

Dossier n° 31067

COUR SUPRÊME DU CANADA
(EN APPEL D'UN JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC)

ENTRE :

DELL COMPUTER CORPORATION

Appelante

ET :

UNION DES CONSOMMATEURS

-et-

OLIVIER DUMOULIN

Intimés

ET :

ADR INSTITUTE OF CANADA INC.

-et-

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION

-et-

ADR CHAMBERS INC.

-et-

CIPPIC

-et-

PIAC

Intervenants

MÉMOIRE DE L'INTERVENANTE
ADR INSTITUTE OF CANADA INC.

FRASER MILNER CASGRAIN S.E.N.C.R.L.

M^e Stefan Martin

M^e Margaret Weltrowska

1, Place Ville-Marie, bureau 3900
Montréal, Québec H3B 4M7

(514) 878-5832 (téléphone SM)

(514) 878-5841 (téléphone MW)

(514) 866-2241 (télécopieur)

stefan.martin@fmc-law.com

margaret.weltrowska@fmc-law.com

FRASER MILNER CASGRAIN S.E.N.C.R.L.

M^e Thomas A. Houston

Suite 1420

99 Bank Street

Ottawa (Ontario) K1P 1H4

(613) 783-9600 (téléphone)

(613) 783-9686 ((télécopieur)

tom.houston@fmc-law.com

Procureurs de la requérante-intervenante

Correspondants de la requérante-intervenante

OSLER, HOSKIN & HARCOURT LLP

M^e Mahmud Jamal

M^e Anne-Marie Lizotte

M^e Dominic Dupoy

1000 de La Gauchetière Ouest

Bureau 2100

Montréal, Québec H3B 4W5

(416) 862-6764 (téléphone)

(514) 904-5381/5772 (téléphone)

(416) 862-6666 (télécopieur)

(514) 904-8101 (télécopieur)

Procureurs de l'appelante

LAUZON BÉLANGER

M^e Yves Lauzon

511, Place d'Armes

Bureau 200

Montréal (Québec) H2Y 2W7

(514) 844-4646 (téléphone)

(514) 844-7009 (télécopieur)

Procureurs des intimés

OSLER, HOSKIN & HARCOURT LLP

M^e Patricia J. Wilson

50 O'Connor Street

Suite 1500

Ottawa, Ontario K1P 6L2

(613) 787-1009 (telephone)

(613) 235-2867 (télécopieur)

Correspondants de l'appelante

BERGERON, GAUDREAU, LAPORTE

M^e Richard Gaudreau

167, rue Notre-Dame-de-l'Île

Gatineau, Québec J8X 3T3

(819) 770-7928 (telephone)

(819) 770-1424

Correspondants des intimés

LES INTERVENANTS

MISTRAL GOUDEAU

57, rue Louis-Pasteur

Université d'Ottawa, Fauteux Hall

Suite 200

Ottawa (Ontario) K1N 6N5

Tél.: (613) 562-5800, ext. 3673

Fax: (613) 562-5121

Mistrale.goudreault@uottawa.ca

Procureur de CIPPIC et PIAC

OGILVY RENAULT LLP
M^{es} Pierre Bienvenu, Azim Hussain,
Frédéric Bachand
1981, ave McGill Collège, Suite 100
Montréal (Québec) H3A 3C1

Tél. : (514) 847-4452
Fax : (514) 286-5474

Procureur de London Court of International Arbitration

BAKER & MCKENZIE LLP
M^{es} J. Brian Casey, Janet Mills, John Pirie
Place BCE, Suite 2100
181, rue Bay, P.O. Box 874
Toronto (Ontario) M5J 2T3

Tél.: (416) 863-1221
Fax: (613) 863-6275

Procureurs de ADR Chambers inc.

OGILVY RENAULT LLP
M^e Sally Gomery
45, rue O'Connor
Suite 1600
Ottawa (Ontario) K1P 1A4

Tél.: (613) 780-8604
Fax: (613) 230-5459

Correspondants de London Court of International Arbitration

GOWLING LAFLEUR HENDERSON LLP
M^e Biran A. Crane, Q.C.
160, rue Elgin
Suite 2600
Ottawa (Ontario) K1P 1C3

Tél. : (613) 233-1781
Fax : (613) 563-9868

Correspondants de ADR Chambers inc.

