des différends. De plus, cette inclusion pourrait révéler que les compagnies d'assurances désirent atténuer le tort fait à leur réputation par l'abus qu'elles ont fait de procédures dilatoires ayant pour but de décourager les demandes d'indemnité. L'assurance constitue toutefois le domaine d'activités économiques où l'arbitrage obligatoire est le plus féroce contesté. L'assurance est un pilier du marché économique en Amérique du Nord; la confidentialité liée à l'arbitrage en rend l'utilisation difficile et ce, même aux États-Unis. Pourtant, à titre de comparaison, notons que le commerce des valeurs mobilières exige qu'un climat de confiance soit établi auprès du public cible; l'arbitrage s'y est tout de même très bien implanté. Il faut toutefois préciser que les consommateurs qui sont familiers avec le domaine de l'assurance ou qui en sont clients sont beaucoup plus nombreux que ceux qui de près ou de loin s'intéressent à celui des valeurs mobilières.

⁸⁶ Donnée établie grâce au site Internet : <http://www.jugements.qc.ca/> Sur les quelque 600 décisions rendues par la Cour d'appel en 2000 qui y sont recensées, 67 portaient sur le droit des assurances.

La situation américaine

Aux États-Unis, environ vingt-quatre États n'ont aucune législation prohibant ou réglementant l'arbitrage en droit de l'assurance. En vertu du *McCarran-Ferguson Act*⁸⁷ et du F.A.A., l'arbitrage entre assureur et assuré est tout à fait légal et ne connaît aucune restriction. Toutefois, par suite des pressions continues des groupes de protection des consommateurs, treize États ont prohibé toute utilisation d'une clause compromissoire par les assureurs. Mentionnons également que la Cour suprême des États-Unis⁸⁸ a refusé la demande d'appel d'une décision de la Cour suprême du Nouveau-Mexique⁸⁹ où on n'avait pas fait appliquer une clause d'arbitrage dans un contrat d'assurance de biens au motif que le consommateur n'avait pas consenti à l'arbitrage et qu'il était ainsi privé du droit d'avoir un procès devant jury. La Cour mentionne que la clause est une « nonconsensual submission to state-compelled arbitration ». Le Nouveau-Mexique est l'un des États qui n'a pas de législation en matière d'arbitrage en droit de l'assurance, mais la Cour suprême a cette fois lancé un message clair. C'est dans cette matière que l'arbitrage a le moins de succès, et cela s'explique sûrement par les sommes très élevées qu'ont octroyées les jurés aux plaignants. Malgré cela, et parce que les litiges n'ont souvent qu'une dimension monétaire, la résolution des conflits par Internet s'est fortement répandue aux États-Unis (le site www.cybersettle.com est un pionnier en la matière). En Californie, les clauses compromissoires sont permises, sauf pour les contrats visant l'assurance des services de santé (HMO).

La situation québécoise

Dans le Code civil du Bas-Canada, l'article 2587 était la seule disposition en matière d'arbitrage, et elle apparaissait au paragraphe (§) 4 – intitulé « De l'indemnité » – du CHAPITRE TROISIÈME (« De l'assurance de dommages ») du TITRE CINQUIÈME, qui traitait des assurances. En son LIVRE CINQUIÈME intitulé « Des obligations », le C.c.Q. accorde un chapitre entier (Chapitre XV) de son TITRE DEUXIÈME (Des contrats nommés) au droit

⁸⁷ 15 U.S.C § 1012.

⁸⁸ *Alamo Title Ins. v. Lisanti*, 123 S. Ct. 1288

⁸⁹ *Lisanti v. Alamo Title Ins.*, 2002 NMSC 32

des assurances (articles 2389 à 2628). Les dispositions de ce chapitre sont d'ordre public (article 2414 C.c.Q.). Non seulement s'adresse-t-on à des consommateurs, mais le législateur a reconnu que l'assurance est d'importance cruciale pour les justiciables et il requiert qu'on porte une attention particulière à la formation du contrat d'assurance, à son application et au paiement des indemnités. Cela étant dit, on offre tout de même un processus de règlement des conflits sous l'égide du Service de conciliation des assurances de personnes du Canada (SCAPC), une entité indépendante, en remplacement du Service de conciliation rattaché au Centre d'assistance aux consommateurs de l'industrie. En gros, ce service fonctionne de la même manière que l'OSBI.

Valeurs mobilières

Pourquoi l'arbitrage dans le domaine des valeurs mobilières?

L'arbitrage dans le domaine des valeurs mobilières s'est rapidement implanté dans les mentalités et il n'a pas été l'occasion de beaucoup de débats. L'expertise indispensable à qui doit se prononcer dans un secteur d'activité aussi réglementé est sans contredit propice à l'arbitrage; de plus, il a été facile d'établir qu'en moyenne, les procédures judiciaires dans ce domaine peuvent s'étendre sur plus de deux ans et que les frais liés à de telles procédures peuvent aller jusqu'à 37 500 \$ pour chacune des parties⁹⁰. Il n'est donc pas étonnant que l'arbitrage ait la cote. L'arbitrage n'est cependant pas imposé aux consommateurs ici non plus. Les récents déboires des milieux financiers nuiront sans doute à l'expansion de l'arbitrage obligatoire. Par ailleurs, la question du recours collectif est de nouveau d'actualité étant donné le récent effondrement des marchés boursiers.

La situation américaine

Aux États-Unis, le U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) est l'organisme qui veille à la protection des épargnants. Le SEC a aussi comme objectif le maintien de l'intégrité du système américain des valeurs mobilières et le contrôle des organismes

⁹⁰ Référence en ligne : IDA http://www.ida.ca/Investors/Arbitration_fr.asp.

d'auto-réglementation⁹¹ tels la National Association of Securities Dealers (NASD) et le New-York Stock Exchange (NYSE). La NASD⁹² est reconnue comme étant la plus grande association à offrir un service de résolution de conflits. Les statistiques relatives à l'arbitrage mettant en cause des consommateurs révèlent que plus de 55 % des consommateurs ont obtenu gain de cause en 2002⁹³. Le système est très homogène quant aux règles que doivent adopter les courtiers, sûrement en raison du fait que deux organismes seulement le contrôlent, de façon serrée. Ces règles sont très détaillées, ce qui rend l'arbitrage plus accessible encore⁹⁴. La NASD⁹⁵ en particulier a conçu des règles précises portant sur l'arbitrage entre consommateurs et courtiers :

- L'arbitrage au choix du consommateur et ce, même si aucune clause n'est insérée à cet effet dans le contrat qui lie le courtier et le consommateur;
- Les frais requis pour mettre le processus en marche sont minimales;
- L'audition a toujours lieu dans la juridiction choisie par le consommateur;
- La procédure d'arbitrage n'est pas confidentielle;
- L'exécution de la décision est facilitée par une entente entre la NASD et le courtier. Si ce dernier n'obtempère pas à une décision arbitrale, il risque des poursuites devant le comité de déontologie.

La situation au Québec

⁹¹ Le terme anglais est « self-regulatory organization (SRO) ».

⁹² <http://www.nasdaq.com/>.

⁹³ <http://www.nasdaq.com/statistics.asp#graph7> .

⁹⁴ *Steven C. Bennett, ESQ., « Arbitration : essential concepts, New-York », ALM , 2002, à la p. 167 .*

⁹⁵ NASD Outlines New Terms for Mandatory Arbitration Clauses (9/15/2003) : The Securities and Exchange Commission issued for comment a National Association of Securities Dealers plan to amend its arbitration rules to require member firms to make new disclosures to customers in predispute arbitration agreements.

Au Québec, l'Association des courtiers en valeurs mobilières (ACCOVAM), la Bourse de Montréal et le Centre Canadien d'arbitrage commercial (CCAC)⁹⁶ sont signataires d'une convention qui fonctionne à la manière du PAVAC. Le consommateur qui le désire ne choisit d'y être soumis qu'une fois le différend né. Le montant en litige doit être supérieur à 3 000 \$, mais inférieur à 100 000 \$, et les litiges sont réglés dans un intervalle de trois mois. Quant aux frais, le coût du règlement d'une cause type varie entre 3000 \$ et 4 000 \$; ce coût doit être partagé également entre les parties, sauf décision contraire de l'arbitre. Avant d'entreprendre la démarche prévue par la convention susmentionnée, le consommateur peut toujours référer son litige à l'OSBI, qui s'occupe également de ce type de conflit. Dans le milieu boursier comme en assurances, il peut arriver que le consommateur ait une cause d'action à l'égard de plusieurs intervenants. Nous aborderons le problème lié à l'effet de la clause compromissoire sur les tiers dans notre deuxième chapitre.

Commerce électronique

Pourquoi l'arbitrage dans ce domaine?

Internet a démultiplié les communications à l'échelle planétaire; il aurait été étonnant que les gens qu'intéressent diverses opérations commerciales n'y trouvent pas leur compte. L'extraordinaire activité commerciale qui a lieu en ligne inclut bien sûr la résolution de différends divers nés à l'occasion d'échanges faits – ou non – en ligne. De même qu'il a rendu possible la conclusion de divers types de contrats qui ne diffèrent guère en général des modèles contractuels connus avant son émergence, le réseau Internet peut faciliter et bien sûr accélérer le règlement des conflits entre commerçants et consommateurs : la grande nouveauté ici, c'est l'abolition des frontières. Il est difficile de discuter de commerce électronique sur une base régionale ou même nationale. Cette réalité doit être abordée au plan international⁹⁷. Lorsqu'un consommateur fait des achats sur Internet, il

⁹⁶ Procédure d'arbitrage spécialisée pour les litiges entre les membres de l'ACCOVAM ou de la Bourse de Montréal et leurs clients, en ligne: CCAC.

⁹⁷ Le projet econsumer.gov veut mettre en place une législation internationale qui permettrait d'identifier les pratiques dites déloyales et ainsi exercer une certaine surveillance du commerce électronique. Voir le

n'a souvent pas la moindre idée de l'emplacement de son cocontractant et cela peut rendre difficile le règlement des différends. À qui s'adresser en cas de conflits? Devant quel tribunal poursuivre et selon quelles lois? C'est en grande partie en raison du commerce électronique que le règlement des conflits sur le « Net » a émergé (On-line Dispute Resolution) et même si aujourd'hui, on utilise cette méthode afin de régler d'autres types de différends, il n'en reste pas moins que l'« Electronic commerce represents the most radical force of change that nations have encountered since the Industrial revolution »⁹⁸. Désireux de préserver les caractéristiques principales de ce système (rapidité d'exécution, disponibilité des produits) et de favoriser son expansion, les organismes de protection des consommateurs n'ont en général pas contesté avec beaucoup de ferveur ce mécanisme de résolution des conflits. Nous traiterons dans notre deuxième chapitre de la résolution des conflits sur Internet relativement aux règles particulières que doivent y adopter les consommateurs.

La situation américaine

Les Américains ont fait preuve de beaucoup d'imagination dans l'élaboration de techniques pour la résolution des conflits au moyen d'Internet : à preuve les nombreux sites Web voués à la résolution des conflits « Online »⁹⁹. La législation et la doctrine portant sur ce sujet sont considérables¹⁰⁰ et plusieurs grandes corporations américaines¹⁰¹ ont même décidé de s'associer pour former le « Electronic Commerce and Consumer

Réseau international de contrôle de la commercialisation (RICC) où treize des trente pays membres du projet econsumer.gov sont parties prenantes. Ce n'est pas une méthode d'arbitrage, mais uniquement une méthode visant à contrôler le commerce sur Internet et à augmenter la confiance des consommateurs à l'égard de ce mode de commerce. Ainsi les pays pourront collaborer afin d'identifier les pratiques déloyales. Electronic Commerce - E-Sign and UETA (*Uniform Electronic Transactions Act*).

⁹⁸ Comité consultatif sur le commerce électronique, rapport, "*Electronic Commerce and Canada's Tax Administration, A Report to the Minister of National Revenue from the Minister's Advisory Committee on Electronic Commerce*" (Ottawa, Revenue Canada, April 1998).

⁹⁹ www.clicknsettle.com, www.resolveitnow.com, www.cybersettle.com, www.smartsettle.com, <https://www.arbitrators.org/fordjourney/Index.htm>, www.settlethecase.com/, <http://www.ussettle.com>, www.theclaimroom.com, <http://www.bbbonline.org/>, <http://www.consumer.gov/sentinel>.

¹⁰⁰ Voir généralement, *Consumer Protection in the Global Electronic Marketplace report* - US Federal Trade Commission; *Electronic Commerce Guide to International Selling* - Federal Trade Commission; *White Paper Protecting Consumers in Cross-Border Transactions: A Comprehensive Model for Alternative Dispute Resolution* - BBBOnline (Council of Better Business Bureau); *Code of Online Business Practices to Guide Ethical Business to Consumer conduct* - Better Business Bureau Online.

¹⁰¹ Microsoft, AT&T, Dell, IBM, Network Solutions, AOL Time Warner, VISA USA.

Protection Group ». Évidemment le commerce électronique s'étend aussi aux opérations commerciales ou boursières dont nous avons déjà parlé (assurances, valeurs mobilières, banques). Il nous faut donc regarder de près le « règlement des conflits en ligne ». Le commerce électronique a permis à des entreprises qui autrement n'auraient jamais pu se créer une clientèle aussi importante de rivaliser avec les multinationales. Aux États-Unis, ce phénomène s'est révélé avantageux pour les consommateurs qui ont maintenant un éventail de choix impressionnant et, par le fait même, peuvent influencer sur les prix.

La situation québécoise

Le Québec n'échappe pas à la mondialisation des marchés et partant, au commerce ou aux échanges électroniques. Que ce soit pour l'achat d'un ordinateur, pour l'acquisition d'actions ou pour obtenir des services gouvernementaux (obtention d'un certificat de naissance, communications avec l'inspecteur général des institutions financières (l'IGIF), demande de vérification ou d'inscription au Registre des droits personnels et réels mobiliers (RDPRM)), l'apparition de cette technologie a changé la donne. Où et comment poursuivre, le cas échéant, et en vertu de quelles lois? Nous verrons que le C.c.Q. a répondu en partie à ces questions pour ce qui est de l'intérêt des consommateurs. La confiance de ces derniers au commerce électronique est cruciale et c'est pourquoi on n'hésite pas à protéger leurs droits. Encore une fois, le règlement des conflits par Internet doit être examiné, bien qu'au Québec, on n'y recoure pas aussi fréquemment qu'aux États-Unis.

CHAPITRE II- De l'introduction du recours à l'exécution de la décision

Un préalable : la formation du contrat d'arbitrage

Une clause inscrite dans un contrat ou une convention d'arbitrage distincte?

La plupart des ententes en matière d'arbitrage sont constatées au moyen d'une (parfois de plus d'une) clause inscrite dans un contrat « principal ». C'est ce que l'on appelle la conception « unitaire » de la convention d'arbitrage par opposition à une façon de faire dite « dualiste », laquelle suppose l'adoption d'une convention d'arbitrage distincte du contrat principal. De nombreuses questions surgissent déjà à l'égard de cette double possibilité. Par exemple, dans l'éventualité où l'objet du contrat serait illicite ou si la validité du contrat principal était contestée, qu'advierait-il de la clause d'arbitrage y incluse, conformément à la conception « unitaire » susmentionnée? Contrairement à la clause de non-concurrence, la clause compromissoire n'est pas, à certains égards, l'accessoire du contrat principal, elle est plutôt vue comme étant une clause autonome. Demeurerait-elle valide même au moment où le contrat serait attaqué sur la base de l'erreur?

Lorsque le consommateur allègue que son consentement a été vicié en raison du dol dont son cocontractant se serait rendu coupable (article 1401 C.c.Q.) ou tout simplement qu'il y a eu lésion (article 8 L.p.c.), la clause d'arbitrage peut-elle survivre? Une telle question ranime le débat sur l'arbitrabilité des litiges en droit de la consommation. En effet, si le consommateur a été trompé au moment de la négociation et de la signature du contrat, comment pourrait-on lui imposer une clause compromissoire prévue dans ce même contrat? Nous répondons que la clause d'arbitrage devrait tout de même être appliquée et qu'il faudrait laisser l'arbitre décider de sa compétence, comme le lui permet l'article 943 C.p.c.¹⁰². Il est vrai que la Cour d'appel en a décidé autrement dans l'arrêt *Le Club de*

¹⁰² Toutefois, le 14 octobre 2003, la Cour supérieure tranche dans le sens contraire : *Gestion J & N Boudreault Inc. c. Domaine de la Sorbière (1991) Inc.*, (2003-10-14) C.S. 200-17-003351-038. La Cour cite l'arrêt *Lukac* et considère que cet arrêt, rendu sous l'ancien droit s'applique toujours aujourd'hui. La

*Hockey Les Nordiques (1979) Inc. c. Lukac*¹⁰³ : l'honorable juge Paré a ici refusé d'appliquer une clause compromissoire en raison de la nullité du contrat principal. Il motive ainsi sa décision :

Or, en l'espèce, le demandeur-intimé soutient qu'il ne parle pas l'anglais, langue du contrat, et que sa bonne foi fut trompée par les agissements abusifs de l'appelante. Il ressort en effet des allégations de sa déclaration que l'intimé n'aurait consenti ni à la clause d'arbitrage, ni au contrat.

[...]

Même si on voulait considérer la clause compromissoire comme une clause indépendante du contrat, encore faudrait-il que l'intimé y ait acquiescé. Autrement, il n'y a pas de clause compromissoire.

Cette décision a cependant été rendue avant l'adoption des nouvelles règles en matière d'arbitrage, notons-le, et le juge André Forget l'a renversée dans *Lincora Metal Inc. c. H. D'Amours et Associés Inc.* :

Si le Tribunal n'a pas à se prononcer sur la validité de la convention, il n'a pas, non plus, à décider si les arbitres ont juridiction pour le faire, puisque'il est actuellement saisi d'une requête en sursis et non d'une requête en évocation. Et ceci nous amène à considérer les principes applicables en semblable matière.

(Nos soulignements)

L'honorable juge Forget fait mention de la décision de la Cour d'appel susmentionnée et souligne aussi que cette décision a été rendue sous l'ancien droit :

On peut faire remarquer que les trois premières décisions ont été rendues avant la mise en vigueur des nouvelles dispositions législatives, relatives à l'arbitrage. D'ailleurs l'honorable juge Paré le note dans l'arrêt *Le club de hockey Les Nordiques 1979 Inc.* :

p. 363 : Je crois que dans l'état du droit tel qu'il se trouvait à l'époque du contrat et du jugement entrepris (21 août 1986), la Cour supérieure avait compétence pour décider de la validité du contrat et de la clause d'arbitrage.

cour semble citer *Lincora et Kingsway Financial Services inc. c. 118997 Canada inc.* pour soutenir ses propos

¹⁰³ [1987] A.Q. no 261, J.E. 87 - 375 (C.A.).

La nouvelle législation sur l'arbitrage, législation en vigueur depuis le 11 novembre 1986, prévoit maintenant les remèdes appropriés aux circonstances de l'espèce présente. Mais, je ne suis pas d'opinion qu'elles peuvent s'appliquer au présent débat.

La Cour d'appel tranchait alors un litige (*Club de Hockey Les Nordiques*) qui n'avait jamais été présenté à un arbitre tandis que dans l'affaire *Lincora*, il s'agissait d'une demande de sursis. À la lumière des commentaires du juge Forget relevés plus haut, devons-nous voir la compétence de l'arbitre de manière différente selon que l'on demande un sursis à l'instance arbitrale ou bien qu'une action a été intentée directement devant la Cour supérieure? Nous ne le croyons pas. Le principe de l'autonomie de la clause compromissoire doit être reconnu et ce, peu importe le moment ou le lieu juridique où la compétence de l'arbitre est remise en question. Pour mettre un terme à toute discussion sur la compétence de l'arbitre, l'auteur Sabine Thuilleaux propose l'insertion au contrat de la phrase suivante : « Tout litige issu de la présente convention y compris son annulation sera soumis à l'arbitrage. »¹⁰⁴ L'arbitre devrait donc être en mesure de décider de sa propre compétence et ainsi de se prononcer sur la validité de la clause compromissoire; s'il se déclare compétent, il pourra déterminer si le contrat a été valablement formé. Nous croyons que lors de l'évaluation de sa compétence par l'arbitre, la question d'erreur sur le consentement quant au contrat principal ne doit pas être soulevée.

La validité de la clause compromissoire sera étudiée en fonction de l'arbitrabilité du litige et des critères particuliers au droit de la consommation, critères qui incluent les règles de formation des contrats pour lesquels un écrit est exigé (articles 23 et suivants de la L.p.c.). En effet, même si la clause compromissoire est un contrat indépendant, elle doit respecter les règles de forme qui régissent le contrat principal croyons-nous. À titre d'exemple, le contrat de crédit doit être rédigé en français (à moins d'une volonté expresse des parties à l'effet contraire); il devra en être de même de la clause d'arbitrage, même si elle constitue un contrat indépendant du contrat principal.

Qu'en est-il des clauses compromissoires faites par référence dans un contrat principal? Nous croyons que ces clauses ne sont pas admissibles en droit de la consommation. Il semble que ce type de clauses ne crée aucune difficulté pour les commerçants entre eux¹⁰⁵, mais les dispositions de la L.p.c. et du C.c.Q. empêcheraient ce type de clause de voir le jour (article 1435, alinéa 2). Ces mêmes dispositions prévoient la présence d'une description exhaustive du processus d'arbitrage à l'intérieur même du contrat. La clause compromissoire devrait être assez spécifique pour qu'un consommateur sache comment faire une demande d'arbitrage et pour qu'il comprenne le processus. Il ne serait par exemple pas suffisant de dire : l'arbitrage se déroulera selon les normes du CCAC¹⁰⁶.

Il ne serait cependant pas nécessaire de s'astreindre à pareille exhaustivité dans le cas où un contrat d'arbitrage serait consigné dans un texte contractuel complètement distinct du contrat principal. Cette façon de faire a été adoptée dans certains pays où l'on considère que le seul moyen de soumettre valablement un consommateur à une clause compromissoire obligatoire est de lui faire signer un contrat séparé du contrat principal. Apparemment, cette approche permet de savoir de façon sûre que le consommateur consent à la clause d'arbitrage. En fait, le consommateur est souvent forcé d'adhérer au contrat d'arbitrage s'il veut profiter du contrat principal (le prêt, la voiture). Dans ces circonstances, l'article 206 L.p.c. trouverait application : il interdit cette pratique dite de « contrat accessoire ». Nous pensons pourtant que dans sa rédaction actuelle, l'article 206 ne permet pas l'interdiction des clauses d'arbitrage en droit de la consommation.

206. Le commerçant ne peut soumettre la conclusion ou l'exécution du contrat principal à la conclusion d'un autre contrat entre lui et le consommateur.

