



L'arbitrage collectif :
Une solution pour les
consommateurs ?

Étude présentée au Bureau de la consommation d'Industrie Canada
par Option consommateurs

Juin 2007

OPTION CONSOMMATEURS

MISSION

Option consommateurs est une association à but non lucratif qui a pour mission de défendre les droits fondamentaux des consommateurs tels qu'énoncés par les Nations Unies en matière de protection des consommateurs et de veiller à ce qu'ils soient reconnus et respectés.

HISTOIRE

L'association existe depuis 1983. En 1999, elle a regroupé ses activités avec l'Association des consommateurs du Québec (ACQ) qui existait depuis plus de 50 ans et accomplissait la même mission qu'elle.

PRINCIPALES ACTIVITÉS

Option consommateurs compte sur une équipe d'une vingtaine d'employés qui oeuvrent au sein de quatre services : le Service budgétaire, le Service juridique, le Service d'agence de presse et le Service de recherche et de représentation. Au cours des ans, Option consommateurs a notamment développé une expertise dans les domaines des services financiers, de la santé et de l'agroalimentaire, de l'énergie, du voyage, de l'accès à la justice, des pratique commerciales, de l'endettement et de la protection de la vie privée. Chaque année, nous rejoignons entre 7 000 et 10 000 consommateurs directement, nous réalisons de nombreuses entrevues dans les médias, nous siégeons sur plusieurs comités du travail et conseils d'administration, nous réalisons des projets d'intervention d'envergure avec d'importants partenaires, nous produisons notamment des rapports de recherche, des mémoires et des guides d'achat, dont le Guide jouets annuel du magazine *Protégez-vous*.

EFFECTIF

Pour faire changer les choses, les actions d'Option consommateurs sont multiples : recherches, recours collectifs et pressions auprès des instances gouvernementales et des entreprises. Vous pouvez nous aider à en faire plus pour vous en devenant membre d'Option consommateurs au www.option-consommateurs.org

DÉPÔT LÉGAL

Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada

ISBN 978-2-923522-22-7

Option consommateurs
2120, rue Sherbrooke Est, bureau 604
Montréal, Québec
H2K 1C3

Téléphone : 514-598-7288
Télécopieur : 514-598-8511
Courriel : info@option-consommateurs.org

RÉSUMÉ

Il existe actuellement au Canada différents mécanismes de règlement de litiges. Dans le domaine de la consommation, certains des mécanismes s'opposent, par exemple : le recours collectif et l'arbitrage obligatoire. Le premier, découle de la loi et le second, du contrat. Nous avons remarqué que les entreprises insèrent de plus en plus dans leur contrat des clauses d'arbitrage obligatoire. Le but recherché par les entreprises, comme Rogers, Fido ou Dell, est d'éviter que les consommateurs dont les litiges sont en instance déposent un recours collectif contre eux. Cette nouvelle façon de rédiger les contrats et de prévoir le recours obligatoire à l'arbitrage inquiète plusieurs associations de consommateurs¹. Selon nous, cette tendance inquiète car elle diminue l'accès à la justice pour les consommateurs qui veulent régler un litige en matière de consommation et porte atteinte à la crédibilité de notre système de justice.

En réaction à cette tendance, un nouveau mécanisme de règlement de litiges a fait son apparition aux États-Unis : l'arbitrage collectif. Ce mécanisme existe notamment en Californie. L'American Arbitration Association, qui est un centre privé d'arbitrage, a adopté une norme minimale acceptable en matière d'arbitrage de consommation, le *Consumer due Process protocol*². Ces lignes directrices encadrent le nouveau mécanisme de règlement des litiges que constitue l'arbitrage collectif. Y-aurait-il lieu d'adopter une norme similaire au Canada ?