-i-
Table des matières

MÉMOIRE DE L'INTERVENANTE
ADR INSTITUTE OF CANADA INC

Page

PARTIE I	- EXPOSÉ CONCIS DES FAITS	1
PARTIE II	- EXPOSÉ CONCIS DES QUESTIONS EN LITIGE	2
PARTIE III	- EXPOSÉ CONCIS DES ARGUMENTS	3
PARTIE IV	- ARGUMENTS À L'APPUI DE L'ORDONNANCE DEMANDÉE AU SUJET DES DÉPENS	15
PARTIE V	- ORDONNANCES DEMANDÉES	16
PARTIE VI	- TABLE ALPHABÉTIQUE DES SOURCES	17
PARTIE VII	- LOIS ET RÈGLEMENTS	18
	<i>Code civil du Québec, article 778</i>	19
	<i>Code civil du Québec, article 1216</i>	20
	<i>Code civil du Québec, article 1640</i>	21
	<i>Code civil du Québec, article 1743</i>	22
	<i>Code civil du Québec, article 1748</i>	23
	<i>Code civil du Québec, article 1801</i>	24
	<i>Code civil du Québec, article 1852</i>	25
	<i>Code civil du Québec, article 1893</i>	26
	<i>Code civil du Québec, article 1900</i>	27
	<i>Code civil du Québec, article 1901</i>	28
	<i>Code civil du Québec, article 1905</i>	29
	<i>Code civil du Québec, article 1906</i>	30
	<i>Code civil du Québec, article 2070</i>	31

<i>Code civil du Québec</i> , article 2084	32
<i>Code civil du Québec</i> , article 2238	33
<i>Code civil du Québec</i> , article 2394	34
<i>Code civil du Québec</i> , article 2402	35
<i>Code civil du Québec</i> , article 2404	36
<i>Code civil du Québec</i> , article 2414	37
<i>Code civil du Québec</i> , article 2417	38
<i>Code civil du Québec</i> , article 2434	39
<i>Code civil du Québec</i> , article 2441	40
<i>Code civil du Québec</i> , article 2470	41
<i>Code civil du Québec</i> , article 2483	42
<i>Code civil du Québec</i> , article 2496	43
<i>Code civil du Québec</i> , article 2616	44
<i>Code civil du Québec</i> , article 2617	45-46
<i>Code civil du Québec</i> , article 2618	47
<i>Code civil du Québec</i> , article 1400	48
<i>Code civil du Québec</i> , article 1435	49
<i>Code civil du Québec</i> , article 1438	50
<i>Code civil du Québec</i> , article 3133	51
<i>Code civil du Québec</i> , article 1427	52
<i>Code civil du Québec</i> , article 1428	53
<i>Code de procédure civile</i> , article 941	54
<i>Code de procédure civile</i> , article 942	55-56-57
<i>Code de procédure civile</i> , article 943	58
<i>Code de procédure civile</i> , article 944	59

MÉMOIRE DE L'INTERVENANTE ADR INSTITUTE OF CANADA INC.

PARTIE I

EXPOSÉ CONCIS DES FAITS

1. L'ADR Institute of Canada Inc. (ci-après l'«**ADR Institute**») n'a aucunement l'intention de soutenir l'une ou l'autre des parties au présent pourvoi, ni de se prononcer sur l'application des règles de droit à être débattues.
2. L'intervention de l'ADR Institute a pour seul objet d'éclairer cette Cour sur les questions de droit en litige afin qu'elle tranche le pourvoi d'une manière conforme au droit civil québécois et au droit québécois de l'arbitrage.

PARTIE II

EXPOSÉ CONCIS DES QUESTIONS EN LITIGE

3. Le mémoire de l'ADR Institute s'articulera autour des moyens suivants :
- Un règlement d'arbitrage d'une institution d'arbitrage ne constitue pas une clause au sens où ce terme est entendu à l'article 1435 C.c.Q. (Partie III, Section A)
 - Dans l'éventualité où cette Cour devait juger différemment, il serait tout aussi judicieux qu'opportun d'interpréter, d'une manière atténuée, les exigences posées par cet article quant à la connaissance des clauses externes par l'adhérent ou le consommateur. (Partie III, Section B)

PARTIE III

EXPOSÉ CONCIS DES ARGUMENTS

4. Pour l'essentiel, il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir qualifié de clause externe le règlement d'arbitrage du *National Arbitration Forum* (« **Forum** »). À ce titre, la Cour d'appel identifie deux documents qui constitueraient une clause externe assujettie aux prescriptions de l'article 1435 C.c.Q.:
- Les « Termes et conditions de vente » de Dell, accessibles sur le site Internet de Dell, qui stipulent diverses règles relatives au contrat de vente entre Dell et le consommateur dont la clause compromissoire qui fait l'objet du présent litige;
 - Le règlement d'arbitrage de la NAF (qui est un institut d'arbitrage) lequel énonce les règles de procédure applicables à l'arbitrage.
5. Afin de situer les débats, il est utile de rappeler le texte de la clause compromissoire :