À la lecture de cet article, on pourrait croire que la soumission à l'arbitrage obligatoire est en réalité la soumission d'un contrat principal (de vente, mettons) à un autre contrat, la convention d'arbitrage. Toutefois, l'analyse de cette disposition nous permet d'affirmer

¹⁰⁴ *Société de gestion Pamafret Ltée c. Dupont*, (10 mars 1989) Montréal 500-05-014167-884, J.E. 89-758 (C.S.); *Re/Max Idéal Inc. c. Deschamps*, (10 octobre 1989) Montréal 500-09001459-882, J.E. 89-1550 (C.A.).

¹⁰⁵ *Argos Film c. Ciné 360 Inc.*, [1987] R.J.Q. 2123 (C.S.)

¹⁰⁶ *Rémillard*, supra note 39 à la p. 19.

qu'il n'en est rien. Le paragraphe 4 (articles 206 à 214 inclusivement) de la SECTION VI du CHAPITRE III de la L.p.c. s'intitule « Contrats accessoires ». Or, nous l'avons vu, la clause compromissoire n'est pas un accessoire du contrat principal. C'est ce qui justifie sa survie lorsque le contrat principal est attaqué sur la base de l'erreur. De plus, une lecture attentive des articles 207 à 214 L.p.c. et des articles 48 et 49 du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur* (R.a.L.p.c.) rend claire l'intention du législateur. Il s'agit d'empêcher le commerçant de soustraire certains contrats dits accessoires à l'application de la L.p.c. Les contrats visés par ces dispositions sont les contrats de louage, les contrats conclus avec un commerçant itinérant et les contrats conclus avec un studio de santé. La clause compromissoire n'est pas du tout visée par la notion de contrats accessoires. Cependant, nous le réitérons, il est très important que la clause compromissoire respecte les dispositions de la L.p.c.

Conditions de validité

La clause compromissoire doit être **constatée par écrit**. Cette condition essentielle est dite d'abord à l'article 2640 C.c.Q., puis, en droit de la consommation, à l'article 23 L.p.c. La distinction entre ces deux articles se situe au niveau de l'acceptation du mot « écrit » ainsi qu'aux types de contrats couverts. Nous sommes d'avis qu'un écrit au sens strict est obligatoire pour tous les types de contrats mentionnés à l'article 23 L.p.c.¹⁰⁷. Quant aux autres contrats, et selon l'interprétation des tribunaux, l'on pourrait envisager que dans les actes de procédure non contestés, un échange (dûment prouvé) de communications atteste de l'existence d'une convention d'arbitrage et même de l'existence d'une clause compromissoire¹⁰⁸. Cela étant dit, la nécessité de détailler la procédure en droit de la consommation (puisque l'on ne peut tout simplement pas s'en référer aux règles d'un organisme spécialiste du règlement des conflits) rend le recours à ce moyen de preuve (l'échange de communications) peu probable en droit de la consommation. Il est donc sage de tout consigner par écrit.

¹⁰⁷ Contrats conclus avec un commerçant itinérant, contrats de crédit à l'exception d'un contrat de prêt d'argent payable à demande, certains contrats de louage à long terme, contrats de vente d'automobiles et de

Peut-on conférer aux arbitres un « pouvoir de réécriture » des clauses compromissaires contraires à l'ordre public ou autrement invalides? Poser cette question, c'est dresser l'un contre l'autre d'une part le pouvoir octroyé au tribunal par la L.p.c. de réduire les obligations du consommateur nées du contrat (articles 8 et 272 c) L.p.c.) et d'autre part le devoir de réserve qui est celui des juges dans des circonstances analogues (respect de la volonté des parties). En effet, en matière de non-concurrence, les tribunaux ont déjà refusé de modifier les termes d'une clause de façon à la rendre valide dans le sens où on prétendait le faire au contrat¹⁰⁹. La décision *169914 Canada Inc. c. 2638-9833 Québec inc.*¹¹⁰ illustre notre propos. Voici le texte de la clause de non-concurrence qui prévoyait un pouvoir de réécriture :

2.2 Dans l'éventualité où un tribunal en venait à la conclusion que l'une ou l'autre des clauses restrictives mentionnées à la présente entente est trop large quant à sa durée, à sa portée ou à son territoire, ledit tribunal aura le pouvoir et le devoir de réduire ladite durée et/ou portée et/ou territoire pour les ramener au niveau maximal où il les considérera raisonnables plutôt que de les annuler et, à partir de ce moment, lesdites clauses seront modifiées de façon à ce que leur durée et/ou leur portée et/ou territoire soient fixés à ceux indiqués par le tribunal dans sa décision.

La clause de réécriture

En droit de la consommation, les parties pourraient donc être tentées d'inclure une clause de réécriture concernant l'arbitrage proche de celle que voici¹¹¹ :

motocyclettes, contrats de service à exécution successive, contrats de service à exécution successive conclus entre un consommateur et un commerçant qui opère un studio de santé, contrats accessoires.

¹⁰⁸ Kathleen Delaney-Beausoleil, supra note 35 à la p. 789.

¹⁰⁹ *Cathild Inc. c. Rondeau*, [1995] R.L. 140 (C.A.); *Pauzé c. Descôteaux*, J.E. 86-1037 (C.A.), *Setym International inc. c. Belout*, J.E. 2001-1828; *2865-8169 Québec inc. c. 2757-5331*, REJB 1999-14438 (C.S.); *Club international Vidéo film C.I.V.F. inc. c. 151442 Canada inc.*, J.E. 98-2086 (C.S.); *Restaurants Pacini inc. c. Mets Gour-bec ltée*, J.E. 93-1565; *Nettoyeurs Michel Forget Ltée c. Nettoyeur Josée Goupil Inc.*, (J.E. 90-338) (C.S.) (cette décision a validé une clause de réécriture).

¹¹⁰ (8 juillet 1992), Terrebonne 700-05-000362-925, J.E. 92-1331 (C.S.).

¹¹¹ Le NFA prévoit une clause de réécriture dans sa clause type, la « Consumer Products and Services Arbitration Clause » qui se lit en partie ainsi : « [...] In the event a court having jurisdiction finds any

Tout litige issu de la présente convention y compris son annulation, son interprétation ou sa validité, y compris, dans la mesure permise par la loi applicable, les liens établis avec des tiers, seront tranchés exclusivement et définitivement au moyen d'un arbitrage exécutoire administré par le National Arbitration Forum (NAF) conformément à son code de procédure alors en vigueur. Toutefois, l'octroi de dommages punitifs ou les recours collectifs ne seront pas permis. De plus, les frais de l'arbitrage devront être supportés par la partie « perdante ». **Dans l'éventualité où un juge ou un arbitre déclare cette clause invalide, il aura le pouvoir de faire les ajustements nécessaires pour donner effet à la volonté des parties de soumettre tout litige à l'arbitrage.**

Évidemment, une telle clause est invalide en droit de la consommation et ce, pour plusieurs raisons. Pourrait-on tout de même modifier les termes de cette clause afin de la rendre valide? La réponse peut sembler simple et on l'imagine négative. Toutefois, certaines dispositions de la L.p.c. et du C.c.Q. permettent – mais à des conditions différentes – un tel exercice de modification si le consommateur désire se prévaloir de l'arbitrage. À titre d'exemple, le consommateur pourrait demander que l'arbitrage se déroule selon les règles du CCAC plutôt que selon celles du NAF ou demander une conclusion en dommages exemplaires et s'appuyer alors sur les articles 262 et 272 *in fine* L.p.c. L'arbitre devrait-il se déclarer incompétent, utiliser les dispositions du Code et de la L.p.c. et/ou saisir l'occasion de réécrire la clause prévue à la convention et ainsi trancher le différend?

En droit commercial, les juges ont refusé d'user de ce pouvoir de réécriture qu'on prétendait leur donner dans une clause de non-concurrence. Dans la décision mentionnée ci-dessus, le juge Dugas précise :

À mon avis, et je le dis avec le plus grand respect pour l'opinion contraire [...], je ne crois pas qu'il appartienne à la Cour supérieure de corriger les contrats que les parties ont élaborés et de venir ainsi au secours de celui qui a imposé la clause restrictive illégale. La nullité est la sanction de toute violation de l'ordre public (art. 13 et 990 C.C.) Elle doit le demeurer.

S'il en était autrement, l'auteur de la clause restrictive pourrait impunément imposer des obligations déraisonnables quant à la portée, la durée et le territoire

portion of this agreement unenforceable, that portion shall not be effective and the remainder of the agreement shall remain effective. [...] ».

d'application de la clause restrictive, sachant qu'on a fait à la Cour supérieure un devoir de réécrire la clause et de la ramener dans les limites du raisonnable.

S'il en était autrement, la durée de la prohibition demeurerait inconnue tant que la Cour supérieure ne se serait pas prononcée sur la validité de la prohibition originale. Les parties avaient prévu qu'en cas d'invalidité de la clause (période trop longue, activités trop limitées ou périmètre trop grand), le juge pouvait rétablir la clause en prévoyant des paramètres en conformité avec les critères reconnus.

En droit de la consommation, l'arbitre peut réduire les obligations qui découlent d'une clause abusive. Est-ce dire que l'arbitre peut modifier la clause compromissaire qui serait illégale de façon à la rendre légale? Les articles 8 L.p.c. et 1437 C.c.Q. prévoient le droit pour le tribunal de réduire les obligations découlant d'un contrat. La jurisprudence montre bien que c'est le plus souvent pour modifier le taux d'intérêt prévu au contrat que les tribunaux se sont prévalus de cette clause. Dans la décision *Crédit Trans-Canada c. McClemens*¹¹², l'honorable juge Bélanger rejette la demande de Trans-Canada quant au recouvrement des frais de crédit (on réclamait la différence entre le taux légal appliqué dans le cas d'un dépôt volontaire au greffe (5 %) et le taux de 39.61 % prévu au contrat de prêt). Après avoir analysé le contenu des articles 644 C.p.c. et 8 L.p.c., le tribunal convient que l'intention du législateur est de protéger les consommateurs contre un endettement excessif et il modifie l'entente des parties en ramenant le taux d'intérêt prévu au contrat au taux légal.

Contrairement à ce qui se passe en droit commercial, en droit de la consommation, les arbitres possèdent un pouvoir d'intervention. C'est pourquoi nous croyons que **lorsqu'un consommateur** désire faire appliquer une clause d'arbitrage et qu'une analyse de cette clause faite sous l'empire des articles 8 L.p.c. et 1437 C.c.Q. révèle que celle-ci est abusive, l'arbitre pourra la modifier et ce, même en l'absence d'une clause de réécriture. Il faut noter que le consommateur a le pouvoir d'entériner la clause en question; dans le cas contraire, il se trouverait, le cas échéant, devant une nullité relative qu'il serait le seul à pouvoir faire reconnaître. Conséquemment, le **commerçant** ne peut utiliser ces dispositions pour faire appliquer une clause compromissaire au départ abusive. À notre

avis, les arbitres ne devraient pas utiliser le pouvoir qu'on veut leur conférer par une clause de réécriture comprise dans un contrat de consommation; leur abstention refléterait ici ce qui est déjà la règle en droit commercial. Précisons que dans les deux décisions susmentionnées où le tribunal a refusé une réécriture, il s'agissait de clauses de non-concurrence à laquelle un employé avait donné son accord. Le rapprochement que l'on peut faire entre la protection accordée aux salariés et celle qu'on octroie aux consommateurs nous permet d'affirmer que si les tribunaux ont refusé d'appliquer ce type de clause entre les employeurs et leurs employés, la même réserve se vérifiera en droit de la consommation. Et puis, comme le souligne l'honorable juge Dugas, cette ouverture permettrait aux commerçants de rédiger impunément des clauses très strictes et elle restreindrait la possibilité pour le consommateur de prévoir la portée de ses obligations¹¹³. Si l'on veut que l'arbitrage gagne en crédibilité, il est essentiel que les commerçants aient l'obligation de respecter les principes du droit de la consommation dans la rédaction de leur contrat.

Choix du droit applicable

Quant au droit applicable au règlement des litiges, l'article 19 de la L.p.c. mentionne qu'est interdite la rédaction d'une clause qui viserait à assujettir en tout ou en partie le contrat à une loi autre qu'une loi du Parlement du Canada ou de la Législature du Québec¹¹⁴. La question est donc réglée quant aux lois étrangères, y compris selon nous, quant au droit des autres provinces ou territoires canadiens¹¹⁵ (ces lois ne peuvent être appliquées lors d'un arbitrage interne). Le législateur a adopté cette disposition afin que le consommateur puisse être familier avec le droit qui lui sera appliqué ou à tout le moins

¹¹² J.E. 95-555 (C.Q.)

¹¹³ Les principes d'interprétation des contrats favorisent également cette solution : 1432 C.c.Q. et 17 L.p.c. *Contra Proferentem*.

¹¹⁴ Gérald Goldstein, « La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le Code civil du Québec, Développements récents en droit de la consommation (1994), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville (qc), Yvon Blais, à la p. 170.

¹¹⁵ P. Glenn. *Supra* note 56 à la p. 726. Précisons qu'en raison du partage des compétences prévu dans la Constitution, en matière de relations commerciales privées, chaque province au Canada est considérée comme étant « étrangère » aux autres. Pour une illustration de ce principe, voir, par exemple, *Belisle*, *supra* note 58 à la p. 28.

afin qu'il lui soit plus facile d'obtenir des conseils. On devrait se conformer à cette exigence dans le domaine de l'arbitrage.

Le législateur québécois a pris soin de prévoir la protection des consommateurs et des assurés au Code civil aussi : articles 3117 et 3119. Ces articles s'appliquent dans un contexte où la L.p.c. ne trouve pas application (consulter notre tableau, p. 29). Les articles du C.c.Q. ne prohibent pas aussi catégoriquement que la L.p.c. l'application de lois étrangères ou le règlement de différends à l'extérieur de la juridiction où ses dispositions sont la loi. On y comprend qu'en l'absence de désignation autre, la loi de la résidence du consommateur sera appliquée et qu'on ne peut priver le consommateur de la protection que lui accordent les dispositions impératives de la loi de son État de résidence, sous certaines conditions de rapprochement avec le lieu de résidence du consommateur (qu'on ne retrouve pas dans la L.p.c.). Alors que le C.c.Q. ne ferme pas complètement la porte à l'application d'une loi étrangère, la L.p.c. ne permet aucune hésitation. À la différence de ce que fait l'article 3117 C.c.Q., la L.p.c. n'établit aucune distinction selon que le consommateur fait des affaires à partir de son domicile ou non¹¹⁶.

On peut toutefois se demander dans quelles circonstances il est possible d'appliquer les règles et règlements d'un organisme d'arbitrage, ceux du CCAC ou de la AAA par exemple. Selon nous, il est essentiel de distinguer entre les groupes faisant affaire au Québec et ceux qui n'ont aucun port d'attache en cet endroit (siège social ou succursales, arbitres, membres, règles qui renvoient au droit québécois, langue utilisée, etc.). Les tribunaux ont ici refusé de céder à la tentation du laxisme : rappelons-nous la décision *Rémillard*¹¹⁷ où le refus d'appliquer la clause compromissoire était lié au choix de l'organisme qui allait se charger de l'opération arbitrage, soit le *Canadian Association of Arbitrators* :

¹¹⁶ Sylvette Guillemard, supra note 60, « L'un des arguments habituellement avancés pour justifier l'application des règles impératives en faveur de la partie faible aux termes de l'article 5 de la Convention de Rome et de l'article 3117 C.c.Q. est qu'elle ne doit pas risquer, dans une relation transnationale, d'être soumise à un droit qu'elle ignore. Cela revient à dire que le consommateur est en danger lorsqu'il contracte chez lui avec un cocontractant étranger. Si le fondement de la règle est exact, elle devrait s'appliquer a

Une chose est certaine, c'est que par cette disposition, le contrat est assujéti ou peut être assujéti à une loi autre qu'une loi du Parlement du Canada ou de la Législature du Québec contrairement à l'article 19 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

Nous avons effectué quelques recherches, en vain : cette association ne possède pas de site Internet et il est plutôt difficile de connaître son fonctionnement et les règles qui la régissent. Notons que la plupart des organismes qui ont un établissement au Québec sont facilement identifiables et que leurs règlements peuvent être consultés rapidement. De plus, ils sont soumis aux lois de la province quant à leur existence et à l'exercice de leurs activités. Bien sûr, les règlements qu'ils adoptent ne proviennent pas du pouvoir législatif et n'ont pas le poids d'une loi. Toutefois, nous sommes d'avis que ces règlements devraient être reconnus en vertu de l'article 19 L.p.c., et appliqués. Nous sommes d'accord avec les tribunaux¹¹⁸ qui ont mentionné que :

Le Tribunal fait siens les propos du juge Orville Frenette dans la cause *Banque de Nouvelle-Écosse c. Richard* : dans une affaire semblable à la nôtre :

Les articles 19, 261 et 262 stipulent que la Loi sur la protection du consommateur est d'ordre public et qu'on ne peut, par contrat, déroger à ses dispositions impératives, ou renoncer à un droit que lui confère la loi ou invoquer une autre loi

Toutefois, cette règle ne peut pas vouloir signifier que la loi et les règlements échappent pour autant aux règles d'interprétation qui énonce[nt] qu'il faut donner une interprétation large, libérale à la loi qui concerne l'accomplissement de son objet, selon « ses véritables sens, esprit et fins », même si cette loi est impérative.

On ne peut donc, même si une loi est d'ordre public, lui donner une interprétation nettement stricte et restrictive qu'elle irait au-delà de ce qu'a prévu le législateur et qui aurait pour effet d'exagérer son véritable but.

Or, le but assuré de la Loi sur la protection du consommateur est de protéger les intérêts du consommateur car le législateur a cru bon dans la société de consommation, la liberté contractuelle et l'autonomie de

fortiori lorsque le consommateur sort de sa sphère juridique. » Selon nous, ceci est la finalité de l'article 19 L.p.c., protéger le consommateur et ce, qu'il négocie à partir de son domicile ou non.

¹¹⁷ Rémillard, *supra*, note 39 à la p. 19

¹¹⁸ *Banque Toronto-Dominion c. Kyriakakis*, REJB 1998-04787 (C.Q.); *Banque de Nouvelle-Écosse c. Richard*, [1983] C.S. 1197.

la volonté, principes de base du droit civil, ne pouvait assurer une justice contractuelle dans les rapports juridiques des individus.

Nous traiterons la question de la juridiction compétente à la fin du présent développement. Nous ferons alors la distinction entre des organismes comme le CCAC, la AAA ou la International Chamber of Commerce (ICC) qui, selon nous, ne peuvent appliquer leurs règles aux consommateurs québécois.

Pour l'instant, il nous reste à mentionner qu'en droit de la consommation, l'article 3121 C.c.Q. n'a qu'une application limitée :

3121. En l'absence de désignation par les parties, la convention d'arbitrage est régie par la loi applicable au contrat principal ou, si cette loi a pour effet d'invalider la convention, par la loi de l'État où l'arbitrage se déroule.

En effet, désignation ou non, au Québec, l'article 19 L.p.c. sera appliqué en droit interne et la loi applicable au contrat principal, tout comme à la clause d'arbitrage, devra être une loi québécoise ou une loi du parlement canadien. Quant au sens de l'article 3121 *in fine*, il faut comprendre que le législateur veut favoriser la survie de la clause compromissoire, ce qui revient à dire que si la loi applicable au contrat principal invalide la clause d'arbitrage, il faudra appliquer la loi de l'État où se déroule l'arbitrage. Un exemple : un commerçant ontarien prévoit au contrat que tout litige devra être réglé devant un arbitre en vertu de la loi ontarienne. Un consommateur québécois entreprend un recours devant un arbitre au Québec relativement à ce contrat. Or l'Ontario prohibe les clauses compromissoires en droit de la consommation, comme nous l'avons vu au Chapitre I. L'arbitre québécois pourra appliquer le droit du Québec, à savoir les dispositions pertinentes du C.c.Q et du C.p.c. pour trancher le différend entre les parties et cela en toute conformité avec la loi (article 19 L.p.c.). Il s'agit en l'occurrence d'une autre illustration du fait que la clause compromissoire peut être modifiée par l'arbitre. Ici, en application de l'article 3121 C.c.Q., l'arbitre devra modifier les termes de l'entente, mais toujours en conformité avec la L.p.c.; il ne peut pas décider que le droit d'une autre province s'appliquera à un Québécois et ce même sous l'empire de l'article 3121 C.c.Q. Autrement dit, si la loi québécoise invalide la convention d'arbitrage, l'arbitre ne pourra

pas appliquer une autre loi plus favorable. Entre la survie de la clause d'arbitrage et l'application des règles impératives de la protection des consommateurs, ce sont ces dernières qui l'emportent, toujours dans un cadre de droit interne.

Est-ce dire qu'en droit international, le consommateur peut être soumis à des lois étrangères? Eh bien oui. L'article 3117 C.c.Q. ouvre la porte à cette possibilité lorsque le consommateur reçoit l'offre de contracter dans un autre État où, évidemment, la législation est autre. Toutefois, il ne faut pas croire que le consommateur soit ainsi privé de toute protection. Nous avons tendance à croire que seul le droit national du consommateur peut le protéger, mais, en réalité, de nos jours, les lois de protection du consommateur de la plupart des États démocratiques sont adéquates. À titre d'exemple, si les parties conviennent de charger la AAA d'un éventuel arbitrage et qu'elles sont convenues de se soumettre aux règlements de cet organisme, le « Consumer Due Process Protocol » sera appliqué. Il offre une excellente protection aux consommateurs : entre autres, il leur donne la possibilité de soumettre le litige à la division des petites créances même en présence d'une clause d'arbitrage obligatoire. Dans l'éventualité d'un arbitrage international, l'article 3121 C.c.Q. garantira la survie de la clause compromissoire et les lois d'un État étranger pourront ensuite être appliquées.

Choix de la juridiction compétente

Beaucoup d'entreprises locales se sont transformées en multinationales à la faveur du e-commerce et par suite de la mondialisation des transactions; elles sont aujourd'hui établies en des lieux de juridictions diverses. Cela signifie, en clair, que leurs dirigeants doivent jongler avec des systèmes juridiques différents et des normes variées de protection des consommateurs. Ces dirigeants cherchent donc à éviter les mauvaises surprises au moyen du « Forum Shopping ». Il leur faut trouver « la » juridiction la plus favorable à leurs pratiques commerciales ou industrielles, celle où la stabilité des règles de conduite à suivre en ces matières leur permettra d'éviter d'engager leur responsabilité. Comme la jonction devant un forum unique de tous les litiges qui peuvent survenir dans

le monde n'est pas possible en droit de la consommation, l'émergence d'un mode de règlement des conflits par Internet était à prévoir : c'est le « Online Dispute Resolution ».

Au Québec, nous devons nous en référer à l'article 3149 du C.c.Q. pour comprendre les restrictions relatives au choix de la juridiction compétente :

3149. Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée.