Les tribunaux canadiens sont de plus en plus souvent le théâtre de situations où s'affrontent la procédure de recours collectif et le processus d'arbitrage obligatoire. Au Canada, les tribunaux ont rendu des décisions sur les conflits entre le recours collectif et l'arbitrage. Par exemple, l'arrêt ontarien contre *Rogers Cable*³ où la clause d'arbitrage a fait échec à un recours collectif. Le recours collectif québécois contre *Dell Computer*⁴ où la Cour suprême du Canada a décidé d'entendre l'appel de cette décision.

¹ Mandatory Arbitration and Consumer Contracts, rédigé par le Centre de défense de l'intérêt public et Option consommateurs, financé par le Bureau de la consommation d'Industrie Canada, 2004.

² American Arbitration Association, Supplementary Rules for Class Arbitrations, www.adr.org

³ *Kanitz c. Rogers Cable Inc.*, 2002 O.J. No. 655

⁴ *Union des consommateurs c. Dell Computer Corp.* C.S. 500-06-000199-030

La nouvelle Loi sur la protection du consommateur de l'Ontario neutralise toutes les clauses qui tentent de faire renoncer les consommateurs à leurs droits ou de les empêcher d'ester en cour. À moins que leur contrat ne date d'avant le 30 juillet 2005, toutes ces clauses contenues dans les contrats sont frappées de nullité. Les consommateurs n'ont aucune obligation envers elles, même s'ils ont accepté l'entente. Le nouvel article 8 de la loi n'empêche pas de consentir au recours à l'arbitrage, mais seulement après la survenue d'un conflit. On ne peut donc pas forcer le consommateur à utiliser l'arbitrage au lieu du tribunal.

En décembre 2006, la Loi sur la protection du consommateur du Québec a aussi été modifiée pour interdire les clauses d'arbitrage obligatoire. En effet, le nouvel article 11.1 mentionne que: « Est interdite la stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, soit de restreindre son droit d'ester en justice, notamment en lui interdisant d'exercer un recours collectif, soit de le priver du droit d'être membre d'un groupe visé par un tel recours. Le consommateur peut, s'il survient un litige après la conclusion du contrat, convenir alors de soumettre ce litige à l'arbitrage. » Les clauses interdisant d'exercer un recours collectif sont donc devenues invalides.

Tant aux États-Unis qu'au Canada le débat sur la question du recours collectif et de l'arbitrage collectif n'est pas encore terminé. Nous attendons de part et d'autre des décisions importantes des cours suprêmes de chaque pays.

Le principal problème posé par le déroulement de cette nouvelle procédure hybride est le degré d'intervention judiciaire dans le processus d'arbitrage collectif.

RECOMMANDATIONS

AUX GOUVERNEMENTS PROVINCIAUX ET FÉDÉRAL

Recommandation n° 1

Option consommateurs recommande aux gouvernements d'interdire aux entreprises les clauses d'arbitrage obligatoire dans leur contrat de consommation.

AUX ENTREPRISES

Recommandation n° 2

Option consommateurs recommande aux entreprises de ne pas introduire de clauses d'arbitrage obligatoire dans leur contrat de consommation.

AUX CONSOMMATEURS

Recommandation n° 3

Option consommateurs recommande aux consommateurs de ne pas conclure de contrat avec les entreprises qui incluent des clauses d'arbitrage obligatoire dans leur contrat de consommation. S'ils doivent signer un contrat comportant une telle clause, de faire part de leur mécontentement à l'entreprise concernée et de porter plainte auprès du gouvernement et des associations de consommateurs.