«**Arbitrage.** UNE RÉCLAMATION, UN CONFLIT OU UNE CONTROVERSE (PAR SUITE D'UN CONTRAT, D'UN DÉLIT CIVIL OU AUTREMENT DANS LE PASSÉ, QUI SURVIENT À L'HEURE ACTUELLE OU QUI SURVIENDRA DANS LE FUTUR, Y COMPRIS CEUX QUI SONT PRÉVUS PAR LA LOI, CEUX QUI SURVIENNENT EN COMMON LAW, LES DÉLITS INTENTIONNELS ET LES RÉCLAMATIONS ÉQUITABLES QUI PEUVENT, EN VERTU DE LA LOI, ÊTRE SOUMIS À L'ARBITRAGE OBLIGATOIRE) CONTRE DELL, ses représentants, ses employés les membres de sa direction, ses administrateurs, ses successeurs, ses ayants cause ou les membres de son groupe (collectivement aux fins du présent paragraphe, "Dell") découlant de la présente convention ou de son interprétation ou relié à celle-ci , ou découlant de la violation, de la résiliation ou de la validité de la présente convention, des relations entre les parties antérieures, actuelles ou futures (y compris, dans la mesure autorisée par le droit applicable, les relations avec des tiers qui ne sont pas des signataires de la présente convention), de la publicité affichée par Dell ou d'un achat connexe DEVRA ÊTRE RÉGLÉ DE FAÇON EXCLUSIVE ET DÉFINITIVE PAR VOIE D'ARBITRAGE OBLIGATOIRE ORGANISÉ PAR LE NATIONAL ARBITRATION FORUM ("NAF") conformément à son code de procédure et aux procédures particulières concernant le règlement de petites réclamations et (ou) de conflits entre consommateurs alors en vigueur (qui peuvent être consultés sur Internet à l'adresse <http://www.arb-forum.com> ou par téléphone au 1 800 474-2371).

L'arbitrage se limitera uniquement aux conflits ou aux controverses entre le client et Dell. La décision du ou des arbitres sera définitive et obligatoire pour chacune des parties et elle peut être accueillie devant un tribunal compétent. On peut obtenir des renseignements sur le NAF et déposer des réclamations auprès de cet organisme en écrivant au P.O. Box 50191, Minneapolis, MN 55405, en envoyant un courriel à l'adresse file@arb-forum.com ou en remplissant une demande en ligne à l'adresse <http://www.arb-forum.com>.»

Arrêt de la Cour d'appel, par. 11

6. Dans un premier temps, il est important de souligner que la qualification de la procédure d'arbitrage, au sens de l'article 1435, n'est nullement pertinente au stade d'une exception déclinatoire. En effet, dans ce cadre procédural, l'unique question est de déterminer si les parties ont consenti au renvoi de tout litige, susceptible de les opposer, à l'arbitrage. Le fait qu'il s'agisse par ailleurs d'un arbitrage *ad hoc* ou institutionnel n'a aucune incidence quant à l'issue du débat.
7. À toute fin pratique, la décision de la Cour d'appel a pour effet de priver de toute efficacité les règlements des institutions d'arbitrage, dès lors que la clause compromissoire qui confère juridiction aux arbitres est contenue dans un contrat d'adhésion ou de consommation et que le règlement d'arbitrage n'a pas été annexé à ce dernier.
 - A) **Les règlements d'arbitrage des institutions d'arbitrage ne constituent pas une « clause » au sens de l'article 1435 du Code civil du Québec**
8. Le raisonnement de la Cour d'appel au titre de la notion de clause externe a porté essentiellement sur la caractéristique « externe » de la clause d'arbitrage et du règlement de la NAF en prenant, au mieux, pour acquis que le règlement d'arbitrage constituait une « clause » au sens de l'article 1435 *C.c.Q.*
9. Ce raccourci dans la motivation s'avère fâcheux. En effet, la première condition légale, essentielle et principale quant à la mise en œuvre de l'article 1435 *C.c.Q.* est d'ordre téléologique : il doit tout d'abord et avant tout s'agir d'une clause.

(i) La notion de clause au sens de l'article 1435 du Code civil du Québec

10. Il est vrai que la notion de « clause » n'est pas définie à l'article 1435 *C.c.Q.* Au demeurant, on cherchera en vain une quelconque définition de ce terme dans l'ensemble du Code.
11. Il convient donc de déterminer la portée de ce terme en gardant à l'esprit que selon la méthode moderne d'interprétation des lois « Il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global et en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur ».