Que devons-nous entendre par l'expression « les autorités québécoises »? Cette expression revient souvent dans le TITRE TROISIÈME (intitulé « De la compétence internationale des autorités du Québec ») du LIVRE DIXIÈME du C.c.Q.

M^e Sabourin nous offre un début de réponse en faisant une distinction entre « autorités québécoises » et « arbitre » dans le *Précis de procédure civile*, au chapitre qui traite de la procédure civile internationale¹¹⁹ :

Par ailleurs, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre.

M^e Sabourin est d'avis qu'il faut refuser aux « autorités québécoises » le pouvoir d'agir en qualité d'arbitres dans le cas précis qu'elle expose. Par contre, un peu plus loin, lorsqu'elle discute des demandes fondées sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail, elle mentionne :

L'article 3149 C.c.Q. ajoute aux critères de compétence [imposés par les] articles qui précèdent. Il prévoit que les tribunaux québécois sont, en outre, compétents à connaître d'une demande fondée sur un contrat de consommation [...]. Un

¹¹⁹ Frédérique Sabourin, « Procédure civile internationale », dans Denis Ferland et Benoît Émery, dir., *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4^e éd., addendum, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, aux pp. 1003-1004.

travailleur ne peut donc être lié par un contrat prévoyant un arbitrage à l'étranger. Cependant, il est permis à un employé québécois de s'obliger à procéder à un arbitrage au Québec.

M^e Sabourin renvoie ici à la décision *Dominion Bridge Corp. c. Knai*¹²⁰ où la Cour a affirmé qu'un arbitrage ayant eu lieu au Québec ne violait pas l'article 3149 C.c.Q.

Je ne vois par ailleurs aucune incongruité entre le fait que l'art. 3149 permet à un employé québécois de s'obliger à procéder à un arbitrage au Québec, et le fait qu'il ne lui permet pas de s'obliger à procéder à un arbitrage à l'étranger. Il me paraît manifeste que le législateur a voulu éviter qu'un employé soit obligé d'aller à l'étranger pour faire valoir ses droits aux termes d'un contrat d'emploi.

Cette interprétation récente de la Cour d'appel ne rejoint en rien les propos du professeur Glenn¹²¹ que nous citerons maintenant sur ce qu'il faut entendre par « autorités québécoises » :

En parlant simplement des « autorités du Québec », sans autre précision, le troisième Titre établit les critères de compétence internationale des autorités judiciaires et administratives du Québec.

En effet, l'arbitrage conventionnel n'est pas un choix fait par une autorité pas plus qu'il peut être le fruit d'une décision administrative. Il faut comprendre de l'arrêt de la Cour d'appel qu'il existe une troisième catégorie d'« autorités québécoises », soit les arbitres.

L'arbitrage est tout simplement un notion que le législateur n'avait pas en tête lorsque les dispositions sur la compétence internationale des autorités du Québec ont vu le jour. On revient à la définition d'arbitrage et à la possibilité qu'un arbitre soit un « tribunal contractuel ». Le législateur a reconnu cette dernière institution au moyen des articles du C.c.Q. et du C.p.c. De plus, la Cour suprême, en *obiter*, a reconnu qu'un arbitre pouvait être un tribunal provincial¹²². Il est donc de notre avis qu'un arbitre devient une juridiction compétente en vertu de l'article 3149 C.c.Q. Mais parle-t-on ici de n'importe

¹²⁰ *Dominion Bridge Corp. c. Knai*, [1998] R.J.Q. 321 (C.A.) [*Dominion Bridge*].

¹²¹ P. GLENN, supra note 56, à la p. 743 au par. 71.

¹²² *Desputeaux*, supra note 38 à la p. 19, par. 42 de la décision

quel arbitre ou d'un forum d'arbitrage? L'arrêt *Dominion Bridge*¹²³ a confirmé une décision de la Cour supérieure; celle-ci avait refusé de renvoyer à un arbitre new-yorkais le litige qui opposait un employé à son employeur. C'est donc à cause de cet arrêt et de la décision *Rémillard*¹²⁴ que nous croyons qu'il est préférable de nommer une institution d'arbitrage du Québec ou à tout le moins de prévoir que l'arbitrage se déroulera au Québec. En pratique, nous croyons que cette contrainte implique que la loi choisie par le commerçant sera la loi applicable à l'institution d'arbitrage ou la loi connue par l'arbitre, en l'occurrence, la loi québécoise. La décision *Gateway*¹²⁵ ne dit pas quelle devrait être la loi applicable aux litiges en droit de la consommation, mais elle a clairement établi que la Chambre de commerce internationale (International Chamber of Commerce (ICC)) n'était pas un forum approprié pour l'arbitrage entre commerçants et consommateurs. Dans cette décision, il s'agissait des frais exorbitants qu'entraîne le recours à cette institution, mais il est possible de conclure qu'une institution est inadéquate pour d'autres motifs (emplacement, langue utilisée, manque d'impartialité, etc.).

Introduction du recours

Les frais introductifs de la demande

Les frais introductifs ont une importance particulière en droit de la consommation. En effet, des frais trop élevés peuvent constituer une barrière importante pour le consommateur. On pourrait les imaginer comme une manière détournée d'empêcher un consommateur de porter plainte. Nous réaffirmons qu'un litige d'une valeur inférieure à 9 000 \$ ne devrait pas être soumis à l'arbitrage obligatoire, mais plutôt être entendu devant la division des petites créances, tout en sachant bien qu'il n'est pas souhaitable que le montant des créances y admissibles soit constamment augmenté : cette cour y perdrait son efficacité.

¹²³ *Dominion Bridge*, supra note 120 à la p. 62.

¹²⁴ *Rémillard*, supra note 39 à la p. 19.

¹²⁵ *Gateway*, supra note 33 à la p. 16

Actuellement, le CCAC prévoit le partage des frais selon une équation mathématique qui tient compte du montant réclamé, de la proposition de règlement et du montant final de la décision¹²⁶. Cette approche n'est peut-être pas idéale en droit de la consommation, car elle décourage les demandeurs qui auraient de grosses réclamations, souvent bien fondées. Le législateur québécois ne discute pas des frais relatifs à l'arbitrage. Cet aspect semble être laissé totalement à la discrétion des parties. Nous aurions alors avantage à nous familiariser avec les méthodes utilisées aux États-Unis. Les frais relatifs à l'arbitrage seront plus amplement décrits au chapitre III. Toutefois, voici les principes qui ont été établis par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Randolph*¹²⁷ :

We believe that where, as here, a party seeks to invalidate an arbitration agreement on the ground that arbitration would be prohibitively expensive, that the party bears the burden of showing the likelihood of incurring such cost.

Il n'est pas suffisant d'alléguer que les frais sont substantiels. Celui qui se plaint des frais doit montrer qu'en pratique, il ne pourra pas donner suite à sa demande ou se défendre adéquatement. En effet, les associations d'arbitrage ont déjà constitué un fonds d'aide aux consommateurs et dans certaines circonstances, les frais devront être supportés par le commerçant. Dans cet ordre d'idée, la AAA prévoit ce qui suit à l'article 6 de son protocole pour l'administration des différends en droit de la consommation :

Reasonable Cost. Providers of goods and services should develop ADR programs which entail reasonable cost to Consumers based on the circumstances of the dispute, including, among other things, the size and nature of the claim, the nature of goods or services provided, and the ability of the Consumer to pay. In some cases, this may require the Provider to subsidize the process.

Il est à noter qu'un arbitre nommé en vertu de la AAA – ou l'institution elle-même – peut refuser d'entendre un conflit qui ne répond pas aux normes du protocole. En Californie, la prolifération des organismes qui aident les consommateurs dans l'institution de demandes d'arbitrage est très impressionnante. La possibilité qu'un tel phénomène voie

¹²⁶ CCAC, Règlement général d'arbitrage commercial en ligne : http://www.cacniq.org/fr/centre_reglement.htm, art. 61

¹²⁷ *Randolph*, supra note 31 à la p. 7 de la version électronique LEXIS, [2000] U.S. LEXIS 8279

le jour au Québec n'est pas exclue. En effet, rappelons-nous que le programme du PAVAC est gratuit pour les consommateurs et que les commerçants acceptent de financer ce système. C'est ce qu'on appelle au États-Unis de l'« Arbitration-sponsoring ».

Choix des arbitres ou d'une association

Le choix des arbitres a toujours exigé beaucoup de temps de la part des parties et il est l'occasion de plusieurs conflits. C'est bien dommage. Ce problème n'est pas particulier au droit de la consommation, bien au contraire. À cause de la relative faiblesse de la position du consommateur, quelques précautions s'imposent pourtant. Tout d'abord, les dispositions du C.p.c. ne sont pas adaptées à ce type de litige. Toujours compte tenu du montant en litige, un arbitrage en droit de la consommation entendu par un banc de trois arbitres n'est sûrement pas la solution à privilégier¹²⁸. Nous croyons qu'il est préférable de prévoir un processus de choix des arbitres qui tienne compte de la nature du conflit et des sommes en jeu. Nous sommes d'avis qu'il est préférable d'indiquer au contrat un organisme qui fait de l'arbitrage plutôt que de préciser une méthode de sélection de l'arbitre. De cette manière, il est possible, en toute équité, de prévoir qu'un seul arbitre entendra le litige. Dans certaines circonstances, une convention qui aurait prévu la nomination de trois arbitres pourrait être qualifiée d'abusives étant donné les frais liés à un tel processus. À moins, bien sûr, que le commerçant supporte lui-même ces frais.

Conflits d'intérêt et impartialité

Encore une fois, nous prônons l'insertion au contrat d'une clause désignant un organisme ou un groupe spécialisé en arbitrage de préférence à une clause prévoyant la sélection d'un arbitre. La responsabilité de choisir un arbitre impartial reviendra de la sorte à cet organisme ou à ce groupe qui verra à mettre en place un processus convenant aux deux parties. En ce cas, on choisira sans doute l'arbitre de façon judicieuse puisque la crédibilité a ici partie liée à la responsabilité. Qu'arrive-t-il lorsqu'un organisme ou une

¹²⁸ Art. 941 C.p.c. : Les arbitres sont au nombre de trois. Chaque partie nomme un arbitre et ces deux arbitres désignent le troisième.

entreprise se spécialise dans un type de conflits? N'y a-t-il pas à craindre alors pour l'impartialité et surtout pour les conflits d'intérêts? Pour régler le problème, la Californie a adopté un *Code de déontologie* des arbitres qui impose à chacun d'entre eux le devoir de dénoncer tout conflit d'intérêt¹²⁹. Nous avons des dispositions similaires au Québec :

942. Outre pour les motifs mentionnés aux articles 234 et 235, un arbitre peut être récusé s'il ne possède pas les qualifications convenues par les parties.

942.1. L'arbitre doit signaler aux parties toute cause valable de récusation en sa personne.

Compétence des arbitres

Competenz-competenz est un principe reconnu en droit québécois depuis les arrêts *Sport Maska* et *Prodevco Immobilière*¹³⁰; cela signifie que les arbitres ont la compétence de trancher les questions relatives à leur propre compétence. Ce principe a donné des ailes à l'arbitrage puisqu'il a consacré son autonomie comme processus de règlement des conflits et non pas en tant qu'étape menant en bout de ligne aux tribunaux judiciaires. Notons à ce sujet que l'arrêt *Procon*¹³¹ n'est plus d'actualité en droit québécois et que le C.p.c confirme ce pouvoir des arbitres de décider de leur propre compétence aux articles suivants :

943. Les arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence.

¹²⁹ California: A code of ethics for arbitrators in commercial disputes SECTION 1. Section 1281.6 C.p.c. Cal. is amended to read: "If the arbitration agreement provides a method of appointing an arbitrator, that method shall be followed. If the arbitration agreement does not provide a method for appointing an arbitrator, the parties to the agreement who seek arbitration and against whom arbitration is sought may agree on a method of appointing an arbitrator and that method shall be followed. In the absence of an agreed method, or if the agreed method fails or for any reason cannot be followed, or when an arbitrator appointed fails to act and his or her successor has not been appointed, the court, on petition of a party to the arbitration agreement, shall appoint the arbitrator."

¹³⁰ *Sport Maska Inc. c. Zittrer*, [1988] 1 R.C.S. 564; *Prodevco immobilière Inc. c. Nerenberg*, [1990] R.J.Q. 1417 (C.S.), Requête pour permission d'appeler rejetée (C.A., 1990-05-07), 500-09-000588-905, SOQUIJ AZ-90011643, J.E. 90-949.

¹³¹ *Procon (Great Britain) Ltd. c. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565.

943.1. Si les arbitres se déclarent compétents pendant la procédure arbitrale, une partie peut, dans les 30 jours après en avoir été avisée, demander au tribunal de se prononcer à ce sujet.

Tant que le tribunal n'a pas statué, les arbitres peuvent poursuivre la procédure arbitrale et rendre leur sentence.

943.2. La décision du tribunal qui reconnaît, pendant la procédure arbitrale, la compétence des arbitres est finale et sans appel.

C'est en partie grâce à cette reconnaissance que nous affirmons que l'arbitre a compétence pour trancher des questions d'erreur ou de vice du consentement. Plusieurs sujets sont d'actualité par rapport à cette compétence : l'immunité des arbitres, leur pouvoir d'octroyer des dommages punitifs, le recours en oppression, l'injonction, etc., mais ces sujets ne sont pas propres aux conflits en droit de la consommation et ils n'entrent pas notre étude.

Un arbitre peut-il se prononcer sur la validité d'un contrat sans que le débat ne soit soulevé par les parties? À cet égard, certains mentionnent que la solution prudente serait pour l'arbitre de se déclarer incompétent puisque de trancher cette question équivaldrait à statuer *ultra petita*¹³². Toutefois, les parties étant désireuses de régler rapidement leur litige, l'arbitre devra faire preuve d'un peu d'imagination : il pourrait soumettre ses craintes aux parties, lesquelles pourraient préciser si elles désirent que la question soit tranchée (quant à la validité du contrat) puisque, comme nous l'avons mentionné à maintes reprises, un contrat illicite ou une clause compromissoire illicite ne sera pas homologuée par la Cour supérieure. C'est alors un retour à la case départ. Nous croyons qu'il faut tenir pour acquis que les parties ont voulu conclure un contrat valide, surtout lorsque la question de la validité du contrat ou celle de la clause compromissoire ne sont pas soulevées devant l'arbitre.

¹³² Sabine Thuilleaux, *supra* note 36, est de cet avis et cite à cet égard des décisions françaises de la Cour de Cassation : *Tissot c. Neff*, Bull. civ. III 253, n°355, D. 1951.170 et *Société Dauphin OTA c. Société Décaux Paris Publicité Abribus*, (1982) Rev. Arb. 271

La procédure en cours d'instance

Une fois les questions substantives de procédure réglées, nous abordons la procédure de façon plus technique, c'est-à-dire celle qui gouverne le déroulement de l'instance. Malheureusement, l'aspect procédure prend souvent trop de place en arbitrage. On veut sans doute ainsi rassurer le milieu des affaires et, *a fortiori* les juristes : une sorte d'incitation à utiliser ce processus. Cette volonté de plaire « au milieu » est sûrement naturelle et même louable au moment où une nouvelle approche est en voie de s'implanter, mais elle entraîne certaines distorsions. À titre d'exemple, dans le cadre d'un arbitrage commercial soumis à un tribunal comptant trois arbitres, il est malheureux de devoir débattre longuement des objections soulevées par les procureurs au cours des interrogatoires. Pour ce qui est des arbitrages en droit de la consommation, nous conseillons aux entreprises de consulter un conseiller juridique pour la rédaction des clauses de même que lorsque certains conflits d'importance surgissent. Dans tous les autres cas, il vaut mieux qu'elles gèrent elles-mêmes le règlement de leurs différends mettant en cause des consommateurs. Sur ce, voici quelques considérations importantes en droit de la consommation; nous n'aborderons pas de manière exhaustive les matières qui ne relèvent pas spécifiquement du droit de la consommation.

Devant un arbitre ou « online »?

Dans un but d'efficacité et de réduction des coûts, une coutume s'est développée en Californie et en Angleterre, celle de faire des « Documents-only Arbitrations ». Il s'agit de soumettre toute l'argumentation par écrit, puis ensuite soit de se dispenser de l'audition, soit de se contenter d'une brève audition sans témoins une fois que l'arbitre a pris connaissance des documents. Évidemment, cette technique n'est pas appropriée lors de demandes en dommages-intérêts pour blessures corporelles ou dans toute autre action basée sur la crédibilité des intervenants, mais elle peut s'avérer fort utile dans un contexte international. Cette pratique peut être sévèrement critiquée cependant puisque le consommateur a souvent une preuve orale à faire valoir : en fait foi le fait que le législateur a prévu qu'un consommateur peut contredire par son témoignage un écrit

valablement formé. L'article 263 L.p.c. est donc contraire à l'article 2863 C.c.Q., ce qui nous conduit à réexaminer l'égalité de la protection offerte au consommateur régi par la L.p.c. et celle qui est offerte à qui conclut un contrat présentant des éléments d'extranéité. Sans revenir sur le débat soulevé ci-dessus sous la rubrique « L'application territoriale de la L.p.c. », disons seulement que la L.p.c. n'a pas l'envergure internationale nécessaire pour s'appliquer indistinctement à tout consommateur québécois. Nous croyons qu'il ne serait pas prudent de prévoir une clause d'arbitrage qui n'exigerait rien de plus qu'une preuve documentaire. Il est peut être plus raisonnable de laisser à l'arbitre la liberté de mener les séances d'arbitrage comme il l'entend.

L'effet de l'arbitrage sur les tiers ou le droit d'exiger d'être entendu

Puisque l'arbitrage découle d'une convention, la règle veut que seules les parties au contrat y soient soumises. Étant donné les particularités du droit de la consommation, nous croyons approprié de faire une étude plus complète du principe sous-jacent. Au sujet de la responsabilité du fabricant par exemple, la jurisprudence a considéré que son rapport avec le consommateur en est un de responsabilité contractuelle et ce, même si le consommateur n'a contracté qu'avec le vendeur. L'arrêt *Kravitz*¹³³ consacre cette approche; l'honorable juge Jean-Louis Baudouin et le professeur Deslauriers commentent cette décision ainsi¹³⁴ :

Les solutions de la Cour suprême s'inscrivaient dans l'évolution du droit vers une protection accrue des consommateurs et complétaient, en quelque sorte, celles adoptées antérieurement par la *Loi sur la protection du consommateur*.

Et plus loin, ils ajoutent¹³⁵ :

Les fabricants non vendeurs immédiats ne sont pas débiteurs des deux premières (obligation de délivrance et du droit de propriété), mais le restent de la troisième (garantie de qualité). L'article 1730 C.c.Q., qui n'a pas d'équivalent dans le Code

¹³³ *General Motors of Canada c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790

¹³⁴ Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003 à la p. 1209 au n° 1742

¹³⁵ *Ibid.*, à la p. 1236 au n° 1780

civil du Bas Canada, rend, en effet, les fabricants contractuellement responsables à cet égard. En outre, l'article 1442 C.c.Q. prévoit la transmission contractuelle des droits accessoires au bien, à l'instar de l'article 53 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

(Nos soulignements et parenthèses)

Cette transmission contractuelle des droits accessoires doit selon nous s'appliquer à la convention d'arbitrage et permettre au consommateur qui doit poursuivre son vendeur devant un arbitre d'obtenir un règlement complet du litige. Il y a d'autres circonstances où un tiers sera partie à un arbitrage. Nous allons donc traiter de diverses situations qui exigent une approche particulière en arbitrage de la consommation.

La cession du contrat ou de la créance

La cession de créance est une pratique courante en droit de la consommation. Il s'agit d'une méthode de financement, et le législateur a prévu aux articles 102 et 103 L.p.c. les règles applicables en cette circonstance. Le Code civil prévoit également que la cession de créance en comprend les accessoires et qu'on ne peut porter atteinte aux droits du débiteur¹³⁶. Le consommateur conserve tous les droits et recours qu'il pouvait faire valoir contre son vendeur à l'encontre du fabricant. Le débiteur conserve donc, selon nous, la possibilité de régler tout conflit éventuel par voie d'arbitrage. Cette interprétation permet un règlement efficace des litiges et ce, sans risque de décisions contradictoires¹³⁷. De plus, la professeur Nicole L'Heureux, en matière de contrat de crédit, parle d'unicité de l'opération de consommation à crédit, c'est-à-dire que : « *Le droit de la consommation veut empêcher que des pratiques commerciales sophistiquées privent le consommateur du droit de faire valoir ses griefs légitimes relativement au comportement du bien qui, par exemple, serait défectueux ou non encore livré.* »¹³⁸

¹³⁶ Art. 1637 et 1638 C.c.Q.

¹³⁷ *Automobiles Poirier (1990) inc. c. Gendron Ford inc.*, [2003] J.Q. n° 1995 (C.S.) (cette décision constitue un exemple où un recours devant l'arbitre et en droit commun peuvent susciter des difficultés.

¹³⁸ Nicole L'Heureux, *supra* note 49, à la p. 23 au n° 22

Nous avons vu ci-dessus que la convention d'arbitrage n'est pas l'accessoire d'un contrat principal, mais bien une clause autonome. Dans cette perspective, comment concilier cette approche avec l'application aux tiers de la convention d'arbitrage qui prendrait appui sur le fait que celle-ci constitue l'accessoire d'une cession de créance? Nous sommes d'avis que la clause d'arbitrage fait effectivement partie des accessoires à une cession de créance tout en gardant son caractère autonome par rapport au contrat principal. Ce qui distingue la cession de créance du C.c.Q. de celle que prévoit la L.p.c., c'est la solidarité (au sens de la loi) du cessionnaire et du commerçant. Cette solidarité aboutit à l'application de la clause d'arbitrage au cessionnaire.

Une évaluation de la jurisprudence montre que cette interprétation est suivie en droit commercial. Il ne fait aucun doute qu'*a fortiori*, elle doit être appliquée en droit de la consommation. Dans l'arrêt *Banque nationale du Canada c. Premdev Inc.*¹³⁹, la Banque nationale du Canada (BNC) obtient, par suite de la faillite de P.M.I, un transport des créances de P.M.I et exige de l'intimée la somme de 100 000 \$. Devant le refus de cette dernière d'obtempérer, la BNC demande que le conflit soit soumis à un arbitre comme le prévoyait la convention entre l'intimée et P.M.I. Le juge de première instance rejette la requête de la BNC en invoquant, entre autre, l'impossibilité d'appliquer la clause compromissoire lors d'une cession de créance. La Cour d'appel, dans un jugement unanime rendu par l'honorable juge Forget, répond ainsi :

Avec égards, je ne partage pas l'opinion du premier juge :

- 1) il n'est plus contesté que le pacte compromissoire est l'accessoire d'une créance et que la cession de cette créance permet à la cessionnaire de s'en prévaloir [Voir note 3 ci-dessous];

La Cour s'appuie sur un autre jugement de la Cour d'appel¹⁴⁰ au même effet qui explique ainsi la cession de la clause compromissoire lors d'une cession de créance :

¹³⁹ [1997] A.Q. n° 689 (C.A.).