TABLE DES MATIÈRES

OPTION CONSOMMATEURS.....	III
RÉSUMÉ.....	V
RECOMMANDATIONS.....	VII
TABLE DES MATIÈRES	VIII
INTRODUCTION.....	11
1- LES RECOURS COLLECTIFS ET L'ARBITRAGE	14
1.1 LES RECOURS COLLECTIFS	14
1.2 L'ARBITRAGE AU QUÉBEC.....	16
1.3 L'ARBITRAGE AU NIVEAU INTERNATIONAL.....	17
1.4 L'ARBITRAGE AUX ÉTATS-UNIS.....	18
2- L'ARBITRAGE COLLECTIF DANS LA JURISPRUDENCE.....	20
2.1 ÉTATS-UNIS.....	20
2.2 ONTARIO.....	25
2.3 QUÉBEC.....	26
3- ANALYSE DE L'ARBITRAGE COLLECTIF	29
3.1 ÉTATS-UNIS.....	29
3.2 QUÉBEC.....	32

4 - CONCLUSION	35
5 - RECOMMANDATIONS.....	37
6 - BIBLIOGRAPHIE	38
6.1 Lois du Canada	38
6.2 Lois - autres juridictions	38
6.3 Articles et études.....	39
6.4 Sites Web cités et consultés	40
6.5 Table de la jurisprudence	40

INTRODUCTION

Dans les années 70, le Québec a connu plusieurs nouvelles lois à caractère social. Parmi celles-là, la *Loi favorisant l'accès à la justice*⁵ qui fait de l'accessibilité à la justice un droit fondamental. Dans cet esprit, il faut garantir aux citoyens les moyens de faire reconnaître leurs droits. Dans une société de consommation comme la nôtre, les consommateurs sont souvent désavantagés face aux entreprises leur fournissant les produits et services dont ils ont besoin. Selon le Centre de droit public de l'Université de Montréal, 10 % des Québécois ont accès à l'aide juridique, 10 % ont les moyens de se payer un avocat⁶. On évalue donc que 80% de la population n'a pas accès à la justice, en partie en raison du tarif horaire élevé des avocats. Les entreprises ont pour leur part les moyens de retenir pour les défendre les services d'avocats non seulement expérimentés, mais aussi à l'affût de méthodes pouvant limiter les poursuites contre elles. Les frais afférents au recours devant les tribunaux, en plus des frais de représentation, sont souvent plus élevés que le montant que pourrait réclamer le consommateur. Le rapport de force n'est donc pas le même entre le consommateur et l'entreprise avec laquelle il fait affaire, le même montant pouvant représenter beaucoup plus pour le premier que pour le second. La *Loi sur la protection du consommateur*⁷, adoptée dans la même vague, veut assurer un minimum de protections législatives aux consommateurs et réglementer les pratiques commerciales des entreprises. Si un commerçant contrevient à une disposition de cette loi, le consommateur peut intenter un recours devant un tribunal de droit commun, soit la Cour du Québec ou la Cour supérieure⁸.

La *Loi sur le recours collectif*⁹ est une autre loi visant à améliorer l'accès à la justice adoptée dans les années 70. En effet, cette procédure particulière veut éliminer certains obstacles rencontrés par les justiciables lors des recours traditionnels. Elle prévoit l'élimination des contraintes économiques grâce, entre autres, à la création d'un Fonds d'aide aux recours collectifs¹⁰. De plus, les membres du recours n'ont pas à déboursier les honoraires puisque ceux-ci sont généralement constitués

⁵ *Loi favorisant l'accès à la justice*, L.Q. 1971, c.86.

⁶ Statistiques provenant du Centre de droit public de l'Université de Montréal.

⁷ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c.P-40.1 (article 2, 271, 272).

⁸ Articles 22 et ss., C.P.C.

⁹ *Loi sur le recours collectif*, L.R.Q., c. R-2.1

¹⁰ *Idem*, article 6.