A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1983, p. 87

Canada 3000 Inc. (re); Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic de), 2006 CSC 24, § 36

12. Or, tel qu'en font foi, notamment, les commentaires du ministre de la Justice, l'intention du législateur, de par l'adoption de l'article 1435 *C.c.Q.*, est de censurer l'imposition à un cocontractant présumé en position de faiblesse, de droits et d'obligations contenus dans un document « externe » qui n'a pas été porté à la connaissance du consommateur ou de l'adhérent :

« Cet article est de droit nouveau. S'il reconnaît en principe la force obligatoire des clauses externes auxquelles renvoie le contrat, il prive cependant d'effet, dans un contrat d'adhésion ou de consommation, toute clause de cette nature qui n'a pas été expressément portée à l'attention de l'adhérent ou du consommateur, à moins, seulement, que le cocontractant ne puisse démontrer que la clause était bien connue d'eux au moment de la formation du contrat

On rencontre de plus en plus fréquemment des contrats à contenu prédéterminé dont le texte, rédigé à l'avance, se limite à exposer les principaux droits et obligations des parties pour renvoyer, quant au reste, à un corps de clauses prévues dans un autre document qui, selon une formule classique, est réputé faire partie intégrante du contrat, comme s'il y apparaissait au complet.

Or, si cette pratique peut se justifier pour des raisons de commodité, elle n'en demeure pas moins l'occasion d'imposer au consommateur ou, plus généralement, à l'adhérent, des conditions dont la teneur peut ne pas correspondre à ce qu'il était raisonnablement en droit de s'attendre. C'est donc

afin d'éviter les abus auxquels la pratique peut donner lieu, que la règle énoncée permet au consommateur ou à l'adhérent de ne pas souffrir de ces clauses, chaque fois qu'il n'en connaissait pas la teneur. Cet article vise donc à accentuer l'obligation de transparence qui doit présider à la conclusion de tout contrat : il ne retient pas la possibilité d'invoquer l'*usage courant* d'une clause, ce qui aurait fait de l'*usage* une présomption de connaissance »

Québec, ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec*, Tome I, Québec, Les publications du Québec, 1993, p. 870

13. Le régime de la clause externe est ainsi déterminé, non pas par la nature du document auquel il est renvoyé, mais par la qualification juridique de son contenu. En d'autres termes, la finalité intrinsèque de la disposition vise l'énoncé de droits et d'obligations et non un document.
14. Cette distinction fondamentale ressort nettement de l'analyse de l'ensemble des articles du *C.c.Q.* qui envisagent la notion de « clause » et qui permet de constater que ce terme est utilisé afin d'accorder des droits ou d'imposer des obligations « substantives » ou de fonds aux parties. C'est le cas notamment des articles 778, 1216, 1640, 1743, 1748, 1801, 1852, 1893, 1900, 1901, 1905, 1906, 2070, 2084, 2238, 2394, 2402, 2404, 2414, 2417, 2434, 2441, 2470, 2483, 2496, 2616, 1617 et 2618.
15. Ce constat ressort peut-être plus nettement des articles 1427 et 1428 *C.c.Q.* qui stipulent que :

1427. Les clauses s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble du contrat.

1428. Une clause s'entend dans le sens qui lui confère quelque effet plutôt que dans celui qui n'en produit aucun.

Code civil du Québec, articles 1427 et 1428

16. À cet égard, il convient de garder à l'esprit le principe de cohérence législative qui, selon une jurisprudence constante, signifie « qu'à moins que le contexte ne s'y oppose clairement, un mot doit recevoir la même interprétation et le même sens législatif ».

R. c. Thomson, [1992] 1 R.C.S. 385, 400

17. Cette interprétation du mot « clause » a trouvé écho tant en doctrine qu'en jurisprudence :

La nature même d'une clause externe est d'être réputée faire partie du contrat et donc faire partie du contenu obligationnel, par le renvoi ou la référence mentionnée au contrat principal.

Hydro Québec c. Surma, [2001] RJQ 1127 § 81(C.A.)

On rencontre de plus en plus souvent des contrats dont le contenu est déterminé à l'avance dans un écrit déjà rédigé, qui n'exposent globalement et schématiquement que l'essentiel des droits et obligations des contractants, et renvoient pour le reste à un document qui se retrouve ailleurs.

Jean Pineau, Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 4ed, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001, p. 420

18. Le contenu obligationnel auquel fait référence la Cour d'appel dans l'affaire *Surma* envisage par définition des obligations qui relèvent de la nature et de l'essence du contrat, des obligations de nature « substantielle », de fond, par opposition à des obligations de nature strictement procédurale par exemple.
19. Finalement, il est également important de rappeler le principe d'interprétation voulant que l'on ne doive pas donner à un texte une interprétation qui mène à des résultats absurdes ou injustes ou que le législateur n'a manifestement pas souhaitée :