¹⁴⁰ *Cegeco Design and Construction Ltée c. 137857 Canada Inc.*, [1988] A.Q. n° 53 (C.A.). Cette décision comporte une forte dissidence de l'honorable juge Kaufman.

En d'autres termes, l'appelante dissocie la créance, résultat des services rendus par Abec en vertu du contrat, des droits et obligations relatifs à la clause compromissoire qui y sont inclus. Pour elle, son obligation à l'égard de l'intimée ne se limite qu'à lui payer une dette lorsqu'elle est devenue définitivement exigible et liquide.

En tout respect pour l'avis contraire, je ne peux accepter cette proposition.

En effet, la cession de créance est une convention par laquelle le cédant transmet "à une autre personne (cessionnaire) son droit contre son débiteur (cédé). (...)." Cette cession comprend en faveur du cessionnaire tous les accessoires de la créance (art. 1574 C.C.B.C.). Aussi, l'effet de la cession de créance est de transmettre avec elle ce que Carbonnier appelle "tous ses attributs positifs (qui) sont les sûretés qui garantissent la créance (art. 1692), les actions en justice qui appartenaient au cédant" et ses "attributs négatifs (qui) sont les vices affectant la créance." [Théorie des obligations, p. 481.]

C'est une vente d'un droit personnel qui place le cessionnaire à l'égard de l'obligé dans la position qu'avait autrefois le cédant. Le débiteur peut faire valoir tous les droits et toutes les exceptions qu'il avait contre le cédant et le cessionnaire prend la créance dans l'état où elle se trouve avec tous ses accessoires ou "attributs positifs et négatifs".

La Cour d'appel semble inférer à la clause compromissoire un caractère accessoire au contrat principal. Nos commentaires quant au caractère autonome de la clause compromissoire demeurent. En effet, nous sommes d'avis que la clause compromissoire, sans être un accessoire, est intimement liée au contrat et constitue, tel que mentionné par la Cour d'appel, un attribut, un droit que pouvait faire valoir le débiteur contre le cessionnaire. Si le transport de la clause compromissoire ne fait aucun doute dans le cadre d'une cession de créance, il en est autrement de la possibilité d'appeler un tiers en garantie dans le cadre d'un arbitrage.

L'appel en garantie et la pluralité de défendeurs

L'appel en garantie doit-il être traité différemment? On envisage la possibilité pour le vendeur d'amener en garantie le fabricant ou sa compagnie d'assurances ou, pour un acheteur subséquent, d'amener son vendeur en garantie. L'auteur Kathleen Delaney-

Beausoleil¹⁴¹ précise qu'il n'est pas possible d'amener en garantie un tiers dans le cadre d'un arbitrage. Elle s'en explique ainsi :

Rien n'est prévu au Code quant à l'appel en garantie, et les tribunaux ne semblent pas disposés à recevoir de telles demandes soit au stade préliminaire ou en contestation de la sentence arbitrale. Tout en qualifiant l'affaire *Décarel*¹⁴² d'« exceptionnelle », la Cour supérieure n'a pas permis de rechercher un tiers aux procédures d'arbitrage au motif qu'une telle procédure causerait un préjudice à la partie à l'arbitrage qui n'est pas concernée par les difficultés rencontrées par les deux autres. S'il fallait qu'elle soit partie au débat en qualité de défenderesse en garantie, ce débat additionnel entraînerait des complications et des délais additionnels pour elle¹⁴³. D'autre part, le tiers, par définition, n'étant pas partie à la convention d'arbitrage, l'arbitre n'a pas compétence pour l'assujettir à la procédure d'arbitrage.¹⁴⁴

Il est intéressant de noter que contrairement à la cession de créance, l'appel en garantie implique réellement un tiers au contrat. Est-ce pour cette raison que la solution n'est pas la même qu'en matière de cession de créance? Dans l'arrêt *Guns N'Roses Missouri Storm Inc. c. Productions Musicales Donald K. Donald Inc.*¹⁴⁵, le juge Rothman exige que le tiers mis en garantie se soumette au jugement de la Cour supérieure puisqu'il existait une clause compromissoire entre lui et Donald K. Donald. La Cour reconnaît cependant qu'une clause d'arbitrage peut s'appliquer à un tiers :

On the second question, I do not see why an arbitration clause agreed upon by two parties should necessarily become inapplicable merely because the dispute also involves a third party or third parties. In the Mont Saint-Sauveur case (supra), for example, the arbitration clause had formed part of a contract between a builder and an owner contemplating the construction of a condominium project. The owner then sued the builder and the architect. The presence in the dispute of the third party architect was held not to prevent the application of the arbitration clause which the builder and the owner had agreed upon.

En l'espèce, la Cour décide de ne pas appliquer la clause compromissoire pour les motifs suivants:

¹⁴¹ Kathleen Delaney-Beausoleil, supra note 35 à la p. 18

¹⁴² *Décarel Inc. c. Concordia Project Management Ltd.*, J.E. 96-1612 (C.A.), [1996] A.Q. no 2136.

[*Décarel*]

¹⁴³ *Guilde des musiciens du Québec c. Gaudreault*, J.E. 99-2320 (C.S.) [*Guilde*]

¹⁴⁴ *Lefebvre c. Habitations d'Angoulême Inc.*, REJB 2001-23044 (C.A.) [*Lefebvre*]

¹⁴⁵ *Clavel c. Productions Musicales Donald K. Donald Inc.*, [1994] A.Q. no 411, [*Guns N'Roses*]

In both cases, the Superior Court would ordinarily have lacked jurisdiction. In both cases, there was an action in warranty asserted against a party who would not normally have been subject to the jurisdiction of the Superior Court. In *ASG Industries*, the Supreme Court held that notwithstanding the absence of jurisdiction, normally, Art. 71 C.C.P. conferred jurisdiction on the Court by reason of the fact that the principal action was pending before the Court here and the defendant in the principal action had a claim in warranty to exercise.

I do not wish to suggest that the mere initiation of a suit by a third party will permit a party to an arbitration clause to defeat the purpose and intention of the clause by exercising warranty proceedings. There will doubtless be cases where the parties should be referred to arbitration, notwithstanding the existence of a suit by a third party. Much will depend on the nature of the claims and the circumstances of each case.

(Nos soulignements)

Cette décision touche un tiers à la clause d'arbitrage (la demanderesse qui a entamé un recours collectif) et le défendeur qui, pour sa part, désirait appeler en garantie son cocontractant : l'un et l'autre sont parties à une clause d'arbitrage. À la lumière de cette décision, pourquoi ne faudrait-il pas forcer un tiers à se soumettre à l'arbitrage lorsqu'il a été appelé en garantie par un défendeur partie à une instance devant un arbitre? Pour respecter les articles 71 et 216 C.p.c., le recours en garantie devrait être mené devant l'instance de « l'action principale », soit devant l'arbitre¹⁴⁶.

Dans l'arrêt *Décarel*¹⁴⁷, le tribunal reconnaît clairement la possibilité d'amener un tiers en garantie. Les faits de cette cause sont les suivants : deux entreprises (Concordia et Décarel) se soumettent à une clause d'arbitrage dans le cadre d'un contrat de co-entreprise pour l'exécution de travaux au Casino de Montréal. Concordia poursuit Décarel et ses actionnaires, solidairement, devant la Cour supérieure pour dommages tant contractuels qu'extracontractuels. Se ravisant, Concordia demande ensuite le renvoi de la

¹⁴⁶ Toutefois, dans la décision *Lefebvre*, [*supra note 144*] et reprenant les commentaires de l'arbitre, M^e Marcel Després, la Cour est d'opinion que ces articles ne peuvent s'appliquer qu'à un tribunal de droit commun et non pas à un tribunal d'arbitrage. Selon nous, le C.p.c. n'est pas complètement évacué du droit de l'arbitrage, à preuve les articles 940.5, 942, 944.6 et 944.9 C.p.c. qui renvoient aux autres règles édictées en vertu du *Code de procédure civile*. Et l'article 942 C.p.c. traite de la récusation, un sujet qui va au-delà du simple droit procédural. D'après nous, cela permet d'appliquer d'autres dispositions à l'arbitrage. De plus, rien n'empêche l'arbitre de s'inspirer du C.p.c. pour administrer l'audition d'un arbitrage (article 944.1 C.p.c.).

cause devant un arbitre. Alors que la Cour d'appel, unanimement, renvoie les deux entreprises devant un arbitre, elle prend également parti 2 contre 1 en faveur du renvoi de la cause devant un arbitre pour les actionnaires qui ne sont pas intervenus à la clause d'arbitrage. La majorité, sous la plume du juge Vallerand, s'explique ainsi :

[...] Concordia Project Management et Décarel Inc. ont convenu d'une clause compromissoire. Décarel Inc., personne morale, n'a pu en convenir et n'en a convenu que par l'expression de la volonté de ses principaux actionnaires et dirigeants, Chiniara et Salicco. Dit autrement, ceux-ci ont exprimé leur volonté que tout litige soit résolu par arbitrage. [...] Écarter l'application de la clause compromissoire en pareilles circonstances au motif qu'elle ne concerne que les personnes morales serait, du moins à mon avis, un non-sens fondé sur une technicité aveugle et sciemment ignorante des circonstances particulières de l'affaire et cela, quoi qu'il en soit du voile corporatif en d'autres contextes, mais aussi de la possibilité que le litige connaisse un dénouement absurde, selon lequel l'appréciation des gestes de Chiniara et Salicco par l'arbitre mènerait à la condamnation de Décarel, tandis que la même appréciation par le juge déboucherait sur leur exonération, sans parler des conclusions solidaires dont on ne voit pas très bien ce qu'on pourrait en faire.

Ainsi donc, m'inspirant du propos de notre collègue Rothman, j'estime que les circonstances du cas imposent que tous les intéressés se retrouvent devant l'arbitre, en application de la clause compromissoire à laquelle ont présidé ceux qui cherchent aujourd'hui à s'y soustraire et je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens.

Finalement, quant à la décision *Guilde des musiciens du Québec c. Gaudreault*¹⁴⁸, avec égards, nous ne partageons pas l'opinion de l'honorable juge Flynn. Dans le cadre d'un arbitrage fondé sur un contrat d'emploi, l'employeur désire amener en garantie l'ancienne présidente de la Guilde qui aurait signé le contrat d'emploi sans obtenir l'autorisation requise du conseil d'administration. La Cour supérieure fait siens les commentaires de l'arbitre, M^c Marc Boisvert, et rejette la demande de recours en garantie. Elle distingue cette cause de l'arrêt *Décarel*¹⁴⁹ pour les motifs suivants :

Dans le cas présent, madame Fréchette qu'on veut entraîner à l'arbitrage, ne pouvait lors de la signature du contrat entre Guilde des musiciens du Québec et

¹⁴⁷ *Décarel*, supra note 142 à la p. 73, et suivi dans *Gariépy c. Simard*, [2003] J.Q. n° 5916 (C.Q.)

¹⁴⁸ [1999] J.Q., n° 5152 (C.S.).

¹⁴⁹ *Décarel*, supra note 142 à la p. 73.

Chantal Gaudreault penser qu'un jour, elle se retrouverait elle aussi, devant l'arbitre lors d'un débat découlant du contrat. On ne peut donc dire d'elle, comme on a dit de Chiniara et Salicco, qu'elle cherche à se soustraire de l'application d'une clause compromissoire qu'elle aurait choisie.

S'il est vrai que M^{me} Fréchette ne cherchait pas à se soustraire à l'arbitrage, d'un autre côté, le recours en garantie ne doit pas être exclusivement porté contre des personnes « qui pouvaient s'attendre à faire l'objet d'une demande en garantie ». Il est difficile d'affirmer qu'il n'y a aucun lien entre la demande d'indemnité prévue au contrat de travail (délai-congé) et l'autorité nécessaire de la personne qui a signé ce contrat avec la demanderesse. Dans le dossier des recours en garantie, des demandes ont été accordées pour une connexité bien moins évidente¹⁵⁰.

Quant à l'argument qui consiste à dire que d'accepter le recours en garantie cause préjudice à la demanderesse, voici que le tribunal en pense :

Ce serait cependant causer un préjudice à madame Gaudreault, qui n'a rien à voir aux difficultés rencontrées par les deux autres. Forte d'un contrat dont la validité est déjà reconnue, madame Gaudreault peut envisager un arbitrage, somme toute assez simple. Par contre, s'il fallait que madame Fréchette soit partie au débat en qualité de défenderesse en garantie, ce débat additionnel entraînerait très sûrement des complications et des délais additionnels.

Qu'en est-il du préjudice du défendeur qui devra être partie à deux recours, l'un devant l'arbitre et l'autre devant la Cour supérieure? La preuve aurait facilement pu être administrée devant l'arbitre. De plus, le préjudice dû au délai occasionné par la demande en garantie constitue-t-il un fardeau propre à l'arbitrage ou est-ce une suite obligée des recours en garantie, peu importe l'instance? L'arbitre étant le maître de la procédure, il lui est possible de décider des dommages de la demanderesse en premier lieu, quitte à se pencher sur l'action en garantie par la suite. Il pourrait même tenter de trouver une solution innovatrice pour faciliter la résolution du conflit.

¹⁵⁰ *Jems Investments (Quebec) Inc. c. 9062-4602 Québec inc.*, REJB 2001-26242 (C.S.), *Charest c. Breton*, REJB 1999-15916 (C.S.).

Toutefois, si un défendeur entreprend à la fois un recours en garantie et une demande d'arbitrage contre un même débiteur, sa demande de recours en garantie ne sera pas recevable. Et à l'inverse, s'il demande à l'arbitre d'accepter un appel en garantie alors qu'est en cours au même moment une action entre lui et ce débiteur, l'arbitre devra refuser cette demande : le risque que des décisions contradictoires soient rendues existe¹⁵¹. Il est alors important pour un défendeur d'évaluer son dossier et de déterminer comment il poursuivra son appel en garantie. Pour faciliter la résolution des conflits – et dans le droit fil de notre interprétation du recours en garantie – nous sommes d'avis que les possibilités qui s'offrent au défendeur sont les suivantes :

- Si le défendeur est poursuivi devant les tribunaux de droit commun et désire appeler un défendeur en garantie et qu'une clause compromissoire le lie au demandeur, il devrait produire un appel en garantie devant les tribunaux de droit commun et invoquer *Guns N' Roses*¹⁵² (surtout si les fautes reprochées au défendeur en garantie sont importantes; dans le cas contraire, cela peut être plus difficile d'éviter l'application de la clause compromissoire);
- Si le défendeur est partie à un arbitrage contre son cocontractant, il devrait demander à l'arbitre d'accepter son appel en garantie contre un tiers qui n'est pas partie à la convention d'arbitrage, en vertu de l'article 71 C.p.c. De toute façon, que ce soit devant l'arbitre ou devant le juge, le défendeur en garantie est rarement heureux d'être appelé en garantie et rien n'indique qu'il subira un plus grand préjudice à être appelé en garantie devant un arbitre dans le mesure où il conserve tous les moyens de défense qu'il pouvait soulever devant les tribunaux judiciaires.

Devant une pluralité de défendeurs, nous appliquerions *mutadis mutandis* les principes de l'appel en garantie, en notant qu'il est plus facile de reconnaître un caractère de connexité entre plusieurs défendeurs qu'entre un défendeur et un défendeur en garantie. L'inclusion des défendeurs non partie à une clause d'arbitrage devrait être évaluée en vue de l'obtention d'un jugement complet où le risque qu'une autre Cour se prononce de façon

¹⁵¹ *Les Industries Falmec inc. c. Société de cogénération de Saint-Félicien*, [2003] J.Q. n° 4709 (C.S.).

¹⁵² *Guns N' Roses*, supra note 145 à la p. 73

contradictoire serait nul. Nous savons bien toutefois que cette approche va à l'encontre du principe de la relativité des contrats et même de certaines décisions jurisprudentielles¹⁵³.

Nous avons longuement traité de l'application de l'appel en garantie dans le contexte de l'arbitrage commercial, mais notre propos porte principalement sur le droit de la consommation. Nous croyons que l'interprétation que nous venons d'exposer devrait y trouver également application, d'autant plus qu'en fonction de l'unicité des contrats de crédit, on tend à « mettre dans le même panier » tous les moyens de défense du consommateur. De là naît la possibilité d'appeler en garantie un défendeur : cela permet la résolution complète du conflit en une seule instance. Quant au commerçant, nous croyons qu'il bénéficie de la même ouverture puisque l'arbitre pourra régler la question de manière à ne pas porter préjudice au consommateur, tout en évitant au premier d'avoir à faire la même preuve deux fois.

L'acquéreur subséquent et la caution

Nos commentaires seront limités sous la présente rubrique. D'après-nous, l'acquéreur subséquent ainsi que la caution peuvent bénéficier de tous les privilèges mentionnés ci-dessus quant à l'introduction d'un tiers dans la procédure d'arbitrage, et ce, tant et aussi longtemps que cet acquéreur ou cette caution demeure un consommateur. La situation de l'acquéreur subséquent et celle de la caution s'apparentent plus à la situation du cessionnaire de créance qu'à celle de l'appelé en garantie. Une telle interprétation prend appui sur l'article 7 L.p.c. qui prévoit :

La caution du consommateur bénéficie, au même titre que ce dernier, des articles 32, 33, 103, 105 à 110, 116, et de l'article 150.12 quant à l'application de l'article 103 et des articles 150.21 et 276, à la condition qu'elle soit elle-même un consommateur.

(Nos soulignements; l'article 103 porte sur la cession de créance)

¹⁵³ *Kingsway Financial Services inc. c. 118997 Canada inc.*, REJB 1999-15989 (action contre le directeur et le comptable de la société, qui n'étaient pas parties à la clause d'arbitrage) [*Kingsway*]

On doit comprendre de cet article qu'un consommateur qui cautionne les obligations de son entreprise n'est pas protégé par la L.p.c. Quant à l'acquéreur subséquent, la décision *Kravitz*¹⁵⁴ codifiée à l'article 1442 C.c.Q. permet de conclure que tous les droits intimement liés à un contrat sont transmis à l'acquéreur subséquent (ayant cause à titre particulier). La clause d'arbitrage, sans être un accessoire du contrat, est sûrement intimement liée à ce dernier.

En pratique, nous suggérons de rédiger les clauses d'arbitrage en collaboration avec les intervenants d'un milieu donné, et ce, en vue de tendre à une certaine uniformité dans l'administration des conflits. Il faut garder à l'esprit qu'une saine gestion d'entreprise passe par une bonne gestion des conflits. L'harmonisation des dispositions prises quant à la résolution des conflits permettra qu'un tiers au contrat principal puisse être appelé en garantie plus facilement ou puisse être appelé à intervenir pour un autre motif.

Au cours de l'Annual Conference of Commissioners on Uniform State Laws qui a vu à la révision du *Uniform Arbitration Act* en juillet 2000, les commentaires suivants ont été émis en ce qui concerne le « Multiparty Dispute » :

Multiparty disputes have long been a source of controversy in the enforcement of agreements to arbitrate. When conflict erupts in complex transactions involving multiple contracts, it is rare for all parties to be signatories to a single arbitration agreement. In such cases, some parties may be bound to arbitrate while others are not; in other situations, there may be multiple arbitration agreements. Such realities raise the possibility that common issues of law or fact will be resolved in multiple fora, enhancing the overall expense of conflict resolution and leading to potentially inconsistent result.

On suggère ici la consolidation des recours selon certaines conditions arrêtées à la section 10, « Consolidation of Separate Arbitration Proceedings ». Aucune procédure de cette sorte n'est prévue en droit québécois, mais rien n'empêcherait que ce soit de s'inspirer de ce modèle au moment de rédiger une clause d'arbitrage.

¹⁵⁴ *Kravitz*, supra note 133 à la p. 69

L'exécution de la décision

Homologation

L'homologation d'une sentence arbitrale n'est pas un processus de révision judiciaire. En effet, une partie qui ne serait pas satisfaite d'une sentence arbitrale relativement à l'arbitrabilité du litige ou au choix des arbitres ne pourrait en demander l'homologation avant qu'une décision au fond n'ait été rendue¹⁵⁵. Au cours de l'instance arbitrale, la Cour ne peut se pencher que sur des mesures provisionnelles¹⁵⁶ (questions urgentes pour la conservation d'un bien, injonction interlocutoire, saisie avant jugement, séquestre judiciaire) :

L'objectif fondamental visé par le législateur constitue l'épuisement de la procédure d'arbitrage avant le recours aux tribunaux judiciaires. Autrement dit, dans tous les cas où l'on soulève une exception de compétence ou une exception liée à la constitution de l'instance arbitrale, le tribunal étatique n'intervient que postérieurement à la sentence arbitrale finale. Ainsi, la juge de première instance a eu raison de déclarer le recours de l'appelante prématuré.¹⁵⁷

(Nos soulignements)

En droit de la consommation, ce principe vaut également. Toutefois, il est utile de départager les dispositions suivantes du C.p.c. :

946.2. Le tribunal saisi d'une requête en homologation ne peut examiner le fond du différend.

946.4. Le tribunal ne peut refuser l'homologation que s'il est établi:

¹⁵⁵ *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camions et hommes d'entrepôt et autres ouvriers, local 106*, [1982] 2 R.C.S. 888, à la p. 899, *Société Radio-Canada c. L'Union des artistes*, C.A.M. 500-09-000009-779, 15 mai 1978 et *Compagnie nationale Air France c. Mbaye*, [2003] J.Q. n° 2900 (C.A.) (les règles applicables dans ce dernier arrêt quant à l'homologation des décisions arbitrales étaient celles de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial et international (CNUDCI), mais il y a tout de même un rapprochement à faire avec les règles d'homologation du *Code de procédure civile* québécois [Mbaye].

¹⁵⁶ Art. 940.4 C.p.c.

¹⁵⁷ *Mbaye, supra note 155 à la p. 80*, par. 70 (version QL).

[...]

2° que la convention d'arbitrage est invalide en vertu de la loi choisie par les parties ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du Québec;

946.5. Le tribunal ne peut refuser d'office l'homologation que s'il constate que l'objet du différend ne peut être réglé par arbitrage au Québec ou que la sentence est contraire à l'ordre public.