d'un pourcentage qui est prélevé sur le règlement du recours. Plusieurs consommateurs lésés par une même entreprise peuvent ensemble se faire représenter pour obtenir le remboursement d'une réclamation même modeste¹¹. Les forces entre les deux parties en litige, les consommateurs et les entreprises, sont alors rééquilibrées. Depuis, de plus en plus de consommateurs se regroupent dans le cadre d'un recours collectif pour poursuivre les entreprises. En réaction à cet engouement, les entreprises et leurs avocats ont développé des techniques afin de décourager les consommateurs d'intenter un recours collectif. Dans les contrats imposés aux consommateurs, les entreprises ont développé des moyens de détourner les consommateurs des tribunaux grâce à certaines clauses. Ces clauses renvoient tout différend entre les contractants à une procédure d'arbitrage privée et confidentielle. C'est donc un arbitre qui tranchera leur litige et non un tribunal. Rédigées spécifiquement dans le but d'empêcher un recours collectif, ces clauses d'arbitrage diminuent l'accès à la justice des consommateurs. Certaines compagnies vont même jusqu'à inclure une clause interdisant expressément un recours collectif dans leur contrat de vente ou de service.

La procédure d'arbitrage a effectivement connu une grande évolution tant nationale qu'internationale et plusieurs lois ont été adoptées favorisant son utilisation. Au Québec, le Code civil du Québec¹² et le Code de procédure civile¹³ légifèrent l'arbitrage conventionnel. Cette manière de régler un litige sans passer par le processus judiciaire est peut-être efficace, car l'arbitre a le pouvoir de rendre une décision finale, obligatoire et exécutoire¹⁴. La politique en faveur de l'arbitrage entraîne donc les tribunaux à donner effet aux clauses d'arbitrage incluses dans les contrats, ainsi qu'à respecter les sentences rendues par les arbitres¹⁵.

Comment le consommateur peut-il avoir une garantie d'accès à la justice dans le contexte actuel? Malgré l'augmentation récente des recours collectifs, il y a, de manière générale, une diminution du nombre de poursuites déposées devant les tribunaux. Il faut donc développer d'autres modes de

¹¹ Voir Conférence Insight du 24 et 25 janvier 2005: Le recours collectif: une voie d'accès à la justice indispensable pour les consommateurs, Louise Rozon.

¹² *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c.64, ci-après C.c.Q.

¹³ *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, ci-après C.P.C.

¹⁴ Article 945.4, 946.6, 947, C.P.C.

¹⁵ Frédéric Bachand, « L'arbitrage conventionnel au Québec » à <http://francais.mcgill.ca/arbitration/>, dernier accès 26 mars 2007.

règlement de conflit tout en s'assurant que les droits des consommateurs pourront être protégés. Les entreprises étant de plus en plus puissantes et leurs avocats de plus en plus aptes à trouver le moyen d'éviter les poursuites et à perpétuer des pratiques commerciales désavantageuses, il est primordial de se pencher sur les moyens de contrôler ces déséquilibres. De plus, les contrats et amendements fait par Internet augmentent les risques pour les consommateurs de contracter à leur désavantage. Comment, par la suite, peuvent-ils faire valoir leurs droits contre ces entreprises?

Certains états des États-Unis ont développé un mode hybride, l'arbitrage collectif, qui permet aux consommateurs qui ont conclu des conventions d'arbitrage et sont donc obligés d'intenter leur recours en vertu de cette procédure, de se regrouper et de se faire représenter dans le cadre d'un arbitrage collectif. Cette possibilité récemment offerte par certains tribunaux américains n'est cependant pas encore reconnue partout et laisse certaines questions en suspend. L'arbitrage collectif est-il une voie intéressante pour le consommateur, les entreprises et l'administration de la justice? Cette procédure serait-elle possible et souhaitable au Québec?

Nous tenterons de répondre à ces questions dans le présent texte divisé en trois parties. Dans la première, nous décrirons la procédure des recours collectifs et de l'arbitrage collectif, les dispositions législatives pertinentes, les principales applications ainsi que les avantages et inconvénients de telles procédures. Dans la deuxième partie, nous décrirons l'arbitrage collectif tel qu'il a été utilisé par certaines cours aux États-Unis. L'analyse des principaux arrêts nous permettra de voir comment se profile ce nouveau mode de règlement de litige chez notre voisin du Sud. Nous analyserons la jurisprudence de l'Ontario et du Québec sur le sujet. En effet, l'arrêt Dell porté en appel à la Cour Suprême du Canada en septembre 2006 ouvre la porte à une juxtaposition de la procédure de recours collectif et de celle de l'arbitrage. Finalement, la troisième partie fera état d'une analyse évaluant la pertinence de cette procédure aux États-Unis et au Canada.