« Il est vrai que les tribunaux se sont montrés réticents à s'écarter, simplement pour éviter un résultat injuste, de l'interprétation littérale de dispositions législatives auxquelles ne peut raisonnablement être prêté qu'un seul sens: *Sutherland Publishing Co. c. Caxton Publishing Co.*, [1938] 1 Ch. 174, *The Queen c. The Judge of the City of London Court*, [1892] 1 Q.B. 273, lord Esher, à la p. 290. Néanmoins, comme l'a reconnu le juge Lamer (maintenant Juge en chef) de notre Cour, dans l'arrêt *Paul c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 621, à la p. 662, « cette réticence n'a pas empêché les tribunaux de s'écarter des règles ordinaires d'interprétation si, par leur emploi, le droit devait devenir ce que le M. Bumble de Dickens disait qu'il pouvait parfois être « un âne, un idiot » (*Dickens, Oliver Twist*) ». Ainsi, les tribunaux canadiens ont adopté en matière d'interprétation une approche pragmatique ou fondée sur l'objet visé, dans le cas où l'interprétation littérale aurait produit soit des résultats extrêmement déraisonnables ou inéquitables (*Cadieux c. Montreal Gas Co.* (1898), 28 R.C.S. 382, inf. par [1899] A.C. 589, *R. c. Quon*, [1948] R.C.S. 508), soit des résultats incompatibles avec d'autres dispositions ou avec les objets de la loi en question:

The Queen c. Sommerville, [1974] R.C.S. 387, Workmen's Compensation Board c. The Bathurst Co., [1924] R.C.S. 216, Motel Pierre Inc. c. Cité de Saint-Laurent, [1967] B.R. 239. Donc, même lorsque l'interprétation d'une disposition législative force le sens des mots du législateur, c'est elle qui doit l'emporter dans le cas où une autre interprétation conduirait à l'absurdité: Paul c. La Reine, précité, à la p. 664. »

Zeitel c. Ellscheid, [1994] 2 R.C.S. 142.

20. En l'espèce, il est difficilement concevable que le législateur ait voulu assujettir aux rigueurs de prescription de l'article 1435 *C.c.Q.* les règlements d'arbitrage, car par leur nature, ils n'ont pas pour vocation de créer et d'imposer des obligations contractuelles, mais plutôt d'encadrer la procédure d'arbitrage.
21. Il est intéressant de noter qu'aux termes d'une jurisprudence désormais bien établie, une loi ou un règlement de nature publique ne constitue pas une clause externe.

Hydro Québec c. Surma, [2001] RJQ 1127 § 82 (C.A.)

22. Ainsi, lorsque la clause compromissoire réfère, aux fins de l'encadrement de la procédure, à une loi, telle que les dispositions afférentes à l'arbitrage contenues au *Code de procédure civile*, ou encore à une loi étrangère de la même nature, ce renvoi échappe aux prescriptions de l'article 1435 *C.c.Q.*
23. Cette même solution devrait s'appliquer dans l'hypothèse où les parties ont choisi de soumettre leur éventuel différend à un règlement adopté par une institution ou un centre d'arbitrage car, par définition, tant la Loi que le Règlement poursuivent les mêmes fins, soit l'encadrement de la procédure arbitrale.

(ii) La nature juridique d'un règlement d'arbitrage

24. D'une manière classique, on distingue l'arbitrage *ad hoc* de l'arbitrage institutionnel. Dans le cadre de l'arbitrage *ad hoc*, les parties, comme le leur permet d'ailleurs de le faire l'article 940 du *Code de procédure civile*, fixent leurs règles de procédure, en

déterminant les paramètres de l'arbitrage ou encore en renvoyant à la loi d'un pays donné ou au Règlement d'arbitrage élaboré par la CNUDCI.

P. Bienvenu, « Guide de rédaction des clauses d'arbitrage et de droit applicables dans les contrats commerciaux internationaux », (1996) 56 *Revue du Barreau* 39, 47-48.

25. L'arbitrage institutionnel se distingue par le fait qu'il est organisé sous l'égide d'un centre d'arbitrage selon le règlement d'arbitrage de cette institution. Ce système retire la faveur, notamment des intervenants du commerce international, en raison de la stabilité et de la renommée de ces institutions qui agissent en tant que greffes.
26. Au rang des institutions d'arbitrage les plus connues, figurent la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale qui a été créée en 1923, la *London Court of International Arbitration* qui a été établie en 1892 et l'*American Arbitration Association* fondée en 1926.
27. Au Canada, on retrouve plusieurs centres d'arbitrage, dont la requérante, ADR Institute of Canada Inc. qui, rappelons-le, a été fondée en 1974.
28. Ces institutions d'arbitrage ont adopté des règlements d'arbitrage qui ont pour vocation d'encadrer les arbitrages qui sont engagés sous les auspices de ces institutions.
29. Ces règlements d'arbitrage constituent, en quelque sorte, un code de procédure « privé » destiné à compléter, voire à remplacer les dispositions supplétives du *Code de procédure civile* encadrant la procédure arbitrale.
30. Au demeurant, cette qualification découle implicitement de la lecture de l'article 3133 *C.c.Q.* qui stipule :

Art. 3133. La procédure de l'arbitrage est régie par la loi de l'État où il se déroule lorsque les parties n'ont pas désigné soit la loi d'un autre État, soit un règlement d'arbitrage institutionnel ou particulier.