Il existe cinq motifs pour lesquels les tribunaux judiciaires peuvent refuser d'homologuer une décision arbitrale : un défaut de capacité pour conclure la convention d'arbitrage, l'invalidité de la convention d'arbitrage (ou inarbitrabilité du litige), une absence d'information quant à la désignation de l'arbitre ou au déroulement de la procédure arbitrale, le différend n'était pas visé par la convention d'arbitrage (l'arbitre a agi *ultra petita*) ou, finalement, la procédure arbitrale n'a pas été suivie. Toutefois, nous nous en tiendrons à deux questions particulières au droit de la consommation soulevées par ces motifs de refus d'homologuer :

1. Les parties doivent-elles attendre la décision sur le fond avant de demander l'homologation ou l'annulation qui porte sur l'arbitrabilité du litige?
2. Comment déterminer si la sentence est contraire à l'ordre public sans examiner le fond du différend?

En ce qui a trait au moment où l'on peut contester une décision arbitrale, les nombreuses décisions tant judiciaires qu'arbitrales rendues dans l'affaire *The Gazette*¹⁵⁸ peuvent nous

¹⁵⁸ *The Gazette c. Blondin*, [2003] J.Q. n° 9433 (C.A.), *Parent c. The Gazette*, [1991] R.L. 625 (C.A.), *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 145 c. Gazette (The)*, [2000] R.J.Q. 24, demande d'autorisation d'appel rejetée le 5 octobre 2000 (sans motifs), [2000] C.S.C.R. n° 73, *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 145 c. Gazette (The), une division de Southam inc.*, [1996] T.A. 562, *Gazette (The), une division de Southam inc. c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 145 D.T.E. 98T-270, Gazette (The), une division de Southam inc. c. Sylvestre*, [1998] R.J.Q. 3201, *Gazette (The), une division de Southam inc. c. Blondin*, B.E. 2001BE-803, *Blondin c. Gazette (The), une division de Southam inc.*, [2001] J.Q. n° 2977 (C.S.), *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 145 c. Ménard*, [2002] J.Q. n° 1070, *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 145 c.*

renseigner (il s'agit d'un contexte d'emploi; les rapprochements avec le droit de la consommation se font bien). Cette décision illustre le fait que les tribunaux ont accepté de se prononcer sur la validité d'une décision arbitrale, alors même que le fond du litige n'était pas complètement résolu :

Une première difficulté concerne le statut d'une sentence qualifiée d'intérimaire. Il n'est pas sûr que la sentence Sylvestre n° 2, en tant que telle, aurait pu faire l'objet d'une demande d'homologation. Pouvait-elle, dans ces conditions, faire l'objet d'une demande d'annulation? Ou s'agissait-il au contraire d'une simple ordonnance de procédure, étape préalable à l'élaboration d'une éventuelle sentence finale au fond qui elle seule aurait pu faire l'objet, le moment venu, d'une demande d'homologation ou d'une demande d'annulation? Il ne me paraît pas douteux qu'en restreignant comme il l'a fait les chefs de réclamation recevables et en écartant, par exemple, les dommages moraux, exemplaires ou punitifs du redressement auxquels les intimés pourraient avoir droit, l'arbitre, en l'espèce, a tranché une question de fond entre l'appelante et les intimés. Ce faisant, il décidait en partie du différend qui lui était soumis. Sa décision constituait par conséquent une sentence susceptible d'annulation en vertu de l'article 947 C.p.c. En disant cela, je suis conscient que d'autres considérations de politique juridique peuvent entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit d'une sentence "intérimaire" d'un tribunal d'arbitrage commercial international; c'est ce que fait ressortir le récent arrêt *Compagnie nationale Air France c. Mbaye*. Mais ces considérations n'ont pas d'application dans un cas comme celui-ci, caractérisé comme il l'est par une dynamique de relations de travail, entièrement régi par le droit interne et déjà fortement judiciaire.

(Nos soulignements et notre insistance)

Ainsi donc, lorsque l'arbitre décide de l'arbitrabilité d'un litige, rend-il une décision au fond susceptible d'annulation ou d'homologation? La réponse à cette question dépend de la conclusion de l'arbitre. En effet, si ce dernier considère que le litige est arbitral, alors il a toujours compétence pour décider du fond du litige et la décision n'est pas susceptible de « révision ». Dans le cas contraire, on pourra saisir la Cour supérieure et exiger que l'arbitre exerce sa compétence. Il est plus facile d'appliquer ces articles lorsqu'un droit procédural élémentaire – tel celui que dit le précepte *audi alteram partem*¹⁵⁹ – a été violé que lorsque aucune règle procédurale ne semble avoir été enfreinte. Toutefois, il ne faut

Gazette (The), une division de Southam inc., D.T.E. 2001T-137, jugement inédit de la Cour supérieure., le 14 septembre 2001. [*The Gazette*].

¹⁵⁹ *Promutuel Dorchester société mutuelle d'assurance générale c. Ferland*, [2001] J.Q. n° 3322 (C.S.).

pas croire que tout accroc aux règles de procédure conduira inévitablement au refus d'homologation ou à l'annulation de la sentence arbitrale :

S'il est reconnu que les arbitres, même lors d'arbitrage privé comme c'est le cas ici, sont tenus d'observer les règles de justice fondamentale telle la règle *audi alteram partem* bien qu'ils ne soient pas soumis à toutes les règles de droit et de procédure, toute irrégularité ou informalité ne constitue pas nécessairement un accroc à telle règle de justice naturelle.¹⁶⁰

Nous préconisons l'approche qui veut qu'on laisse l'arbitre épuiser sa compétence avant d'entamer un recours en annulation ou en homologation.

Quant au deuxième point, comment concilier les articles 946.2 et 946.5 C.p.c.? À titre d'exemple, pour vérifier le caractère d'ordre public d'une décision arbitrale à la suite de laquelle le consommateur devra déboursier des sommes considérables, sa demande ayant été rejetée, le juge devra probablement prendre connaissance de la clause d'arbitrage, des circonstances de l'affaire, des articles pertinents de la L.p.c. et du C.c.Q. Dans l'arrêt *Empire*¹⁶¹, la question en litige était la suivante :

Plus précisément, il s'agit de déterminer si la sentence arbitrale rendue « porte sur un différend non visé dans la convention d'arbitrage ou n'entrant pas dans ses prévisions, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes », suivant la terminologie utilisée à l'article 946.4 (4.) C.p.c.

À cet égard, le grief que l'on fait à la sentence arbitrale est de ne pas être conforme aux règlements québécois sur l'assurance-vie collective et, plus précisément, de ne pas être conforme à l'interprétation donnée aux articles 269 et 270 du Règlement d'application de la Loi sur les assurances [Voir Note 11 ci-dessous] (Règlement) par notre Cour dans l'affaire *L'Excelsior Cie d'assurance-vie c. SSQ Mutuelle d'assurance groupe* [Voir Note 12 ci-dessous] (L'Excelsior).

[Notes volontairement omises]

La Cour détermine que la sentence est conforme aux règlements québécois sur l'assurance-vie collective et restreint la possibilité d'intervention des tribunaux judiciaires :

À mon avis, l'argument voulant qu'une interprétation du Règlement différente, voire même contraire de celle retenue par les tribunaux de droit commun, fasse en sorte que la sentence arbitrale dépasse les termes de la convention d'arbitrage résulte d'une méconnaissance profonde du système d'arbitrage conventionnel. L'argument assujettit ce système distinct de justice à un contrôle de la justesse de ses décisions et il réduit ainsi, de façon significative, la latitude que le législateur et les parties entendaient conférer au conseil d'arbitrage.

Il me semble que, pour décider si la sentence arbitrale dépasse les termes de la convention d'arbitrage, il faille faire abstraction de l'interprétation qui a mené au résultat pour se concentrer sur celui-ci. Cette interprétation du motif d'annulation prévu à l'article 946.4(4) C.p.c., en plus d'être conforme à l'article 946.2 C.p.c., qui interdit au tribunal saisi d'une demande d'annulation de sentence arbitrale d'examiner le fond du litige, est conforme à l'approche retenue par l'auteure Sabine Thuilleaux :

L'appréciation de ce grief dépend du lien de connexité de la question tranchée par les arbitres avec le litige qui leur est soumis. Mais il inclut aussi le respect par les arbitres des règles de procédure, au cas où les parties en ont prévues.

La question d'excès de compétence peut s'articuler autour de la distinction entre la chose non demandée et l'*ultra petita*. La chose non demandée rentre dans l'objet, soit dans l'absence de convention d'arbitrage, et l'*ultra petita* consiste pour l'arbitre à adjuger plus qu'il n'a été demandé et a trait non plus à la nature de la chose demandée mais à son étendue.

Le tribunal saisi d'une demande d'homologation doit considérer la solution proposée par l'arbitre et déterminer si cette solution est conforme aux dispositions d'ordre public. La Cour ne peut en principe examiner le raisonnement qui a conduit à cette solution. On doit avouer ici que la ligne de démarcation est bien mince et que le risque de devoir analyser le fond du litige est très élevé, surtout en droit de la consommation où la présence d'un contrat d'adhésion peut emporter la sympathie des juges.

¹⁶⁰ *Lu-Den Casuals Ltd c. Springdale Canada Inc.*, [1986] A.Q. n° 623, (C.A.).

¹⁶¹ *Empire*, supra note 44 à la p. 22

L'exécution d'une sentence arbitrale

L'exécution des sentences arbitrales constitue le point névralgique de l'arbitrage en droit de la consommation. Si le consommateur est contraint de déboursier des sommes importantes pour faire exécuter la sentence arbitrale ou si une décision favorable au commerçant ne peut être exécutée, cela s'avère être un frein à l'essor de cette méthode alternative de résolution des différends. Cette question de l'exécution des sentences arbitrales est encore plus délicate quand il s'agit d'un arbitrage relatif au commerce en ligne : on doit encore aujourd'hui convaincre le client que le e-commerce est fiable. Si ce dernier ne sait pas à qui s'adresser en cas de difficulté, il deviendra très prudent ou même s'abstiendra, et bien sûr, cela nuira au développement du commerce électronique.

Les principes qui ont servi de base aux articles du C.p.c. relatifs à l'homologation servent également de base aux règles portant sur l'exécution des sentences arbitrales (articles 946 à 946.6 C.p.c). L'homologation n'est requise que dans les cas où il faut en venir à une exécution forcée; elle n'est pas du ressort de l'arbitre. L'article 946.6 dit :

946.6 La sentence arbitrale telle qu'homologuée est exécutoire comme un jugement du tribunal.

Un des avantages difficilement quantifiables de l'arbitrage, c'est précisément que le plus souvent, il y a exécution volontaire des décisions arbitrales. Comme nous l'avons déjà mentionné, lorsque les principes d'équité ont été respectés, les parties jugent la décision acceptable ou satisfaisante, et elles vont vraisemblablement obtempérer de bon gré. Autrement, une fois la décision homologuée, l'exécution forcée a lieu de la même manière que si le jugement avait été rendu devant les tribunaux judiciaires.

Décisions étrangères et/ou « Online »

Les décisions arbitrales rendues à l'étranger ou Online (Online Dispute Resolution (ODR)) peuvent rendre le processus d'homologation complexe et par conséquent, être difficiles à faire exécuter. Le législateur a prévu cette difficulté et a adopté au C.p.c. des

dispositions particulières en vue de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales rendues hors du Québec. Les principales dispositions sont les suivantes :

948. Le présent titre s'applique à une sentence arbitrale rendue hors du Québec qu'elle ait été ou non confirmée par une autorité compétente.

Il s'interprète en tenant compte, s'il y a lieu, de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères adoptée le 10 juin 1958 par la Conférence des Nations-Unies sur l'arbitrage commercial international à New York.

949. La sentence arbitrale est reconnue et exécutée si l'objet du différend peut être réglé par arbitrage au Québec et si sa reconnaissance et son exécution ne sont pas contraires à l'ordre public.

Mais que faut-il entendre par décision rendue « hors du Québec »? Est-ce qu'un arbitrage régi par les règles du NAF, mais entendu à Montréal, par un arbitre québécois, est une décision rendue au Québec? Techniquement, l'audience s'est déroulée au Québec sous l'autorité d'un Québécois. Cependant, elle s'est déroulée en fonction d'une institution qui n'y a aucun établissement et dont les règles s'inspirent du droit américain. Lorsque le commerçant réside à l'extérieur du Québec et que le site Web offrant le système de résolution est américain, les décisions « online » sont-elles des décisions « hors du Québec »? Le législateur ne définit pas les mots « hors du Québec », et l'introduction du ODR risque de compliquer une éventuelle tentative de définition. Les règles d'ordre public du droit et celles qui portent sur le choix de la juridiction compétente – il en a été question déjà – devraient amoindrir les risques de confusion. Il s'agit toujours de protéger le consommateur : les articles ayant trait aux décisions rendues hors du Québec devraient s'appliquer à toutes les décisions où le droit québécois *stricto sensu* n'a pas été appliqué et ce, tant pour ce qui est de la forme que de la procédure. Il devrait en être de même pour toutes les décisions rendues par ODR et ce, même si le contrat prévoit le siège de l'arbitrage dans l'État de résidence du consommateur. Ces désignations sont, dans la plupart des cas, fictives en matière d'ODR et ne devraient pas préjudicier le consommateur.

Il existe six motifs pour lesquels le tribunal peut intervenir à l'encontre de sentences arbitrales rendues hors du Québec. Tout comme dans le cas de l'homologation, le tribunal doit s'en tenir aux motifs d'opposition sans analyser le fond du différend. Ces motifs sont les suivants : *a*) l'incapacité juridique ou le vice du consentement d'une ou des parties contractantes, *b*) l'invalidité de la convention ou de la clause d'arbitrage, *c*) le défaut de divulguer à la partie qui consent à l'arbitrage la façon de désigner l'arbitre et de régler les aspects procéduraux, *d*) l'inefficacité ou le manque de clarté de la clause ou de la convention sur laquelle on veut s'appuyer pour exiger que le différend soit soumis à l'arbitrage, *e*) le manque de conformité entre la procédure suivie et celle que l'entente prévoyait et *f*) le défaut de reconnaître que la décision arbitrale doit être finale et sans appel (article 950 C.p.c.).

Quant à un possible chevauchement entre les articles 948 C.p.c. et 3155 C.c.Q. au sujet de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères, la Cour précise dans la décision *Varma-Sampo c. Beninco Holdings Canada inc.*¹⁶² qu'il s'agit de deux systèmes étrangers. En l'espèce, la Cour devait décider du taux de conversion des monnaies par rapport aux sommes qui faisaient l'objet du litige dans une décision rendue par le Arbitration Committee of the Central Chamber of Commerce of Finland. La Cour s'exprime ainsi :

Avec égards, la Cour est d'avis que le régime d'homologation de la sentence arbitrale tant québécoise qu'étrangère est complet en soi et se distingue de celui des jugements étrangers ou "décisions étrangères".

Le jugement étranger, pour disposer de l'autorité de la chose jugée et produire ses effets, doit recevoir l'*exequatur* du tribunal québécois prévu aux articles 3155 à 3168 du *Code civil du Québec* obtenu en suivant la procédure prévue aux articles 785 et 786 du *Code de procédure civile* du Québec.

Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une décision rendue hors du Québec par une autorité judiciaire, administrative ou religieuse à l'égard d'une question de droit privé, elle devra pour devenir exécutoire au Québec être soumise à la procédure d'*exequatur*. Puisque la sentence arbitrale n'est pas une décision au sens de l'article 3161 du *Code civil du Québec*, la procédure en question ne régit pas

¹⁶² [2001] J.Q. n° 6011 (C.S.), J.E. 2002-95 (C.S.)

« une sentence arbitrale étrangère ». En effet, elle est soumise au régime de l'homologation prévue par les articles 948 à 951.2 du *Code de procédure civile*.

(Citations volontairement omises)

Est-ce dire que la Cour ne peut jamais s'inspirer des autres articles du C.c.Q., de ceux du C.p.c. ou de ceux de lois autres? Nous ne le croyons pas. Si la convention ne prévoit rien sur un point en particulier, si la sentence arbitrale est silencieuse sur ce point et si les dispositions particulières à l'arbitrage n'y pourvoient pas, l'application de lois autres devrait être envisagée. Ce qui demeure important, c'est de respecter l'autonomie des arbitres et de toujours supposer qu'ils ont voulu régler entièrement le différend qui leur était soumis.

Pour favoriser l'exécution des décisions arbitrales, un nouveau mécanisme est apparu : le « Escrow Account ». Un tiers impartial ou une institution d'arbitrage reçoivent et gardent dans des comptes créés à cet effet les sommes qu'y versent les entreprises en prévision des sentences qui leur seraient défavorables. Le consommateur peut ainsi compter sur une exécution rapide des décisions rendues en sa faveur. Encore une fois, l'intérêt des commerçants est de gagner la confiance des consommateurs. Cette façon de faire a vu le jour d'abord en matière d'encans : l'argent de l'acheteur était détenu par un tiers neutre et remis aux vendeurs uniquement une fois la livraison dûment faite.

Un seul recours possible : l'annulation

Certains avocats sont d'avis que l'impossibilité d'en appeler d'une décision arbitrale constitue un désavantage. À cela, nous répondrons d'abord qu'il est de l'essence même de l'arbitrage qu'un décideur y soit mieux placé qu'un juge pour trancher : coûts moindres, délais plus brefs, volonté des parties, présumément, de ne pas tenter d'écraser la partie adverse. Toutefois, dans le cas d'une décision arbitrale nettement injuste (au regard de l'équité procédurale ou de l'ordre public), l'on peut toujours demander l'annulation de la sentence. Ce recours devient souvent un moyen de défense à une requête en homologation. Cependant, les critères d'annulation sont très stricts en matière

d'arbitrage, la demande d'annulation n'équivaut pas à un moyen dilatoire. Cette demande est à distinguer aussi de la demande de révision judiciaire : dans ce dernier cas, la Cour exerce son pouvoir de surveillance en fonction de la hiérarchie des tribunaux dans notre système judiciaire. Or l'arbitrage dont les parties ont convenu tend justement à éviter la lourdeur des processus judiciaires.

En droit de la consommation, l'arbitrage prend tout son sens puisque chacun désire éviter de rendre trop longues, trop complexes et trop coûteuses les démarches qui doivent mener à un règlement; l'arbitre est souvent un expert, et il est parfois possible que les parties aient leur mot à dire quant à son choix. L'expérience et la sagesse qui, par exemple, permettent à un juge de la Cour d'appel de revoir un jugement de la Cour supérieure deviennent aussi le lot des arbitres qui tendent à se créer un ou quelques domaines de spécialisation. Par ailleurs, les parties qui ont recours à l'arbitrage désirent au départ que leur différend soit réglé en une seule instance. Voilà autant de raisons qui font que l'annulation de la décision soit le seul recours prévu par le C.p.c. à l'encontre d'une décision arbitrale.

947. La demande d'annulation de la sentence arbitrale est le seul recours possible contre celle-ci.

Certains demandeurs cherchent à contourner l'obstacle que constitue à leurs yeux l'article 947 : ils intentent des recours en évocation ou tentent de tirer parti du pouvoir de surveillance des tribunaux de droit commun. Ces derniers ont pourtant réitéré à maintes reprises que selon la loi, l'annulation de la décision est la seule issue. Comme pour ce qui est de l'homologation, le tribunal qui étudie une demande en annulation n'analyse pas le fond du différend : la retenue judiciaire est ici de rigueur.

Dans un tel contexte, on ne peut distinguer les matières qui sont directement de la compétence de l'arbitre de celles qui ne le sont pas. Les principes applicables en droit administratif ne peuvent servir ici à restreindre la liberté qui est accordée à l'arbitre pour rendre sa décision. Autrement dit, si l'arbitre doit examiner une loi qui a un caractère

d'ordre public pour rendre jugement, son interprétation de cette loi ne pourra faire l'objet d'une « annulation sur la base de l'erreur simple », car cette notion n'existe pas en matière d'arbitrage conventionnel. Toutefois, **la décision** pourra être annulée si elle est contraire à l'ordre public.

Les tribunaux doivent faire preuve de vigilance lorsqu'ils annulent une décision. Ils n'ont pas le pouvoir de la « réviser », ils ne peuvent que renvoyer le différend à l'arbitre pour qu'il tranche en conformité avec l'ordre public ou ordonner qu'un dossier soit ouvert devant les tribunaux judiciaires en cas d'inarbitrabilité du litige. En ce dernier cas, la partie qui recherche une annulation devrait demander au tribunal de trancher les questions au fond, pour éviter des délais supplémentaires.

La décision *Empire*¹⁶³ peut servir de modèle à qui se prépare à demander l'annulation d'une sentence arbitrale. L'honorable juge Thibault y explique le degré de retenue dont les tribunaux doivent faire preuve devant une demande d'annulation où sont alléguées la violation de règles d'ordre public et la mise au rancart injustifiée, « déraisonnable » des « enseignements » de décisions judiciaires antérieures :

La sentence arbitrale a été attaquée par voie de révision judiciaire sur la base d'une erreur d'interprétation et d'application de notions de droit civil qui, selon le requérant, aurait été révisable sur constat d'une simple erreur de droit.

Après une étude exhaustive de la jurisprudence, le juge LeBel a conclu que, exception faite de certaines questions afférentes aux principes fondamentaux de droit constitutionnel et de libertés civiles, la norme de contrôle judiciaire applicable – en l'espèce, il s'agissait de l'erreur manifestement déraisonnable – demeurerait inchangée.

Dans la mesure où notre Cour ne considère pas manifestement déraisonnable le fait, pour un tribunal spécialisé, de s'écarter des enseignements de la Cour suprême, il est difficile de voir comment elle pourrait qualifier de contraire à l'ordre public une sentence arbitrale qui dévie de sa jurisprudence.

¹⁶³ *Empire*, supra note 44 à la p. 22.

À mon avis, il faut éviter d'appliquer de manière trop stricte la notion du *stare decisis* en conférant une autorité absolue à la décision de notre Cour dans l'affaire *L'Excelsior*.

[Citations volontairement omises]

En droit de la consommation, la retenue judiciaire dont le juge a fait preuve ici relativement à une demande de révision d'une sentence arbitrale est « la » règle quand une telle sentence est attaquée par une demande d'annulation. Certains auteurs font observer qu'on rend alors difficile la prévisibilité du droit et l'application des règles d'ordre public puisque l'arbitre n'a pas à se conformer aux principes établis par les tribunaux judiciaires. Une distinction s'impose d'emblée : si, pour en arriver au règlement du litige, l'arbitre n'a pas suivi la procédure prévue, sa décision pourra être annulée et l'exécution de celle-ci empêchée, mais ce ne sera pas par suite de l'examen judiciaire de la décision elle-même, mais bien par celui du *modus faciendi* de l'arbitre. C'est aux articles 947 à 947.4 C.p.c. qu'il faut s'en reporter pour ce qui est des motifs d'annulation quant au fond des sentences arbitrales.