1 - LES RECOURS COLLECTIFS ET L'ARBITRAGE

1.1 LES RECOURS COLLECTIFS

Pour des raisons d'efficacité, on permet, depuis l'adoption de la *Loi sur le recours collectif*¹⁶ en 1978, aux justiciables de se regrouper dans une seule et même procédure judiciaire pour réclamer à un même défendeur une somme qui leur est due pour la même raison. Codifiée aux articles 1000 et suivants du Code de procédure civile, cette procédure favorise l'accès à la justice en éliminant les contraintes économiques faisant trop souvent obstacle aux consommateurs incapables de déboursier les frais d'avocats et les frais de Cour, surtout lorsqu'il s'agit de réclamer des sommes modestes. Ce contrepoids fait en sorte que les personnes lésées par les entreprises pourront dorénavant faire valoir leurs droits contre les pratiques commerciales inéquitables ou illégales, et recevoir une réparation¹⁷. Au lieu d'intenter plusieurs recours distincts donnant une plus grande charge de travail aux tribunaux et risquant de recevoir des décisions contradictoires qui diminueraient la confiance des citoyens dans le système judiciaire, les décisions rendues suite aux recours collectifs peuvent enrayer certaines pratiques commerciales illégales. En effet, les entreprises concurrentes voyant que ces pratiques peuvent entraîner des poursuites et des condamnations à rembourser, les décisions des juges pourront avoir un effet dissuasif sur elles. De plus, on évite la répétition des mêmes litiges devant les tribunaux et un seul juge n'a pas à se familiariser avec les faits et le droit applicable dans chaque cas.

À l'heure actuelle, huit provinces canadiennes ont adopté des lois encadrant les recours collectifs. En 1978, le Québec a été la première juridiction à avoir adopté une telle loi¹⁸. L'Ontario et la Colombie-Britannique ont suivi respectivement en 1993 et 1995¹⁹. Depuis ce temps, cinq autres provinces se sont jointes à elles: la Saskatchewan, Terre-Neuve, le Manitoba, l'Alberta et le

¹⁶ *Loi sur le recours collectif*, L.R.Q., c. R-2.1

¹⁷ Supra note 12.

¹⁸ *Code de procédure civile*, L.R.Q. c. C-25, Livre IX, art.999 et ss.

¹⁹ Ontario: *Class Proceedings Act*, 1992, S.O.1992, c. 6; Colombie-Britannique : *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c.50.

Nouveau-Brunswick²⁰. Seules l'Île du Prince Édouard et la Nouvelle-Écosse n'ont pas adopté de législation encadrant spécifiquement cette procédure²¹.

Les quatre conditions que les requérants doivent remplir pour obtenir l'autorisation d'exercer un recours collectif sont les suivantes : ils doivent soulever des questions de droit ou de fait identiques ou similaires; les faits doivent sembler justifier la conclusion recherchée; la composition du groupe ne doit pas être favorable à la jonction ou la réunion d'actions; et les membres doivent être adéquatement représentés²².

En plus des critères relatifs à l'autorisation d'un recours collectif, les tribunaux ontariens ont précisé que la loi portant sur les recours collectifs devait être interprétée en tenant compte des trois objectifs principaux déterminés par la Commission de réforme du droit de l'Ontario soit : l'amélioration de l'accès à la justice, l'augmentation de l'efficacité judiciaire et l'effet dissuasif sur les entreprises²³.