Code civil du Québec, article 3133

31. Cette conclusion ressort encore plus nettement de l'analyse des règlements d'arbitrage, tels que celui de l'intervenante ADR Institute of Canada Inc. (ci-après le « **Règlement** »)

ADR Institute of Canada Inc., *National Arbitration Rules*

32. À titre d'exemple, l'article 11 du Règlement qui encadre entre autres choses le contenu de l'avis d'arbitrage poursuit le même objet que l'article 944 du *Code de procédure civile*. L'article 14 qui traite de la constitution du tribunal arbitral peut être rapproché des dispositions de l'article 941 et suivants du *Code de procédure civile*. Les articles 16 et 18 qui traitent de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres sont similaires aux dispositions des articles 942 et suivants du *Code de procédure civile*. L'article 24 du Règlement qui établit les règles afférentes à la compétence des arbitres est en tous points similaire à l'article 943 du *Code de procédure civile*. L'article 37 du Règlement qui envisage les conséquences du défaut d'une partie peut être rapproché de l'article 944.5 du *Code de procédure civile*.

Code de procédure civile, articles 941, 942, 943 et 944.

33. L'exercice pourrait être poursuivi mais la conclusion demeurerait la même : un règlement d'arbitrage doit être assimilé à la loi applicable à la procédure et en ce sens il ne peut constituer une clause au sens de l'article 1435 C.c.Q..

34. Si l'on s'attache dès lors à l'examen de la motivation des juges du fond, on ne peut que constater que la Cour d'appel a erré en assujettissant un règlement d'arbitrage aux rigueurs de l'article 1435 C.c.Q.

B) Pour une interprétation atténuée des exigences posées par l'article 1435 C.c.Q. relatives à la connaissance des clauses externes

35. Si d'aventure cette Cour devait conclure que par définition, les règlements d'arbitrage des institutions d'arbitrage constituent une clause au sens de l'article 1435, il serait opportun

que les exigences relatives à la connaissance stipulées à l'article 1435 C.c.Q. soient interprétées d'une manière atténuée.

36. On rappellera en effet qu'au visa de l'article 1435 C.c.Q., la clause externe est valide :

« La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties ».

Code civil du Québec, Article 1435

37. Toutefois, cette validité est assujettie à une condition qui s'infère de l'obligation d'information. La partie « en position de force » doit expressément porter cette clause à la connaissance du consommateur ou de l'adhérent.

38. Il est remarquable que tant la jurisprudence que la doctrine se sont peu attardées à définir les contours ou encore l'intensité de cette obligation d'information.

39. Dans l'arrêt qui fait l'objet du présent pourvoi, la Cour d'appel a jugé que l'obligation imposée à l'article 1435 C.c.Q. constitue une obligation de résultat :

« L'appelante doit donc démontrer qu'au moment de la vente, le consommateur connaît le contenu de ces deux clauses externes : la clause compromissoire et les règles régissant l'arbitrage. »

Dell Computer Corporation c. Union des Consommateurs et al., EYB 2005-4103, § 42.

40. Cette affirmation suscite d'importantes réserves. En effet, il est reconnu en droit civil québécois que le devoir d'informer a pour corollaire l'obligation de se renseigner. Qui a été confirmé par cette cour dans l'arrêt de principe *Banque de Montréal c. Bail Ltée* :

«[...] Cependant, j'ajouterais qu'il ne faut pas donner à l'obligation de renseignement une portée telle qu'elle écarterait l'obligation fondamentale qui est faite à chacun de se renseigner et de veiller prudemment à la conduite de ses affaires. »

Banque de Montréal c. Bail Ltée, [1992] 2 R.C.S. 554, 587.

41. En d'autres termes, comme le rappellent les professeurs Jobin et Vézina :

« Dans l'obligation d'information, le droit entend protéger le contractant contre une inégalité situationnelle, mais non contre sa propre sottise ou négligence. »

Pierre Gabriel JOBIN, Nathalie VÉZINA, *Les Obligations*, 6^e éd, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 2005, p. 368.

42. L'article 1435 doit également être lu de concert avec l'article 1400 C.c.Q. qui crée une exception à la théorie des vices du consentement dans l'hypothèse d'une erreur inexcusable de l'un des contractants :

« L'erreur inexcusable ne constitue pas un vice de consentement. »

Code civil du Québec, article 1400.