CHAPITRE III- Les enjeux de l'arbitrage en droit de la consommation

Sauf pour un petit nombre de règles assez pointues, la procédure ne constitue pas un obstacle insurmontable à l'arbitrage en droit de la consommation. Ce sont plutôt les sujets que nous aborderons dans ce troisième et dernier chapitre qui sont appelés à la barre par les plus farouches opposants à l'arbitrage entre consommateurs et commerçants. Certaines décisions québécoises ou canadiennes peuvent nous inspirer quant à la façon de contourner ces « obstacles », mais ce sont surtout les précédents américains – ici encore, ordre chronologique et volume obligent – qui alimentent le débat d'idées qui a cours sur l'utilité et les limites des clauses compromissoires dans les contrats de consommation.

Les frais relié à l'arbitrage

L'approche californienne

Les coûts sont, sans l'ombre d'un doute, un sujet très « chaud » par rapport à l'arbitrage en droit de la consommation¹⁶⁴. La AAA est l'organisme qui a traité le plus longuement de cette question; elle a proposé plusieurs moyens d'atténuer l'impact de l'arbitrage pour les parties les plus vulnérables. Les frais exigés du consommateur californien advenant un arbitrage sont en général très raisonnables (entre 125 \$ et 375 \$ pour une réclamation n'excédant pas 75 000 \$US). Les honoraires de l'arbitre sont aussi très raisonnables et les frais supplémentaires sont à la charge du commerçant. De plus, les consommateurs admissibles au programme d'aide financière « AAA Administrative Fee Waiver/Deferral/Hardship Provisions » mis sur pied par la AAA n'ont rien à déboursier. Il arrive même que certains arbitres de la AAA acceptent d'entendre des causes à titre gracieux. La création des « Fifteen Principles of the Consumer Due Process Protocol » est sûrement leur plus belle réalisation.

¹⁶⁴ Pour une discussion détaillée des coûts lors d'un arbitrage obligatoire en droit de la consommation, consulter Julia A. Scarpino, "Mandatory Arbitration of consumer disputes: A proposal to ease the financial burden on low-income consumers", (July 17, 2003) Washington College Law.

Au vu de diverses décisions judiciaires – dont l’affaire *Randolph*¹⁶⁵ dont il a été question au chapitre précédent, le virage effectué à l’occasion de l’implantation de cette dernière initiative (le « Fifteen Principles of the Consumer Due Process Protocol »), soit la création de règles particulières à l’arbitrage en droit de la consommation s’imposait. Toutefois, les maisons d’arbitrage ne sont pas les seules à être intervenues dans ce dossier. Le législateur californien lui-même a tenu compte des coûts de l’arbitrage; nous pensons ici au C.p.c., et résistons mal à l’envie de faire un petit appel du pied au législateur québécois... En tout état de cause, voici un extrait de l’article 1284.3 du C.p.c. Cal. :

1284.3. (a) No neutral arbitrator or private arbitration company shall administer a consumer arbitration under any agreement or rule requiring that a consumer who is a party to the arbitration pay the fees and costs incurred by an opposing party if the consumer does not prevail in the arbitration, including, but not limited to, the fees and costs of the arbitrator, provider organization, attorney, or witnesses.

(b) (1) All fees and costs charged to or assessed upon a consumer party by a private arbitration company in a consumer arbitration, exclusive of arbitrator fees, shall be waived for an indigent consumer. For the purposes of this section, "indigent consumer" means a person having a gross monthly income that is less than 300 percent of the federal poverty guidelines. Nothing in this section shall affect the ability of a private arbitration company to shift fees that would otherwise be charged or assessed upon a consumer party to a nonconsumer party.

(2) Prior to requesting or obtaining any fee, a private arbitration company shall provide written notice of the right to obtain a waiver of fees to a consumer or prospective consumer in a manner calculated to bring the matter to the attention of a reasonable consumer, including, but not limited to, prominently placing a notice in its first written communication to the consumer and in any invoice, bill, submission form, fee schedule, rules, or code of procedure.

[...]

Cet article a prouvé son efficacité : aujourd’hui, il est rare que la question des frais soit au cœur des litiges en Californie.

¹⁶⁵ *Randolph*, supra note 31 à la p. 15.

La participation des entreprises aux frais, une solution innovatrice et déjà appliquée

Il n'y a qu'à penser au système PAVAC au Canada pour se convaincre qu'il est possible d'offrir des services gratuits d'arbitrage aux consommateurs. La création d'un fonds alimenté par certaines entreprises – sur le modèle de ce qui se passe à la Commission des normes du travail, au PAVAC et dans d'autres programmes sociaux – est peut-être à envisager dans des secteurs clés, dont deux de l'assurance et des institutions bancaires. Il est utile de mentionner qu'un arbitrage en droit de la consommation se déroule habituellement sans l'intervention de procureurs, ce qui limite les frais. Un bref survol des données disponibles en ce moment montre bien que l'arbitrage est beaucoup moins onéreux (frais moins élevés qu'au tribunal, possibilité même qu'il n'y ait aucun coût si tout recours à un avocat est évité, règlement en quelques mois). Aux États-Unis, les services offerts par les associations ou les organismes d'arbitrage sont sans conteste moins coûteux que le recours aux instances judiciaires¹⁶⁶ :

Second, it is well-settled that overall legal fees in arbitration are generally much lower than litigation. Courts and commentators who have thoughtfully compared overall arbitration costs have estimated that arbitration costs can be nearly twenty times lower than court costs. Part of these cost savings is no doubt related to the fact that arbitration is nearly three times faster than litigation. More and more frequently, businesses are encouraging the use of arbitration in disputes with consumers and employees by subsidizing the already low fees associated with the arbitration process. This, combined with the inherent fairness provided by arbitration to individuals, makes arbitration a nearly irresistible alternative to justice for individual Americans.

Les affirmations dont nous venons de prendre connaissance ont été faites dans une optique quelque peu polémique croyons-nous, mais nous soutenons toujours qu'un système d'arbitrage mis en place et régulé conjointement par des organismes spécialisés en arbitrage et par l'État offre une protection adéquate en droit de la consommation.

¹⁶⁶ The Forum Whitepaper, “*Arbitration vs. Lawsuits: What Courts, Case Outcomes and Public Perceptions Show About How Contractual Arbitration Compares To The Litigation System*”, (2003), aux pp. 6-7, en ligne: NAF.

Plus la somme en jeu est élevée, plus le coût moyen d'un règlement d'un litige devant les tribunaux judiciaires québécois monte en flèche; en général, le règlement se fait attendre pendant environ deux ans une fois que le dossier est en état¹⁶⁷. Par contre, l'arbitrage mené par un spécialiste du domaine ne dure que quelques mois et, si l'audition se fait par téléphone ou par quelque autre moyen de communication à distance, avec ou sans l'intervention « de la gent avocassière » serait-on tenté de penser, et qu'en plus le consommateur peut bénéficier d'un système de dispense ou de réduction des frais, le coût associé à l'arbitrage a réellement des chances d'être vingt fois moindre que celui des tribunaux judiciaires.

Ce qui rend l'arbitrage commercial moins efficace, c'est l'insistance des avocats qui veulent faire appliquer, parfois de façon pointilleuse, certaines règles du C.p.c. autres que celles qui sont spécifiquement prévues pour l'arbitrage. Lorsqu'un banc de trois arbitres doit trancher sur de multiples objections à l'occasion d'un interrogatoire préalable – cet interrogatoire ayant lieu en présence d'un sténographe –, l'arbitrage commercial y perd en rapidité et en efficacité. Au départ pourtant, ces deux points avaient en grande partie motivé le choix de ce processus. Cet usage excessif de la procédure devant les arbitres ne devrait jamais avoir sa place dans un contexte de consommation. Quant à l'arbitrage mettant en cause des entreprises entre elles, un tel usage compulsif de la procédure ramène pour elles les avantages de l'arbitrage à son seul caractère confidentiel – les dispositions législatives portant sur le caractère public de la justice ne s'appliquant pas en matière d'arbitrage. C'est bien peu lorsqu'on pense à tous les avantages potentiels de l'arbitrage.

Dépens

L'article 477 du C.p.c. prévoyant les dépens peut-il être appliqué par un arbitre? La Cour supérieure a déjà tranché : cet article ne s'applique pas aux procédures d'arbitrage à

¹⁶⁷ Alain Robert-Nadeau, *Réduction des délais, accessibilité à la justice et médias d'information*, Le journal du Barreau, vol 33 no. 14, le 1^{er} septembre 2001.

moins que les parties aient prévu l'octroi de dépens¹⁶⁸. Toutefois, les tribunaux d'arbitrage se sont parfois servis par analogie de cet article afin de faire supporter à un employeur les frais de l'arbitrage¹⁶⁹ :

477. La partie qui succombe supporte les dépens, frais du sténographe compris, à moins que, par décision motivée, le tribunal ne les mitige, ne les compense ou n'en ordonne autrement.

Le tribunal peut également, par décision motivée, mitiger les dépens relatifs aux expertises faites à l'initiative des parties, notamment lorsqu'il estime que l'expertise était inutile, que les frais sont déraisonnables ou qu'un seul expert aurait suffi.

Dans le cas d'une action personnelle et sous réserve de l'article 988, la somme des frais de poursuite, à l'exclusion des frais d'exécution, que le défendeur condamné peut être appelé à payer ne doit pas excéder le montant de la condamnation, si celui-ci n'est pas supérieur au montant prévu au paragraphe *a* de l'article 953, à moins que, par décision motivée, le tribunal n'en ait ordonné autrement.

Nous sommes d'avis qu'il faut faire preuve de prudence lorsqu'on prétend appliquer au déroulement du processus d'arbitrage des dispositions du C.p.c. qui ne sont pas au livre traitant de ce processus (LIVRE VII) et dont les parties ne font aucune mention dans leur convention. Si l'on peut invoquer certains de ces articles autres pour faciliter l'interprétation de la convention, on ne peut pas prendre prétexte de ceux-ci pour créer aux parties de nouvelles obligations.

Les recours collectifs

Un autre reproche formulé à l'endroit du recours à l'arbitrage en droit de la consommation porte sur l'impossibilité d'entreprendre un recours collectif quand l'arbitrage est le mécanisme de règlement. En droit de la consommation, le recours

¹⁶⁸ *J.H. Dupuis Ltée c. Résidence Jean de la Lande Inc.*, J.E. 81-500 (C.S.), Appel rejeté (C.A., 1987-05-12), 500-09-000496-810, SOQUIJ AZ-87018197, C.A.P. 87C-194.

¹⁶⁹ *Careau et Franchises Concept Canada inc.*, D.T.E. 97T-661 (TA), Requête en homologation accueillie (C.S., 1997-02-21), 200-05-006180-967. Appel du demandeur Franchises Concept rejeté sur requête (C.A., 1997-06-02), 200-09-001365-979. Appel du demandeur Bilodeau rejeté (C.A., 1999-09-02), 200-09-001365-979.

collectif est un outil important pour rétablir un certain équilibre entre le pouvoir des commerçants et les droits des consommateurs.

Prises une à une, certaines pratiques condamnables des entreprises ou des commerçants ne seraient pas passibles de recours. Dans bien des cas, les réclamations porteraient sur des montants négligeables : les consommateurs lésés ne veulent pas entreprendre pour leur seul compte les procédures judiciaires appropriées. Ils « laissent tomber ». En de tels cas, le recours collectif peut s'avérer un moyen d'exercer une pression suffisante sur les fautifs pour qu'ils se conforment aux lois qui régissent leurs comportements d'affaires. Tout récemment, les géants AT&T, ROGERS, DELL et MBNA ont tâté de cette médecine. Au Québec, le recours collectif doit être précédé d'une demande en autorisation d'exercer un tel recours. Selon le C.p.c., le juge saisi de la requête examine les critères suivants :

1003. Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que :

- a)* les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;
- b)* les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées;
- c)* la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67; et que
- d)* le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

L'arbitrage empêche-t-il réellement le recours collectif? Dans l'éventualité d'une réponse positive, n'y a-t-il pas violation du droit en vigueur? Nous examinerons l'approche qu'on a adoptée en Californie, puis nous étudierons deux situations où des entreprises ont opposé une clause compromissoire à l'exercice d'un recours collectif. Nous dresserons enfin la liste des avantages qu'offre le « Online Dispute Resolution » quant aux recours collectifs et expliciterons notre position quant aux points d'interférence possibles entre clauses compromissoires et recours collectifs.

L'approche américaine

Les entreprises américaines, on le devine sans peine, sont unanimement désireuses d'éviter toute « Class Action ». L'histoire judiciaire des cinquante dernières années montre bien que les dommages attribués aux ayants droit par suite de ces recours collectifs sont énormes. Cela peut constituer un fardeau très lourd pour certaines entreprises, paralyser leurs activités courantes, étouffer tout espoir de refinancement pour elles, ou même les faire totalement disparaître. L'arbitrage leur plairait bien peut-être, mais il n'offre pas la possibilité aux consommateurs n'ayant que de petites réclamations de faire valoir leurs droits. Aux États-Unis, il est permis d'exclure la possibilité d'un recours collectif dans un contrat de consommation, la seule restriction à cette précaution étant de montrer que le consommateur conserve un droit de recours pour de petites réclamations et ce, à un coût qui ne constitue pas un obstacle infranchissable pour lui¹⁷⁰. La jurisprudence américaine conclut que lorsqu'une clause compromissoire est silencieuse eu égard aux recours collectifs, c'est à l'arbitre de décider si un tel recours est possible ou non¹⁷¹ :

The question here – whether the contracts forbid class arbitration – does not fall into this narrow exception. It concerns neither the validity of the arbitration clause nor its applicability to the underlying dispute between the parties. Unlike *First Options*, the question is not whether the parties wanted a judge or an arbitrator to decide whether they agreed to arbitrate a matter. 514 U.S., at 942 – 945. Rather the relevant question here is *what kind of arbitration proceeding the parties agreed to*. [...] It concerns contract interpretation and arbitration procedures. Arbitrators are well situated to answer that question.

Cette décision illustre le fait qu'un recours collectif à l'intérieur d'un processus d'arbitrage n'est pas exclu en droit américain et qu'il revient à l'arbitre de trancher la question en cas de silence ou d'ambiguïté de la clause compromissoire. Toutefois cette interprétation n'est pas partagée par tous les professionnels du milieu. En effet, le

¹⁷⁰ Steven C. Bennett, *supra* note 94, aux pp. 163-164. D'après *Powertel v. Bexley*, 743 So 2d 570 (Fla. App. 1999), une clause compromissoire ne peut empêcher l'exercice d'un recours collectif par un consommateur

¹⁷¹ *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 569 S. E. 2d 349 (2003) [*Bazzle*]; *Johnson v West Suburban Bank*, 225 F.3d 366 (3rd Cir., 8-29-2000), *Gateway*, *supra* note 33.

professeur Jeffrey W. Sarles¹⁷², dans un texte dont le titre est sans équivoque (*Keep Class Actions Out of Arbitration*) exprime l'avis suivant :

Moreover, the removal of protection against class wide arbitrations will tend to make businesses wary about entering into arbitration agreements at all, especially with consumers. A backslide away from arbitration and a renewed turn toward traditional litigation of consumer dispute will prove costly both to businesses and consumers. [...] What is needed is a recognition by the courts that arbitration is different from litigation and should remain so.

Ce texte a été rédigé avant la décision *Bazzle*¹⁷³, laquelle permettait à l'arbitre de trancher cette question. Selon nous, l'interprétation de la Cour suprême des États-Unis dans *Bazzle*¹⁷⁴ est respectueuse de l'autonomie des clauses compromissoires. De plus, nous ne croyons pas que la possibilité d'exercer un recours collectif devant un arbitre entrave l'essor de l'arbitrage. Au contraire, l'inclusion du recours collectif en matière d'arbitrage montre le caractère autonome de ce processus et la possibilité de régler toutes les questions soulevées entre les parties dans leurs différends.

Aux États-Unis, le débat porte surtout sur le caractère obligatoire du *Federal Arbitration Act* (*F.A.A.*) eu égard aux diverses lois des États. Certains sont d'avis que le *F.A.A.* empêche toute inclusion d'un recours collectif à l'intérieur de l'arbitrage car cela aurait pour effet, selon eux, de récuser le droit à l'arbitrage. D'autres sont d'avis que le *F.A.A.* empêche uniquement l'exclusion totale de l'arbitrage, mais que l'autorisation d'exercer un recours collectif est une question procédurale qui peut être réglementée par les États.

L'affaire *Rogers* (Ontario)

Au Canada, une décision similaire à *Bazzle*¹⁷⁵ a été rendue par la Cour supérieure de l'Ontario le 22 février 2002. Toutefois, dans cette affaire¹⁷⁶, la clause compromissoire

¹⁷² Jeffrey W. Sarles, "Keep Class Actions Out of arbitration", (16 septembre 1999) Mondaq Business Briefing – Mayer, Brown & Platt.

¹⁷³ *Bazzle*, supra note 171.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Kanitz v. Rogers Cable Inc.*, 58 O.R. (3d) 299, [2002] O.J. No. 665.

excluait la possibilité du recours collectif. La clause compromissoire obligatoire avait été ajoutée à une convention d'accès à Internet haute-vitesse à la suite d'une modification transmise aux abonnés sur Internet, le tout conformément à la procédure établie dans les conventions du géant des communications Rogers. Voici les termes de cette clause :

Arbitration. Any claim, dispute or controversy (whether in contract or tort, pursuant to statute or regulation, or otherwise, and whether pre-existing, present or future) arising out of or relating to: (a) this Agreement; (b) Rogers@Home; (c) oral or written statements, advertisements or promotions relating to this Agreement or to Rogers@Home or (d) the relationships which result from this Agreement (**including relationships with third parties who are not signatories to this Agreement**) (collectively the "Claim"), will be referred to and determined by arbitration (to the exclusion of the courts). **You agree to waive any right you may have to commence or participate in any class action against us related to any Claim and, where applicable, you also agree to opt out of any class proceedings against us.**

If you have a Claim you should give written notice to arbitrate to us at the address specified in Section 6. If we have a claim we will give you notice to arbitrate at your address. Arbitration of Claims will be conducted in such forum and pursuant to such rules as you and we agree upon, and failing agreement will be conducted **by one arbitrator pursuant to the laws and rules** relating by commercial arbitration **in the province in which you reside** that are in effect on the date of the notice to arbitrate.

Bien que la Cour concède que la modification à la convention aurait pu être mieux et plus publicisée, elle estime qu'il y a eu un préavis suffisant. Les abonnés du service Internet Haute-Vitesse qui ont continué à se prévaloir du service après avoir reçu l'avis de modification avaient par le fait même accepté la clause d'arbitrage (à l'exemple de la décision *Gateway*¹⁷⁷). Le requérant déposa une demande de recours collectif alléguant rupture des obligations contractuelles du défendeur puisque le service haute-vitesse ne fonctionnait pas adéquatement: « *The defendant's service was not continually available or was intermittently available or was unduly slow throughout the period to which the claim applies but the defendant continued to collect payment of the fees for the service in full without deduction.* » Rogers opposa à cette réclamation la clause d'arbitrage. La Cour formule les trois questions suivantes :

¹⁷⁷ Gateway, supra note 33.

1. Y a-t-il une clause compromissoire qui lie les parties? (La Cour conclut que oui.)
2. S'il y a une clause compromissoire, est-elle valide? (La Cour répond oui.)
3. Si la clause est valide, est-elle tout de même applicable malgré l'impossibilité d'entreprendre un recours collectif? (Oui, la clause est applicable.)

La Cour acquiesce à la demande de Rogers et rejette la demande de recours collectif. L'honorable juge J. Nordheimer décide de la façon suivante (résumé de la décision) :

This case did not fall within any of the exceptions to the mandatory stay set out in s. 7(2) of the *Arbitration Act*, 1991. The arbitration agreement was not unconscionable. While there was an inequality of bargaining power between the parties, the evidence did not support a finding that the defendant used its greater bargaining power to prey upon or take advantage of the plaintiffs. The mere act of inserting an arbitration provision into a consumer contract does not lead to a finding of unconscionability. An arbitration clause is not the same as an exemption clause. The latter serves to remove one contracting party's liability to the other, whereas the former simply requires that the parties seek their relief in a different forum. The contractual arrangements in this case were not improvident. There was no evidence to support the plaintiffs' contention that the arbitration clause amounted effectively to a waiver of any remedy by the subscribers because no subscriber would pursue arbitration on an individual basis for the amounts involved in this case. The prohibition against class actions was not, by itself, sufficient to constitute the entire arbitration clause as unconscionable on the basis that it had the effect of defeating the public policy inherent in the *Class Proceedings Act*, 1992

Il est intéressant de noter que le requérant avait suggéré une « *class-wide arbitration* », mais que le défendeur a rejeté cette proposition. La Cour soulève toutefois la possibilité pour les plaignants de joindre leur recours devant l'arbitre grâce à la procédure de consolidation prévue à l'article 20 du *Arbitration Act*, 1991.

Nous croyons que le juge a rejeté trop rapidement l'argument du requérant à l'égard des frais. Ce dernier estime que la valeur du litige pour chaque abonné est d'environ 240 \$ et que par conséquent, les frais que chacun d'eux devrait déboursier pour entamer et poursuivre l'arbitrage rendent dérisoire le recours à celui-ci. S'il est vrai que les plaignants pouvaient demander la consolidation de leurs recours, nous croyons que

l'arbitre qui aurait à trancher un tel litige devrait analyser la question des frais introductifs beaucoup plus en profondeur que ne l'a fait le juge dans l'affaire *Rogers*. En effet, la consolidation n'est pas un remède aussi efficace que le « class-wide arbitration » quant aux frais prohibitifs. La Cour prend la position que voici:

The difficulty which I have with the plaintiffs' position on this issue is that there is a complete absence of any evidence to support the contention that no customer would arbitrate such claims because of the costs involved. There is no evidence that any customer has tried to arbitrate a claim and been put off from doing so because of the expenses. There is also no evidence as to what the expenses would be for such an arbitration.

Et plus loin, elle ajoute :

Therefore, if a customer has a meritorious claim for a refund or rebate because of the defendant's failure to provide the contracted service, the customer is entitled, subject to the discretion of the arbitrator, to have any costs he or she incurs in the arbitration included in the award. [...]

First, if a few customers, say the five named representative plaintiffs here, were to seek to have their claims arbitrated and were unsuccessful; presumably all of the other customers, in the face of such results, would choose not to pursue their claims. In such a scenario, only the representative plaintiffs would wind up being subject to an adverse award of costs just as would be the case in the class action. On the other hand, if their claims were successful, presumably the defendant would then propose some overall resolution rather than face the time and expense of a stream of such arbitrations. If not, then the remaining customers would still be able to arbitrate their claims and recover their costs through the arbitration process.