Dans le même sens, la Cour suprême du Canada a récemment souligné l'importance de cette procédure qui atteint trois objectifs importants : 1) permettre une administration plus économique de la justice, 2) améliorer l'accès à la justice et 3) dissuader les comportements délinquants :

« [...] le recours collectif a trois avantages majeurs sur les poursuites individuelles multiples. Premièrement, par le regroupement d'actions individuelles semblables, le recours collectif permet de faire des économies de ressources judiciaires en évitant la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit. Deuxièmement, en répartissant les frais fixes de justice entre les nombreux membres du groupe, le recours collectif assure un meilleur accès à la justice en rendant économiques des poursuites que les membres du groupe auraient jugées trop coûteuses pour les tenter individuellement.

²⁰ Saskatchewan: *Class Actions Act*, S.S. 2001, c. C-12.01; Terre-Neuve: *Class Actions Act*, S.N.L. 2001, c.C-18.1; Manitoba: *Class Proceedings Act*, C.C.S.M. c. C130; Alberta: *Class Proceedings Act*, S.A. 2003, c. C-16.6; Nouveau-Brunswick: *Class Proceedings Act*, S.N.B. 2006, c.C-5.15.

²¹ À noter : Des procédures en recours collectifs pourraient être intentées dans ces juridictions même en l'absence de législation spécifique. En effet, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres v. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534 a indiqué qu'en l'absence de dispositions particulières, la Cour fait appel à son pouvoir inhérent pour établir des règles afin de faciliter l'exercice de droits collectifs.

²² Article 1003 C.P.C.

²³ Ontario Law Reform Commission, *Report on class actions*, Toronto, Ministry of the Attorney General, 1982 et *Chalda et al. v. Bayer Inc.* [1999] 45 O.R. (3d) 29 at 36.

Troisièmement, le recours collectif sert l'efficacité et la justice en faisant en sorte que les malfaisants actuels ou éventuels prennent pleinement conscience du préjudice qu'ils infligent ou qu'ils pourraient infliger au public et modifient leur comportement en conséquence. »²⁴

1.2 L'ARBITRAGE AU QUÉBEC

Les mêmes objectifs d'efficacité ont donné naissance à un outil moderne de règlement de conflit : l'arbitrage. Afin de diminuer l'engorgement des tribunaux et d'améliorer l'accès des justiciables à la justice par une procédure moins coûteuse et plus simple, le législateur a intégré au processus judiciaire une procédure hors-cour. Le Livre VII du Code de procédure civile prévoit la procédure applicable lorsque les deux parties contractantes ont prévu l'arbitrage comme mode de règlement de conflit. Cette convention d'arbitrage, souvent une clause dans un contrat, exclut le recours aux tribunaux²⁵.

La validité de la convention d'arbitrage est le premier élément à prendre en compte. Constatée par écrit, cette convention est considérée comme un contrat en soi, et est soumise aux règles applicables à tous les contrats. Ainsi, les parties doivent consentir à recourir à l'arbitrage et avoir l'intention de soumettre tout litige les opposant à un arbitre. Les litiges de compétence exclusive de la Cour supérieure ne pourront être réglés par l'arbitrage²⁶. La convention d'arbitrage peut, comme tout contrat, être modelée selon la volonté des parties, lesquelles sont donc libres de convenir des règles qui seront applicables. Cependant, des règles supplétives sont prévues dans le Code de procédure civile²⁷. Les parties peuvent même décider de faire trancher le litige selon la règle d'équité au lieu des règles de droit, la seule limite étant l'obligation de l'arbitre de respecter les règles d'ordre public. Les parties peuvent adopter des règles préparées d'avance par des institutions spécialisées et bénéficier de leur soutien administratif. Cependant, le recours à ce genre d'arbitrage est plus coûteux car ces institutions doivent être rémunérées pour leurs services. Le choix des arbitres peut aussi être prévu dans les termes du contrat selon la volonté des parties.

²⁴ *Hollick c. Toronto (Ville de)*, [2001] 3 R.C.S. 158, paragraphe 15. Voir aussi : *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, paragraphes 27-29.