43. Le concept d'erreur inexcusable repose sur le concept de bonne foi qui sanctionne la négligence de la victime de l'erreur qui n'a pas pris le soin de se renseigner :

« Au contraire, le tribunal doit déterminer si une personne raisonnable et prudente ayant été à la place du contractant, compte tenu de ses connaissances et de son expérience aurait dû demander conseil auprès d'un conseiller juridique ou de se renseigner davantage sur les éléments de la transaction qu'elle s'apprête à conclure. »

Vincent KARIM, *Les obligations*, Vol. 1, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 183.

44. À cet égard, il y a lieu de privilégier la proposition du professeur Popovici qui estime que le devoir d'information qui est à la charge du stipulant aux termes de l'article 1435 C.c.Q. est une obligation de moyens :

« Il me semble que le stipulant a une obligation de moyens (ou de diligence) de renseignement. Son fardeau de preuve est celui de l'article 2408, c'est-à-dire la prépondérance des probabilités. [...] Je crois que le stipulant doit simplement prouver qu'il a pris tous les moyens adéquats pour porter la clause externe à la connaissance de l'adhérent (au moment de la conclusion du contrat). »

Adrian Popovici, « Le nouveau code civil et les contrats d'adhésion », [1992] *Meredith Mem. Mect.* 137, pp. 141-142.

45. Une telle interprétation permet, dans un souci de cohérence, de réconcilier les prescriptions de l'article 1435 C.c.Q. aux principes liminaires du Code tels qu'exprimés aux articles 6 et 7 rappelant l'obligation fondamentale de bonne foi.
46. L'obligation de renseignement sera satisfaite lorsque le cocontractant sera en mesure, d'une manière simple et sans efforts extravagants, de prendre connaissance de la clause externe. C'est le cas, notamment, lorsque dans un univers numérique, il lui suffit de mettre en œuvre un lien hypertexte ou encore accéder au site Internet d'un centre d'arbitrage pour consulter son règlement.
47. Cette solution permettrait de respecter et de ne pas entraver inutilement le principe de l'autonomie de la volonté des parties tout en protégeant adéquatement l'adhérent et le consommateur.

C) En guise de conclusion

48. Il y a plus de 20 ans, cette Cour, dans l'arrêt *Zodiac International Productions Inc. c. Polish Peoples Republic* ([1983] 1 RCS 529), a écarté tout doute quant à la validité des clauses compromissoires. L'arrêt *Zodiac* a coïncidé avec des réformes majeures du droit de l'arbitrage. Au début des années '80, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a élaboré une loi type sur l'arbitrage. La majorité des provinces du Canada et de nombreux autres pays ont adopté cette loi type. Le Québec ne fait pas exception. En 1986, l'Assemblée nationale a adopté des modifications importantes au *Code de procédure civile* et au *Code civil du Bas-Canada* qui reprenaient, en substance, les dispositions de la loi type.
49. Dans les arrêts *Grecon Dimter inc. c. G.R. Normand inc.* ([2005] 2 R.C.S. 401) et *Desputeaux c. Éditions Chouettes (1997) inc.* ([2003] 1 R.C.S. 178), cette Cour a réitéré la légitimité de l'arbitrage conventionnel en tant que mode de résolution de différends. L'arbitrage n'est plus considéré comme une atteinte au monopole de la justice étatique,

mais constitue un mode alternatif de règlement des litiges et répond, selon les circonstances, à certains objectifs : rapidité, jugement par des pairs, économie, etc.

50. D'une manière concomitante et animés du même esprit, les tribunaux se sont distancés d'une vision par trop formaliste des clauses compromissoires qui, selon une jurisprudence constante et bien établie, doivent être interprétées d'une manière large et libérale. (*Condominium Mont Saint-Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990 RJQ 2783 (C.A.)).
51. L'arrêt de la Cour d'appel se situe à contre-courant de cette tendance. En effet, en l'état l'arrêt a pour effet concret et pratique de contraindre la partie qui prend l'initiative d'un contrat d'adhésion ou de consommation à annexer à celui-ci le règlement encadrant la procédure arbitrale.
52. Cette solution doit être condamnée car en toute hypothèse, elle n'apporte rien au consommateur ou à l'adhérent. En fait, bien au contraire, elle le pénalise. En effet, par application de l'article 1438 C.c.Q., la nullité de la clause renvoyant au Règlement d'arbitrage n'affecte pas par ailleurs la validité de la clause compromissoire.

Code civil du Québec, article 1438

Dubé c. Secrétariat de l'Action catholique de Joliette, JE 2001-2111, par. 13

53. Les parties que l'on entend ainsi protéger se retrouveraient confrontées à l'obligation de se soumettre à la procédure arbitrale tout en étant privées des garanties procédurales découlant du Règlement d'arbitrage.
54. Par ailleurs, elle a pour effet de marginaliser le Québec si l'on considère pour un instant qu'une telle qualification n'a pas de précédent en droit comparé.