Eu égard au texte de la modification de la clause et aux circonstances de sa communication aux abonnés, nous croyons que la Cour a eu raison de rejeter l'éventualité d'un recours collectif qui aurait été entrepris devant les tribunaux judiciaires. Selon nous, c'était bien à l'arbitre de trancher le différend et d'admettre la procédure de consolidation, le *class-wide arbitration*, ou tout simplement de maintenir le processus « one on one ». Nous croyons toutefois, contrairement à ce qu'a estimé la Cour supérieure, qu'il existe une réelle barrière à la réclamation de petits montants par le consommateur, surtout si aucune des procédures alternatives n'est admise par l'arbitre.

Expliquons maintenant pourquoi nous avons affirmé que dans *Rogers*, la Cour a eu raison de rejeter l'éventualité d'un recours collectif qui aurait été entrepris devant les tribunaux judiciaires. En premier lieu, c'est que puisque les frais qu'exigent les diverses maisons d'arbitrage sont connus du public et que les honoraires des arbitres sont facilement prévisibles, le défaut des requérants de produire une preuve exhaustive à l'égard des frais n'était pas de nature à empêcher un arbitre de statuer sur ce motif. Quant à l'argument voulant que les consommateurs allaient tous s'empresse de déposer auprès de l'arbitre une demande similaire à celle qui aurait mené à une sentence arbitrale favorable à un premier requérant, il ne tient pas compte du fait que l'arbitrage est un processus confidentiel. À moins que l'arbitre n'ordonne une publication de la sentence, le consommateur moyen ne saura vraisemblablement rien, et ne tentera donc pas de récupérer lui aussi les sommes qui lui seraient dues. Quand la multiplication des recours et les risques d'arriver à des décisions contradictoires sont réellement à craindre, les arbitres devraient penser à une « *class-wide arbitration* » dans les cas appropriés, ou à la consolidation des recours (si le nombre de requérants est plus restreint).

Finalement, d'un point de vue éthique, le recours collectif implique que tous les ayants droits seront uniformément compensés et il contraint les entreprises à réparer intégralement leurs torts. Autrement, c'est-à-dire si ces dernières sont convaincues de leur impunité, plusieurs d'entre elles n'hésiteront pas à s'en tenir à la théorie de la gestion des risques¹⁷⁸ pour décider des pratiques commerciales qu'elles adopteront.

La décision *Kanitz v. Rogers Cable Inc.* n'a pas fait l'objet d'un appel, mais le législateur ontarien a semblé vouloir réagir en partie à ce jugement quand il a déposé le projet de loi 180, sanctionné et entré en vigueur le 13 décembre 2002, soit moins d'un an après la décision. Si l'article 7 de cette loi (que nous avons reproduit *in extenso* au Chapitre 1 du présent texte, au tout début du développement intitulé (« Les autres provinces canadiennes : la protection des consommateurs ») avait été en vigueur au moment où la

¹⁷⁸ « Any conscious action (or decision not to act) intended to reduce the frequency or severity of liability losses. » Cette définition est tirée du texte de TRIESCHMANN, James, *Property Risk Management, Commercial Property Insurance and Risk Management*, 4th ed., 1994, 363 p., American Institute for CPCU, Malvern, U.S.A., c.1, p. 25.

Cour a tranché l'affaire *Rogers*, les requérants auraient pu valablement invoquer que « The subject-matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under Ontario law » en vertu de l'article 7(2) de la *Loi sur l'arbitrage*, 1991. Nous croyons que cette solution – exclure l'arbitrage – est très interventionniste en ce qu'elle enlève aux consommateurs un moyen de règlement qui présente de grands avantages pour eux : nous croyons préférable qu'un arbitre tranche ce genre de questions.

L'affaire DELL (Québec)

Le Québec n'est pas en reste : le 8 mai 2003, un consommateur appuyé par l'Union des consommateurs a entrepris un recours collectif contre la DELL Computer Corporation ¹⁷⁹. Les avocats de DELL ont plaidé la clause compromissoire inscrite dans toutes les conventions de vente de la Corporation. Cette clause se trouve dans le site Web de l'entreprise. En voici les termes :

(...) par conséquent, toute réclamation ou tout différend à l'égard de DELL (de nature contractuelle, délictuelle ou autre, déjà existant, actuel ou futur, y compris les réclamations prévues par la loi ou la common law ainsi que les réclamations en responsabilité civile délictuelle ou en equity) ayant trait à la présente garantie limitée, à son interprétation, à sa violation, à son expiration ou à sa validité, au lien découlant de la présente garantie limitée (y compris, dans la mesure permise par la loi applicable, les liens établis avec des tiers), à la publicité de DELL ou à un achat connexe seront tranchés exclusivement et définitivement au moyen d'un arbitrage exécutoire administré par le National Arbitration Forum (NAF) conformément à son code de procédure alors en vigueur (que l'on peut consulter à l'adresse www.arb-forum.com ou dont on peut obtenir un exemplaire en téléphonant au 1 800 474-2371). L'arbitrage se limitera aux différends entre vous et DELL. La décision du ou des arbitres sera définitive et liera chacune des parties. De plus, elle peut être homologuée par un tribunal compétent. On peut obtenir des renseignements et déposer des réclamations auprès du NAF au P.O. Box 50191, Minneapolis, MN 55405.

La Cour supérieure délibère en ce moment (depuis le 17 septembre 2003) quant à la demande de transfert du dossier en arbitrage et quant à la requête en autorisation d'exercer un recours collectif.

¹⁷⁹ *Union des consommateurs et al. c. DELL Computer Corporation*, (10 août 2003) Montréal 500-06-000199-030, (C.S.).

La clause DELL diffère à quelques égards de la clause *Rogers*. Tout d'abord, la clause *Rogers* était claire : le domicile du consommateur allait déterminer le droit applicable et le lieu où l'arbitrage aurait lieu. La clarté de cette clause était toute à l'avantage de *Rogers* et son application ne posait pas de problème : à preuve, la Cour supérieure a rapidement reconnu sa validité. La clause DELL, elle, soumet les parties à un code de procédure avec lequel les consommateurs québécois ne sont pas familiers, et même s'il se trouve que ce code exige aussi que le lieu de l'arbitrage dépende du seul domicile du consommateur¹⁸⁰, les règles procédurales demeurent le Code de procédure du NAF qui renvoient constamment aux lois des États-Unis et aux droits qui y sont reconnus aux citoyens de ce pays.

Quant au recours collectif, sans l'interdire, la clause DELL prévoit que l'arbitrage se limitera aux différends « entre DELL et vous ». On peut facilement y voir une volonté d'exclure la consolidation ainsi que le *class-wide arbitration*. De plus, la règle 19 du code de procédure civile du NAF prévoit que :

A. Any individual or entity may, only with the consent of all other Parties, join any dispute, controversy, Claim or Response in an arbitration by filing a Claim document stating the grounds, accompanied by the fee as provided in the Fee Schedule. An Arbitrator has no authority to issue an Order or Award binding any individual not a named Party or entity not a named Party, unless that individual or entity agrees.

Pour les motifs dont nous avons fait état précédemment, nous sommes d'avis que la règle 19 du Code de procédure civile du NAF n'est pas adéquate et ne protège pas suffisamment les consommateurs ayant de petites réclamations. Quant au jugement de la Cour supérieure dans l'affaire DELL et en gardant à l'esprit que le tribunal n'avait pas le pouvoir de réécrire la convention, nous voyons difficilement comment on pourrait s'en inspirer en droit de la consommation au regard des dispositions de la L.p.c. L'application de ces dernières n'était pas vraiment à mettre en doute, le contrat ayant été conclu sur

¹⁸⁰Rule 32 A. An In-person Participatory Hearing shall be held where the Arbitration Agreement designates or where the Parties agree or, in the absence of an agreement and for all Consumer cases, at a reasonably convenient location within the United States federal judicial district or other national judicial district where

Internet et le bien livré directement au domicile du consommateur. Nous verrons un peu plus loin la décision de la Cour supérieure.¹⁸¹

Online Dispute Resolution (ODR) et recours collectif, en conjonction.

Lorsqu'un tribunal accueille un recours collectif, le travail des requérants commence. Ils doivent mettre la procédure de réclamation en branle. C'est à ce moment que l'apport des organismes de résolution des conflits en ligne peut s'avérer fort utile. Quelqu'un doit analyser chacune des demandes d'indemnisation et vérifier l'admissibilité de chaque requérant. Dans certaines causes, les éventuels ayants droit sont regroupés selon le type de préjudice subi ou selon la période visée. Le premier organisme à avoir offert un service de gestion des réclamations collectives en ligne est le e-JAMS. À partir du fait que le plus souvent les requérants en matière de recours collectif ne demeurent pas tous au même lieu « juridictionnel », et que la distribution des dédommagements peut ensuite constituer un réel casse-tête, voici ce que cet organisme a proposé¹⁸² :

The technology can manage thousands if not tens of thousands of individual cases, and a team of expert neutrals and evaluators can consider the merits of each case and render a decision. The online dispute resolution platform can facilitate the dissemination of the information to all of the class participants, enable them to submit relevant documentation, and allow them to engage in question and answer with the evaluator considering their case.

Les dépenses qu'occasionne une telle pratique sont parfaitement justifiées : l'information ainsi mise à la disposition des personnes concernées, de façon rapide et vraisemblablement très efficace – grâce au traitement informatisé des données pertinentes – permet sûrement d'économiser des sommes importantes par rapport au recours à d'autres moyens de communication plus traditionnels. À titre d'illustration : l'on vient

the Respondent to the Initial Claim resides or does business. A Respondent entity does business where it has minimum contacts with a Consumer.

¹⁸¹ La Cour supérieure a rendu jugement le 16 janvier 2004 soit après le dépôt initial de ce mémoire. La Cour, sous la plume du juge Hélène Langlois, a accueilli la requête en autorisation d'exercer un recours collectif pour les mêmes motifs invoqués dans ce mémoire, soit l'assujettissement à des règles et un organisme étranger (NAF).

¹⁸² Colin, Rule, "Online Dispute Resolution for Business", (2002) San Francisco, Jossey-Bass aux pp. 214 à 217.

tout juste ces jours-ci d'accorder une indemnité à chacun des demandeurs du recours collectif contre l'agence Western Union en raison des frais trop élevés qu'elle exigerait de ses clients lors de transferts d'argent entre les différents États américains comme entre les États-Unis, le Canada et le Mexique. Les documents qui ont été transmis aux membres du groupe des requérants comportaient cinq pages (la police des caractères y était inférieure à 11 points) et l'indemnisation réclamée pour chacun des transferts effectués électroniquement n'était que de quatre dollars environ. La dissémination de l'information constitue une étape importante en vue de la réussite d'un recours collectif; la distribution des documents ne doit pas être négligée. L'apport de l'organisme ODR qui a su tirer parti des ressources du réseau Internet rend le recours collectif encore plus redoutable pour les fautifs.

Les dommages exemplaires

La question des dommages exemplaires est régulièrement soulevée lors d'un arbitrage en droit de la consommation. La problématique peut se ramener à une interrogation : peut-on exclure l'octroi de dommages exemplaires dans une clause compromissoire? La réponse est « non » en droit québécois interne si notre interprétation de la L.p.c. et des autres lois québécoises est juste. Pour leur part, les tribunaux ontariens ont adopté une autre voie. Dans l'affaire *Rogers*, la Cour a dû se prononcer relativement à la contestation des requérants quant à la clause compromissoire au motif que celle-ci leur interdisait de réclamer des dommages-intérêts. La Cour statua ainsi :

I do not accept that a party can avoid the consequences of an arbitration agreement by simply tacking onto their basic complaint a claim for punitive damages. To hold otherwise would effectively make optional every arbitration agreement, since all a party would have to do to avoid arbitration is advance a punitive damages claim. Given the frequency with which such claims are seen in statements of claim in this court, there would be little left to which the arbitration process could apply. As Mr. Justice Blair said, albeit in a different context, in *Deluce Holdings Inc. v. Air Canada (1992)*, 12 O.R. (3d) 131, 98 D.L.R. (4th) 509 (Gen. Div.) at pp. 151-52 O.R.:

It is important to guard against the resort to such a position simply as a tactic to avoid the agreed upon arbitration procedure, thereby eroding

the clear policy of the legislature that the parties are to arbitrate what they have agreed to arbitrate.

La loi ontarienne sur la protection du consommateur exclut maintenant l'arbitrage obligatoire en droit de la consommation. Il est probable que la solution retenue dans l'affaire *Rogers* ne serait plus applicable aujourd'hui. Cette nouvelle loi prévoit également l'octroi de dommages exemplaires. Cela confirme que peu importe l'angle sous lequel l'affaire *Rogers* est examinée, on conclut à l'impossibilité d'exclure ces dommages.

Le Code Civil du Québec, la L.p.c. et la Charte québécoise

Les propos du juge Nordheimer ne peuvent être retenus en droit québécois. Dans certaines situations, ce droit maintient le droit aux dommages punitifs. En premier lieu, l'article 1621 C.c.Q. dit que :

Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.

Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers

En vertu du C.c.Q., l'octroi de dommages punitifs est donc plus un privilège qu'un droit. S'il s'agissait de la seule disposition traitant de ces dommages, nous devrions peut-être renoncer à ce droit quant auquel les tribunaux québécois font preuve de retenue sinon de parcimonie. La *Charte des droits et libertés de la personne* prévoit aussi l'octroi de dommages-intérêts exemplaires, à son article 49 :

Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.

Finalement, l'article 272 L.p.c. *in fine* mentionne que le commerçant ou le fabricant qui manque à une obligation que lui impose la L.p.c. peut se voir contraint à verser des dommages-intérêts punitifs et ce, en sus des autres recours que le consommateur possède. C'est principalement en raison de cette disposition que le commerçant ne peut interdire dans la convention d'arbitrage la réclamation de dommages exemplaires. Nous avons précisé déjà, au premier chapitre du présent texte, que dans la mesure où l'arbitre peut octroyer les mêmes sanctions que le tribunal, les articles 261 et 262 C.p.c. sont respectés. Il faut, selon nous, laisser la possibilité aux consommateurs de réclamer des dommages punitifs. Si la convention ne prévoit rien à cet égard, l'arbitre pourra quand même les octroyer. Toutefois, si une clause les prohibe, selon le principe de non-réécriture, cette interdiction pourrait avoir comme conséquence l'annulation de la dite clause d'arbitrage.

L'approche américaine

L'octroi de dommages punitifs fait partie intégrante de la culture américaine. Les entreprises, pour éviter d'avoir à les verser, essaient d'exclure expressément ce type de redressement dans leurs clauses compromissoires. Les tribunaux, bien que très ouverts à l'autonomie des clauses compromissoires, ont statué que cette dernière mesure est illégale. Le recours contre AT&T¹⁸³ est un exemple concluant :

On Jan. 15, 2002, the district court issued an opinion that AT&T used its mandatory arbitration clause to limit its customers' ability to vindicate their rights and that the company attempted to shield itself from liability by preventing them from participating in a class action and limited recovery of damages.

The court ruled that the clause violated California's *Consumer Legal Remedies Act* and *Unfair Competition Law* and was therefore unenforceable. AT&T then appealed to the Ninth Circuit.

¹⁸³ *Darcy TING v. AT&T*, 319 F.3d 1126; 2003 U.S. App. LEXIS 2395, Ninth circuit, United States Court of Appeals

Le *Consumer Due Process Protocol* conclut également à l'impossibilité d'empêcher l'octroi de dommages punitifs dans sa règle 14 :

Principle 14. Arbitral Remedies

The arbitrator should be empowered to grant whatever relief would be available in court under law or in equity

Rappelons qu'en droit de la consommation la AAA se réserve le droit de refuser d'entendre des différends dont les clauses compromissoires ne respectent pas ces principes. Par ailleurs, les dommages punitifs réclamés par un consommateur ne font pas partie de la somme recherchée quant aux fins de fixer les frais administratifs de la AAA et du NAF.

Finalement, dans un article paru sur le site www.hklaw.com¹⁸⁴ et intitulé « Punitive Damages and Summary Disposition », les auteurs Barfield et Korcin traduisent très bien l'esprit qui anime l'autorisation des dommages punitifs dans les clauses d'arbitrage :

The ability of arbitrators to award punitive damages and summarily dispose of issues is necessary for the continued effectiveness of arbitration. For arbitration to remain a valuable alternative method of dispute resolution, arbitrators should have all available remedies at their disposal. [...] By expressly allowing punitive damages and summary disposition in arbitration, the drafters of the RUA codified a general trend in arbitration law. Most courts have already recognized that without that authority, arbitration would lack practical usefulness and the policy favoring arbitration would be undermined.

La confidentialité du processus

Un des problèmes dénoncés relativement à l'arbitrage en droit de la consommation, c'est la disparition du caractère public des décisions. Comment les consommateurs seront-ils mis au courant de l'interprétation qu'ils doivent faire de leur contrat? Est-ce une façon de supprimer toute forme de prévisibilité du droit? Est-ce un subterfuge des multinationales

¹⁸⁴ <http://www.hklaw.com/publications/otherpublication.asp?ArticleID=1306>

désireuses d'éviter les recours collectifs ou une série de réclamations faites par suite de la divulgation d'un jugement par les médias?

Le caractère confidentiel de l'arbitrage est un avantage précieux pour les entreprises qui veulent protéger leurs secrets commerciaux (une recette, les coûts de production, les prix offerts à leurs clients) ou tout simplement éviter que le milieu des affaires ne soit au courant des litiges qui sont en cours d'instance contre elles¹⁸⁵. Toutefois, cet avantage ne doit pas être au cœur des motivations de l'entreprise en droit de la consommation. C'est ainsi que la Californie a déjà opté pour la création, à l'intention des consommateurs, d'un mécanisme de consultation des décisions arbitrales rendues. Et encore, le « *class-wide arbitration* » vient mettre un bémol à la confidentialité de l'arbitrage : comme plusieurs personnes participent au recours, sa confidentialité devient quelque peu illusoire.

D'ailleurs, il est probable que le législateur québécois interviendra un jour relativement à l'insertion abusive d'une exigence de confidentialité dans les clauses d'arbitrage en droit de la consommation. En effet, ce sont les appréhensions des autorités québécoises relativement à la confidentialité qui ont retardé l'adhésion du Québec au système d'arbitrage des véhicules au Canada (PAVAC). À titre d'information, la clause de DELL portant sur l'application du Code de procédure du NAF prévoyait la confidentialité du processus. Voilà bien, selon nous, une preuve de plus qu'il faut veiller au grain.

L'approche californienne

La Californie n'est pas en faveur du secret des décisions arbitrales. Les tribunaux californiens ont déclaré « unconscionable » une clause d'arbitrage obligatoire pour les usagers d'un service d'interurbains pour plusieurs motifs, dont la confidentialité qu'on avait exigée relativement à cette affaire. La Cour s'exprime ainsi :

¹⁸⁵ Sur la nécessité de la confidentialité en droit international commercial, consulter Leon E. Trakman, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, <http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/>.

We conclude however that if the company succeeds in imposing a gag order, plaintiffs are unable to mitigate the advantages inherent in being a repeat player. This is particularly harmful here, because the contract issue affects millions of Californians. Thus, AT&T has placed itself in a far superior legal posture by ensuring that none of its potential opponents have access to precedent while, at the same time, AT&T accumulates a wealth of knowledge on how to negotiate the terms of its own unilaterally crafted contract. Further, the unavailability of arbitral decisions may prevent potential plaintiffs from obtaining the information needed to build a case of intentional misconduct or unlawful discrimination against AT&T. For these reasons, we hold that the district court did not err in finding the secrecy provision unconscionable.

La Californie permet maintenant aux consommateurs de consulter une banque de données en arbitrage de la consommation. Ce processus de consultation a été mis sur pied à la suite d'une décision de la Cour suprême des États-Unis qui annulait les clauses d'arbitrage obligatoire intervenues entre AT&T et ses utilisateurs à cause, en partie, de la confidentialité du processus d'arbitrage prévue à la clause compromissoire.

Le recours en injonction

Le C.p.c. réserve à la Cour supérieure le pouvoir de rendre des injonctions :

751. L'injonction est une ordonnance de la Cour supérieure ou de l'un de ses juges, enjoignant à une personne, à ses dirigeants, représentants ou employés, de ne pas faire ou de cesser de faire, ou, dans les cas qui le permettent, d'accomplir un acte ou une opération déterminés, sous les peines que de droit.

La loi n'accorde pas cette compétence aux arbitres, et la jurisprudence à ce sujet est sans équivoque. Or il se trouve que lors d'une requête en injonction, un intimé a plaidé l'absence de compétence des tribunaux en raison d'une clause d'arbitrage liant les parties. La Cour supérieure¹⁸⁶ tranche ce débat ainsi :

La Cour doit rappeler, comme le faisait Madame le juge Mailhot dans *136945 Canada inc. c. Aliments Vogel Ltée*, J.E. 87-209, que l'existence d'une clause d'arbitrage ne prive pas une des parties à un contrat du droit de recourir à l'injonction interlocutoire durant la période où les parties auront recours à l'arbitrage, car un tel tribunal « *n'a jamais le pouvoir de faire des ordonnances du*

¹⁸⁶ *Gaudreault c. Verreault*, (17 septembre 1996), Québec 200-05-005323-964, (C.S.)

type injonctionnel durant l'instance ». Elle y cite un jugement de même nature, non rapporté, rendu dans *Pan-Art Ltée c. Galerie d'Art, C.S.M. 500-05-002187-803*.

C'est d'abord en raison des conséquences qu'entraîne le refus de respecter une injonction (outrage au tribunal, emprisonnement) que ce recours est réservé à la Cour supérieure, ainsi qu'en raison de la procédure qui entoure la demande d'injonction. Il n'est pas rare que la Cour ait à se prononcer sur une demande d'injonction interlocutoire sans avoir eu l'occasion d'entendre les deux parties.

Cette absence de compétence de l'arbitre quant à l'injonction n'est pas fatale à l'application de la clause d'arbitrage aux consommateurs puisque ces derniers conservent tous leurs recours; ils doivent seulement les exercer devant un forum différent. En effet, en ce qui concerne l'injonction, le tribunal de droit commun conserve sa compétence et ce, même en présence d'une clause compromissoire.

À ce sujet, la doctrine américaine a mis au point la notion de « Summary Disposition » qu'un article des auteurs Barfield et Korcin expose en détail. Ces derniers mentionnent que l'on devrait accorder aux arbitres la possibilité de régler certaines demandes dites interlocutoires. Le motif derrière ce raisonnement, c'est que puisque les parties ont choisi l'arbitrage pour sa rapidité et son efficacité, on devrait habiliter les arbitres à se prononcer sur les demandes interlocutoires :

Federal courts interpreting the FAA have also held that summary disposition is not inappropriate where the parties are given a fundamentally fair hearing. Section 15 of the RUAA expressly provides for summary disposition of a claim or a particular issue. Summary disposition is available if: (1) all interested parties agree; or (2) upon request of one party, if the other parties are given notice and a reasonable opportunity to respond. This provision is in line with one of the general principles of the Act, which is that parties choose arbitration for the "relative speed, lower cost, and greater efficiency of the process". The comment to the provision suggests proceedings under section 15 should only be conducted when they provide "for a fair and expeditious disposition" of the [arbitration] proceeding.