²⁵ Article 2638 C.c.Q.

²⁶ Article 940.2 C.P.C.

²⁷ Articles 940 et ss. C.P.C. et 2643 C.c.Q.

Un seul arbitre sera moins coûteux et rendra plus rapidement sa décision, mais le choix de trois arbitres permet à chaque partie d'en nommer un, ce qui augmente la confiance dans le processus. Les arbitres sont des juges privés indépendants et impartiaux possédant les pouvoirs et l'immunité nécessaires à l'exercice de leurs compétences²⁸. L'arbitrage est privé et confidentiel, à moins que des dispositions législatives n'obligent la divulgation de certaines informations. La décision rendue lors d'un arbitrage a la particularité d'être sans appel sur son bien-fondé²⁹. La jurisprudence a reconnu que les conventions d'arbitrage devaient recevoir une interprétation large et libérale³⁰.

Le plus grand avantage de cette procédure est sa rapidité, surtout dans le contexte où le nombre élevé de causes devant les tribunaux porte à plus d'un an l'attente avant d'avoir une date de procès. En effet, la phase préalable est plus courte et l'audition peut avoir lieu dès que les parties sont prêtes. Sans possibilité d'appel, la décision est exécutoire rapidement. La flexibilité de cette procédure représente également un avantage majeur pour les parties qui peuvent modeler à leur gré le processus et prévoir la langue, le lieu, les règles de preuve qui les arrangent. Elles peuvent aussi choisir des personnes qualifiées dans le domaine du conflit pour arbitrer le litige. De manière générale, ce processus est moins coûteux qu'un recours intenté devant les tribunaux judiciaires, mais les honoraires des avocats ou des arbitres peuvent tout de même être dispendieux. Le pouvoir des arbitres étant plus limité que celui des juges, il se peut que l'on doive recourir aux tribunaux dans le cadre de la procédure arbitrale pour contraindre des témoins ou émettre des injonctions. Le processus devient alors plus complexe, plus long et plus coûteux, et il perd de sa confidentialité.

1.3 L'ARBITRAGE AU NIVEAU INTERNATIONAL

Autrefois réticents, les États sont de plus en plus favorables à l'arbitrage. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a élaboré une loi type sur laquelle se sont basées toutes les juridictions canadiennes pour légiférer l'arbitrage³¹. La réforme de 1986 du Code

²⁸ Article 944.1 C.P.C.

²⁹ Article 945.8 C.P.C.

³⁰ *Desputaux c. Éditions Chouette (1987) Inc.*, [2003] 1 R.S.C. 178, para. 35.

³¹ Site de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Loi type de la CNUDI sur l'arbitrage commercial international* (1985) à

http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html, dernier accès 26 mars 2007.

de procédure civile découlait de la volonté du Québec de suivre la tendance internationale dans ce domaine³². De plus, la Convention de New York adoptée en 1958 par les Nations Unies, oblige les tribunaux à reconnaître la validité des clauses d'arbitrage et à respecter les sentences rendues par les arbitres ou les organismes d'arbitrage permanents dans les autres États³³. La pratique du commerce international est donc de favoriser l'arbitrage comme mode de règlement de litige. Cette tendance s'avère particulièrement intéressante lorsque les litiges comportent une dimension internationale. En effet, il est souhaitable de prévoir dans le contrat commercial, le pays où une poursuite pourra être intentée, évitant ainsi certaines incertitudes. Cependant, l'arbitrage commercial visé par la Convention de New York ne s'applique pas aux contrats signés entre un consommateur et une entreprise³⁴.