Mémoire de l'intervenante
ADR Institute of Canada inc.

Argument à l'appui de l'ordonnance
demandée au sujet des dépens

PARTIE IV

**ARGUMENTS À L'APPUI DE L'ORDONNANCE
DEMANDÉE AU SUJET DES DÉPENS**

55. L'intervenante ADR Institute of Canada inc. ne réclame aucun dépens et demande qu'aucun dépens ne soit adjugé à son encontre quelle que soit l'issue du présent pourvoi.

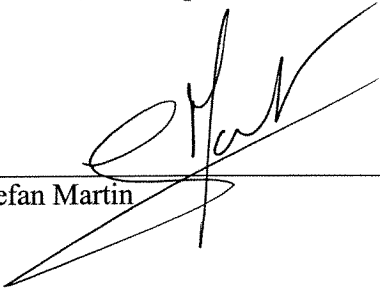
PARTIE V

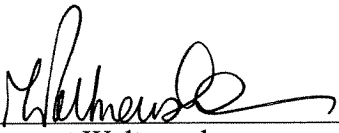
ORDONNANCES DEMANDÉES

56. Quelque soit l'issue que cette Cour réservera au présent pourvoi, l'ADR Institute soumet respectueusement que cette Cour devrait affirmer que:
- a) Les règlements d'arbitrage d'institutions d'arbitrage ne constituent pas une clause externe au sens de l'article 1435 du *Code civil du Québec* ;
 - b) Le cas échéant, que la règle afférente à la connaissance des clauses externes devrait recevoir une application atténuée à l'égard des règlements d'arbitrage

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS

Montréal, le 15 septembre 2006


Stefan Martin


Margaret Weltrowska

PARTIE VI

TABLE ALPHABÉTIQUE DES SOURCES

JURISPRUDENCE

<i>Banque de Montréal c. Bail Ltée</i> , [1992] 2 R.C.S. 554, 587.....	12
<i>Canada 3000 Inc. (re); Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic de)</i> , 2006 CSC 24, § 36	5
<i>Dell Computer Corporation c. Union des Consommateurs et al.</i> , EYB 2005-4103, § 42.....	12
<i>Dubé c. Secrétariat de l'Action catholique de Joliette</i> , JE 2001-2111, par. 13	15
<i>Hydro Québec c. Surma</i> , [2001] RJQ 1127 § 81(C.A.).....	7
<i>Hydro Québec c. Surma</i> , [2001] RJQ 1127 § 82 (C.A.).....	9
<i>R. c. Thomson</i> , [1992] 1 R.C.S. 385, 400	7
<i>Zeitel c. Ellscheid</i> , [1994] 2 R.C.S. 142.....	8

LOIS ET RÈGLEMENTS

articles 778, 1216, 1640, 1743, 1748, 1801, 1852, 1893, 1900, 1901, 1905, 1906, 2070, 2084, 2238, 2394, 2402, 2404, 2414, 2417, 2434, 2441, 2470, 2483, 2496, 2616, 1617 et 2618.....	6
<i>Code civil du Québec</i> , article 1400.....	13
<i>Code civil du Québec</i> , Article 1435.....	11
<i>Code civil du Québec</i> , article 1438.....	15
<i>Code civil du Québec</i> , article 3133.....	10
<i>Code civil du Québec</i> , articles 1427 et 1428.....	7
<i>Code de procédure civile</i> , articles 941, 942, 943 et 944.....	11

DOCTRINE

A. Driedger, <i>Construction of Statutes</i> , 2e éd., Toronto, Butterworths, 1983, p. 87	5
ADR Institute of Canada Inc., <i>National Arbitration Rules</i>	10
Adrian Popovici, « Le nouveau code civil et les contrats d'adhésion », [1992] <i>Meredith Mem.</i> <i>Mect.</i> 137, pp. 141-142.....	13
Jean Pineau, Serge Gaudet, <i>Théorie des obligations</i> , 4ed, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001, p. 420.....	7
P. Bienvenu, « Guide de rédaction des clauses d'arbitrage et de droit applicables dans les contrats commerciaux internationaux », (1996) 56 <i>Revue du Barreau</i> 39, 47-48.....	9
Pierre Gabriel JOBIN, Nathalie VÉZINA, <i>Les Obligations</i> , 6 ^e éd, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 2005, p. 368.....	12
Québec, ministère de la Justice, <i>Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec</i> , Tome I, Québec, Les publications du Québec, 1993, p. 870.....	6
Vincent KARIM, <i>Les obligations</i> , Vol. 1, 2 éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 183.	13