Cette disposition du R.U.A.A. a été invoquée à l'appui de demandes relatives à la conservation de biens et à une garde provisoire.

CONCLUSION

Pour être susceptible d'homologation, la sentence arbitrale en droit de la consommation doit respecter la L.p.c. et toute autre loi d'ordre public. De plus, le consommateur devrait garder la possibilité d'exercer un *class-wide arbitration* ou de consolider des recours bien que, peu importe la procédure utilisée, il appartienne à l'arbitre, croyons-nous, de trancher cette question d'ordre procédural. Quant à la détermination des dommages punitifs, il s'agit également d'un pouvoir qui doit être laissé à la discrétion de l'arbitre.

Il est évidemment dans l'intérêt de la justice que, dans certains cas, le commerçant soit tenu d'avancer les frais d'arbitrage.

Dans certaines juridictions américaines, une base de données accessible aux consommateurs a été créée : ces derniers peuvent y consulter les décisions arbitrales en matière de consommation. Dans ce contexte, on peut se demander quels sont les avantages du recours à l'arbitrage en droit de la consommation pour les grandes entreprises et pour les multinationales? La confidentialité du processus à laquelle elles tenaient énormément ayant disparu, pourquoi continuent-elles d'inclure des clauses d'arbitrage dans leur contrat?

Nous estimons que du point de vue des entreprises et des multinationales, plusieurs raisons peuvent militer en faveur de l'inclusion de clauses compromissoires dans les contrats de consommation. D'abord, l'expertise des arbitres, qui permet d'éviter que les jugements soient rendus sur la base de « l'équité », mais demeure respectueuse de la volonté du législateur de protéger le consommateur. Ensuite, le fait que l'arbitrage mène plus rapidement à un règlement que ne le ferait un tribunal judiciaire permet aux éventuels bailleurs de fonds d'être au courant de la valeur des réclamations qui pèsent contre l'entreprise, sans délais indus. L'arbitrage évite aussi à l'entreprise le risque – qui peut s'étirer sur une très longue période – de devoir mettre en danger la poursuite de ses activités à cause d'une réclamation particulièrement élevée pouvant entraîner des frais juridiques considérables.

Solution proposée

Nous croyons que la clause d'arbitrage prévue au contrat de *Rogers* constitue une excellente clause passe-partout en droit de la consommation.

Arbitration. Any claim, dispute or controversy (whether in contract or tort, pursuant to statute or regulation, or otherwise, and whether pre-existing, present or future) arising out of or relating to: (a) this Agreement; (b) Rogers@Home; (c) oral or written statements, advertisements or promotions relating to this Agreement or to Rogers@Home or (d) the relationships which result from this Agreement (**including relationships with third parties who are not signatories to this Agreement**) (collectively the "Claim"), will be referred to and determined by arbitration (to the exclusion of the courts). **You agree to waive any right you may have to commence or participate in any class action against us related to any Claim and, where applicable, you also agree to opt out of any class proceedings against us.**

If you have a Claim you should give written notice to arbitrate to us at the address specified in Section 6. If we have a claim we will give you notice to arbitrate at your address. Arbitration of Claims will be conducted in such forum and pursuant to such rules as you and we agree upon, and failing agreement will be conducted **by one arbitrator pursuant to the laws and rules relating to commercial arbitration in the province in which you reside** that are in effect on the date of the notice to arbitrate.

Cette clause prévoit le droit procédural applicable, la nomination d'un seul juge et l'application de ladite clause aux intervenants qui n'auraient pas adhéré à la clause compromissoire. Quant au recours collectif, l'arbitre ne devrait pas y voir un empêchement à consentir à une *class-wide action* ou à une consolidation de plusieurs réclamations.

L'avantage des clauses compromissoires en droit de la consommation

L'arbitrage permet, grâce aux méthodes mises au point par les associations et organismes qui se spécialisent dans le domaine, et à la législation en vigueur relativement à celui-ci, de réduire considérablement les coûts de la justice. Le consommateur s'assure qu'il ne sera pas entraîné dans une série de procédures dilatoires destinées à le décourager de poursuivre sa demande ou à « l'achever » financièrement. L'impossibilité d'en appeler de la sentence arbitrale est également un avantage. En effet, l'arbitre qui est choisi l'est pour ses compétences et son expertise en la matière. Il n'est donc pas nécessaire de faire

réviser la décision. Toutefois, les parties conservent, en cas d'erreur flagrante et grossière, la possibilité de faire annuler la décision ou d'empêcher son exécution à l'occasion de la procédure d'homologation.

L'arbitrage n'est pas exempt de toute complication : le choix de l'arbitre et la remise en question de son impartialité peuvent prolonger indûment le conflit entre les parties. Quant à l'arbitrabilité du litige, nous croyons que les tribunaux devraient adopter une notion qui s'apparenterait au critère d'« unconscionability » prévu aux États-Unis et adopté par les tribunaux de l'Ontario avant les modifications apportées à la *Consumer Protection Act*.

« L'arbitrage en droit de la consommation n'est pas une matière clairement mise de côté, mais constitue ce qu'on appelle « une matière sensible. »¹⁸⁷

En permettant – à certaines conditions – l'inclusion de clauses compromissaires dans les contrats conclus entre commerçants et consommateurs, le législateur a fait œuvre utile, sans aucun doute; il a disposé de façon à ce qu'aucun arbitrage ne viole l'ordre public, il a réussi à promouvoir l'efficacité que cherche le monde des affaires et il a répondu au désir des justiciables d'obtenir justice sans délai indu¹⁸⁸.

L'arbitrage est un droit fondamental des citoyens et une forme d'expression de leur liberté contractuelle. Il ne devrait pas être considéré comme une atteinte au monopole de la justice étatique. L'arbitrage devrait plutôt être perçu comme un mode alternatif de règlement des litiges qui répond, selon les circonstances, à certains objectifs - rapidité, jugement par des pairs, économie, etc. - recherchés par les parties. »¹⁸⁹

¹⁸⁷ Formulation d'Emmanuel Gaillard, voir note de fin de document 289 de la thèse de doctorat.

¹⁸⁸ Cette affirmation est née au cours d'une discussion avec le professeur Fabien Gélinas.

¹⁸⁹ Nabil Antaki, « L'arbitrage commercial : concepts et définitions », [1987] C.P. du N. 485.

BIBLIOGRAPHIES

Les chiffres font références aux numéros de pages

Législation

Code civil du Bas-Canada

Art. 1926.1 à 1926.6.....	4
Art. 2587.....	42

Code civil du Québec

Art. 1384.....	28
Art. 1401.....	48
Art. 1432.....	56
Art. 1435.....	20 et 51
Art. 1437.....	55
Art. 1442.....	69 et 72
Art. 1525.....	28
Art. 1621.....	108
Art. 1637.....	70
Art. 1638.....	70
Art. 1730.....	69
Art. 2389 à 2628.....	42
Art. 2638 et suivants.....	4, 5, 21 et 23
Art. 2639.....	16, 17, 18, 19, 21, 23
Art. 2640.....	52
Art. 2809 al. 2.....	30
Art. 2863.....	68
Art. 3117.....	26, 30, 56, 57 et 60
Art.3119.....	56
Art. 3121.....	59 et 60
Art. 3149.....	60, 61 et 62
Art. 3155.....	87

Code de procédure civile du Québec

Art. 4j).....25
Art. 71.....73, 74 et 77
Art.216.....74
Art. 477.....95 et 96
Art. 751.....112
Art. 940 et suivants.....4, 25, 26, 74 et 80
Art. 942.....66 et 74
Art. 943.....48, 66 et 67
Art. 944.1.....74
Art. 946.2.....80, 83 et 84
Art. 946.4(4).....80, 83 et 84
Art. 946.5.....17, 18, 19 et 83
Art. 947.....82, 89 et 91
Art. 947.2.....18
Art. 948.....86, 87 et 88
Art. 949.....86
Art. 950.....87

Loi sur la protection du consommateur

Art. 7.....78
Art. 8.....48 et 55
Art. 17.....56
Art. 19.....58 et 59
Art. 23 et suivants.....52
Art. 102.....70
Art. 103.....70 et 78
Art. 206.....51
Art. 215 à 253.....24
Art. 261.....24, 58 et 69
Art. 262.....24, 54, 58 et 109
Art. 272.....53, 54 et 109

Autres lois

Arbitration Act, 1991, L.O. c. 17

Charte des droits et libertés de la personne L.R.Q. c. C-12

Code civil français

Code de procédure civile Californien

Code français de la consommation

Consumer Product Warranty and Liability Act, c. 18.1 R.T.N.O.

Consumer Protection Act, c. 40

Consumer Protection Act, c. C-30.1

Consumer Protection Act, C.C.S.M., c. C200

Consumer Protection Act, R.S.B.C. c. 69

Consumer Protection Act, R.S.N.S. 1989. c. 92

Consumer Protection, R.S.N.W.T. 1988, c. C-17

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958

Déclaration universelle des droits de l'Homme, Rés. AG 217 (III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., supp. n°13, Doc. NU A/810 (1948)

Fair Credit Reporting Act, 15 U.S.C. § 1681 et seq

Federal Arbitration Act, Title 9, US Code

Financial Consumer Act, c. F-13 (Alberta)

Loi brésilienne sur l'arbitrage, 23 septembre 1996

Loi de 2002 sur la protection des consommateurs, L.O. 2002, c. 30

Loi sur les Banques, L.R.C. (1985), c. 46

Loi sur les Lettres de change, S.R., ch. B-5

McCarran-Ferguson Act, 15 U.S.C.

Truth in Lending Act, 15 U.S.C.

Uniform Arbitration Act

Uniform Electronic Transactions Act

ZPO (Code de procédure civile allemand)

Jurisprudence

169914 Canada Inc. c. 2638-9833 Québec inc., J.E. 92-1331 (C.S.)

2865-8169 Québec inc. c. 2757 5331, REJB 1999-14438 (C.S.)

Alamo Title Ins. v. Lisanti, 123 S. Ct. 1288

Allied-Bruce Terminix Company, Inc. v. Dobson, 513 U.S. 265 (1995)

Argos Film c. Ciné 360 Inc., [1987] R.J.Q. 2123 (C.S.)

Automobiles Poirier (1990) inc. c. Gendron Ford inc., [2003] J.Q. n° 1995 (C.S.)

Balance Toledo c. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale, section locale 987, D.T.E. 89T-765 (C.S.)

Banque de Nouvelle-Écosse c. Richard, [1983] C.S. 1197

Banque Nationale du Canada c. Premdev inc., REJB 1997-00436 (C.A.)

Banque Toronto-Dominion c. Kyriakakis, REJB 1998-04787 (C.Q.)

Baron v. Best Buy, 260 F. 3d 625 (11th Cir. 2001)

Belisle National Leasing c. Bertrand, [1991] R.J.Q. 194 (CS)

Bridgepoint International (Canada) Inc. c. Ericsson Canada inc., REJB 2001-25025 (C.S.)

Brower v. Gateway 2000, inc., 676 N.Y.S. 2d 569 (App. Div. 1998)

Bureau c. Beauce, Société mutuelle d'assurances générales, [1996] R.R.A. 241 (C.Q.)

Camirand c. Rossi, REJB 2003-39879 (C.A.)

Careau c. Franchises Concept Canada inc., D.T.E. 97T-661 (TA)

Cathild Inc. c. Rondeau, [1995] R.L. 140 (C.A.)

Cegerco Constructeur inc. c. Produits T.C.S. inc., REJB 2002-31862 (C.S.)

Charest c. Breton, REJB 1999-15916 (C.S.)

Cie Nationale Air France c. M'Baye, ès qualités « Juge », REJB 2000-16684 (C.S.)

Civ, 1^{ère}, 21 mai 1997, *Jaguar*

Club international Vidéo film C.I.V.F. inc. c. 151442 Canada inc., J.E. 98-2086 (C.S.)

Crédit Trans-Canada c. McClemens, J.E. 95-555 (C.Q.)

Dame Lemaître c. Deshayes, JCP 1967 II 15215

Darcy TING v. AT&T, 319 F.3d 1126; 2003 U.S. App. LEXIS 2395, Ninth circuit, United States Court of Appeals

Décarel Inc. c. Concordia Project Management Ltd., J.E. 96-1612 (C.A.)

Deluce Holdings Inc. v. Air Canada (1992), 12 O.R. (3d) 131, 98 D.L.R. (4th) 509 (Gen. Div.)

Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc., [2001] R.J.Q. 945 (C.A.), RCS 31 mars 2003

Doctor's Associates Inc. v. Casarotto, 517 U.S. 681 (1996)

Dominion Bridge Corp. c. Knai, [1997] R.J.Q. 1637 (C.S.), REJB 1997-00709 (C.S.)

Dominion Bridge Corp. c. Knai, REJB 1997-03823 (C.A.)

First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan (94-560), 514 U.S. 938 (1995)

Gariépy c. Simard, [2003] J.Q. n° 5916 (C.Q.)

Gaudreault c. Verreault, (17 septembre 1996), Québec 200-05-005323-964, (C.S.).

GMAC c. Arnold, [1984] R.L. 513 (C.P.)

GMAC c. Beaudry, [1977] C.S. 1017

GMAC c. Breton, [1986] R.J.Q. 781 (C.P.).

GMAC c. Nault, [1987] R.J.Q. 2661 (C.P.)

Green Tree Financial Corp. Ala. v. Randolph (99-1235), 531 U.S. 79 (2000)

Green Tree Financial Corp. v. Bazzle (02-643), 569 S. E. 2d 349 (2003)

Gilde des musiciens du Québec c. Gaudreault, REJB 1998-07878 (C.S.)

Gilde des musiciens du Québec c. Piché, REJB 1999-15209 (C.S.)

Guns N'Roses Missouri Storm Inc. c. Productions Musicales Donald K. Donald Inc., [1994] A.Q. no 411

J.H. Dupuis Ltée c. Résidence Jean de la Lande Inc., J.E. 81-500 (C.S.), Appel rejeté

Jems Investments (Quebec) Inc. c. 9062-4602 Québec inc., REJB 2001-26242 (C.S.)

Johnson v West Suburban Bank, 225 F.3d 366 (3rd Cir., 8-29-2000)

Kanitz v. Rogers Cable Inc., 58 O.R. (3d) 299, [2002] O.J. No. 665

Kingsway Financial Services inc c. 118997 Canada inc., REJB 1998-08360 (C.S.)

Kingsway Financial Services inc c. 118997 Canada inc., REJB 1999-15989 (C.A.)

General Motrs du Canada c. Kravitz, [1979] 1 R.C.S. 790

Lac d'Amiante du Canada inc. c. Lac d'Amiante du Québec ltée, REJB 1999-13747 (C.S.)

Laurentienne-vie, cie d'assurance inc. c. Empire, cie d'assurance-vie, REJB 2000-18713 (C.A.) / [2000] R.J.Q. 1708 (C.A.)

Le Club de Hockey Les Nordiques (1979) Inc. c. Lukac, J.E. 87 - 375 (C.A.)

Learned Enterprises internationales (Canada) inc. c. Lyons, REJB 1999-13883 (C.S.)

Lefebvre c. Habitations d'Angoulême Inc., REJB 2001-23044 (C.A.)

Les Industries Falmecc inc. c. Société de cogénération de Saint-Félicien, [2003] J.Q. n° 4709 (C.S.)

Lincora Metal Inc. c. H. D'Amours et Associés Inc.

Lisanti v. Alamo Title Ins., 2002 NMSC 32

Lloyd v. MBNA Bank, N.A., 2001 WL 194300 (D. DEL. 2001)

Lu-Den Casuals Ltd c. Springdale Canada Inc., [1986] A.Q. n° 623, (C.A.), Montréal n° 500-09-001678-820, 17 avril 1986

Marsh v. First USA Bank, 103 F.Supp. 2d 925 (N.D. Tex. 2000)

Mousseau c. Société de gestion Paquin ltée, [1994] R.J.Q. 2004 (C.S.)

Nettoyeurs Michel Forget Ltée c. Nettoyeur Josée Goupil Inc., (J.E. 90-338) (C.S.)

Ouellette c. Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec (Rexfor), J.E. 97-1658 (C.A.)

Pauzé c. Descôteaux, J.E. 86-1037 (C.A.)

Powertel v. Bexley, 743 So 2d 570 (Fla. App. 1999)

Procon (Great Britain) Ltd. c. Golden Eagle Co., [1976] C.A. 565

Prodevco Immobilière, [1990] R.J.Q. 1417 (C.S.)

Promutuel Dorchester société mutuelle d'assurance générale c. Ferland, [2001] J.Q. n° 3322 (C.S.)

Re/Max Idéal Inc. c. Deschamps, J.E. 89-1550 (C.A.)

Rémillard c. 9085-9638 Québec inc., REJB 2001-29551 (C.Q.)

Restaurants Pacini inc. c. Mets Gour-becc ltée, J.E. 93-1565

Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camions et hommes d'entrepôt et autres ouvriers, local 106, [1982] 2 R.C.S. 888, 899

Setym international inc. c. Belout, J.E. 2001-1828

Shearson/American Express v. McMahon, 482 U.S. 220, 228-9 (1987)
Société Dauphin OTA c. Société Décaux Paris Publicité Aribus, (1982) Rev. Arb. 271
Société de gestion Pamafret Ltée c. Dupont, J.E. 89-758 (C.S.)
Société Radio-Canada c. L'Union des artistes, (15 mai 1978), Montréal 500-09-000009-779, (C.A.).
Sport Maska, [1988] 1 R.C.S. 564
St-Pierre c. Canadian Acceptance Corp. Ltd, n° 500-09-000210-781, 19 mai 1982
The Gazette c. Blondin, [2003] J.Q. n° 9433 (C.A.)
Tissot c. Neff, Bull. civ. III 253, n°355, D. 1951.170
Trans-Canada Crédit Corp. c. Lafrenière, [1982] C.P. 247
Union des consommateurs et al. c. DELL Computer Corporation, 500-06-000199-030
Varma-Sampo c. Beninco Holdings Canada inc, [2001] J.Q. n° 6011 (C.S.), J.E. 2002-95 (C.S.), REJB 2001-28277(C.S.)
Zodiac International Productions inc. c. The Polish People's Republic, (1983) 1 R.C.S. 529

Doctrine : Monographies

Alan, Redfern, *Law and practice of international commercial arbitration*, 1999

Antoine Kassis, *Réflexions sur le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale*, Les déviations de l'arbitrage institutionnel, L.G.D.J. 1988;

Basil V. Orsini, *Appraisal arbitration insurance (Ontario and Canada)*, Book no. 4, November 1980;

Claude Masse, *Loi sur la protection du consommateur : analyse et commentaires*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1999

Colin Rule, *On line dispute resolution for business, B 2 B, I Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and other commercial conflicts*, Jossey-Bass, 2002;

Crawford and Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, 8th ed, vol. 1, Ontario, Canada Law Book, 1986

Garrick Apollon, Marie-Eve Bonneville, Mélanie Paré, *L'arbitrage entre un courtier en valeurs mobilières et son client*; Faculté de droit, Université Laval, février 2000;

Gary B. Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and material*, 2^e éd., United States of America, Trans-National, Kluwer Law International, 2001, à la p. 160

Jacques Bégin, *L'arbitrage commercial international*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987;

Jean Robert, *L'arbitrage droit interne, droit international privé*; 6e éd. Dalloz, 1993;

Jean Robert, *Première journée Jean Robert*, La Clause compromissoire, 1987;

Jean-Baptiste Racine, *L'Arbitrage commercial international et l'ordre public*, L.G.D.J., 1999, t. 309,

Kathleen Delaney-Beausoleil se range à l'avis du professeur Brierley dans : Denis Ferland et Benoît Émery, dir., *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, au pp. 785-786;

Mathew Bender, *The law of liability insurance*, Long Ch. 14A - Arbitration;

Nicole L'Heureux, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2000;

Nicole L'heureux, *Le droit bancaire*, 3^e éd. Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1999;

Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Éditions Litech, 1996;

Richard H. McLaren et Earl Edward Palmer, *The law and practice of commercial arbitration*, Edition Carswell, 1982;

Ronald Bernstein, John Tackaberry, Arthur L. Marriott et Derek Wood, *Handbook for Arbitration practice*, Third Edition, Sweet & Maxell Ltd, 1998;

Sabine Thuilleaux, « *L'arbitrage commercial au Québec : Droit interne – Droit international privé* » (1991) Cowansville (Qc), Yvon Blais, aux pp

Walter S. Johnson, K.C., *The clause compromissoire its validity in Québec*, 1945;

Doctrine : Articles

Alain Prujiner, *L'arbitre, le droit et l'amiable composition*, Développements récents en arbitrage civil et commercial (1997), p. 27;

André Ladouceur, *Enclenchement et préalable*, Développements récents en arbitrage civil et commercial (1997), p. 67

Bland, Paul F. Jr., *Is That Arbitration Clause Unconscionable? Prove It!*, The Consumer Advocate, Vol. 8, n° 4, July – August 2002

Denis F. Gauthier, *Survol de l'ensemble du processus d'arbitrage en matière civile et commerciale*, Développements récents en arbitrage civil et commercial (1997), p. 1;

Donald Béchar, *Homologation et annulation de la sentence arbitrale*, Développements récents en arbitrage civil et commercial (1997), p. 115;

Fernand Morin, *La démarche arbitrale! À quelle distance du Palais a-t-elle lieu?* Développements récents en arbitrage civil et commercial (1997), p. 43;

Francis, J. Pavetti, Chair, *RUAA Drafting Committee, Policy Statement [on the] Revised Uniform Arbitration Act (RUAA)*, May 15, 2000

François Lebeau et Pierre Valois, *Les récents développements dans le processus de mise en œuvre de la protection du consommateur*, Développements récents en droit de la consommation (1994), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, p. 59;

H. Motulsky (avec la collaboration de R. Plaisant), « L'arbitrage et les conflits du travail », Rev. arb. (1956) 78; reproduit dans *Écrits, II*, p. 113, spéc., n° 1, p. 113

H. Motulsky, note sous Paris, 24 nov. 1955, J.C.P. 56II.9079

H.P. GLENN, « Droit international privé », dans *La Réforme du Code civil*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, vol. 3, p. 743, par. 71

J.E. Brierley, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », [1987] 2 C.P. du N. 507 à la p. 545

Kamel Khiari, *La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international*, Développements récents en arbitrage civil et commercial (1997), p. 13;

Louis Marquis, *La Convention d'arbitrage : Actualité et perspective*, Développements récents en arbitrage civil et commercial (1997), p. 167;

P. Ancel, « Conventions d'arbitrage – Conditions de fond – Litiges arbitrables », Jurisclasseur, Procédure civile, Fasc. 1024, Commercial Fasc. 212, 1986