1.4 L'ARBITRAGE AUX ÉTATS-UNIS

Aux États-Unis, on privilégie aussi l'arbitrage depuis les années 80, et son utilisation a grandement augmenté au fil des années. Les conventions d'arbitrage sont généralement appliquées et obligatoires, à moins qu'elles ne soient trouvées invalides en vertu des mêmes règles de droit ou d'équité que tout autre contrat. Depuis l'adoption en 1925 du *Federal Arbitration Act*³⁵, les conventions d'arbitrage et les autres contrats sont traités sur un sur un pied d'égalité dans les tribunaux³⁶, cette loi a été interprétée par certains comme instituant une politique fédérale pro-arbitrage et comme ayant préséance sur les lois des différents états³⁷. Les contrats de consommation comportent de plus en plus de clause d'arbitrage et les entreprises américaines ont rapidement uniformisé leurs pratiques en intégrant systématiquement des clauses d'arbitrage dans leurs contrats. On le sait, ces contrats sont la plupart du temps des contrats d'adhésion et le consommateur n'a aucun pouvoir de négociation. La politique fédérale interprétant l'application des

³² John E.C. Brierly, « Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage », (1987) 47 R. du B., 259-271, par. 20.

³³ Site de la CNUDI Supra note 29, *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (Convention de New York), article 1 à http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html, dernier accès 26 mars 2007.

³⁴ Joseph M. Matthews, « Consumer arbitration : is it working now and will it work in the future? », 79 Fla. Bar J.1, April 2005.

³⁵ Federal Arbitration Act, ch.213, 43 stat. 83 (1925).

³⁶ Joshua S. Lipshutz, « The Court's implicit roadmap : Charting th prudent course at the juncture of mandatory arbitration agreements and class action lawsuits » 57 Stan. L. Rev. 1677, April 2005.

³⁷ *Southland v. Keating*, 465 U.S. 1 (1984).

termes des contrats comme le reflet de la volonté des parties a rendu beaucoup plus difficiles les requêtes visant à les invalider. La Cour a même reconnu qu'une clause d'arbitrage incluse dans une clause externe, ou intégrée au contrat par un amendement subséquent, ou encore inscrite sur une carte envoyée dans la boîte contenant le produit, serait opposable aux consommateurs³⁸.

L'*American Arbitration Association* ayant pour mission le développement et l'utilisation plus répandue d'autres moyens de règlement de litiges rapides, efficaces et économiques, est devenue l'institution d'arbitrage la plus populaire. Bien que cette association ait adopté plusieurs protocoles afin de faciliter l'arbitrage pour les consommateurs, ceux-ci sont souvent lésés par cette procédure exclusive. Pour eux, l'arbitrage comporte plusieurs inconvénients. D'abord, l'organisme exige des parties qui font appel à ses services qu'elles défraient les salaires des arbitres et d'autres charges administratives. Ces frais sont d'au moins 500\$ pour les réclamations de moins de 10 000\$. La procédure empêche la présentation de toute nouvelle preuve deux jours avant l'audition, ce qui porte souvent préjudice aux requérants. Les arbitres, le plus souvent issus du milieu des affaires, seront parfois enclins à conclure en faveur des entreprises. Ajoutons à cela que les arbitres ne soient pas tenus de motiver leurs décisions, qui sont sans appel, sauf pour des raisons de fraude, de corruption ou parce que manifestement déraisonnables. Finalement, l'arbitrage étant une procédure confidentielle, elle n'a pas la vocation exemplaire des jugements rendus en cours pouvant dénoncer certaines mauvaises pratiques des entreprises. L'arbitre lié par les termes du contrat ne peut imputer les honoraires des avocats à la partie perdante que si la convention d'arbitrage le permet. Rares sont les avocats prêts à accepter des mandats d'arbitrage de petits montants, car ces causes ne leur rapportent pas beaucoup³⁹. Bien que l'inclusion des conventions d'arbitrage dans les contrats de consommation soit de plus en plus commune dans la pratique commerciale afin d'empêcher les consommateurs de poursuivre les entreprises par recours collectifs, les tribunaux américains sont encore confrontés à la question de l'inopposabilité de ces clauses dite compromissaires.

³⁸ Katherine Van Wezel Stone, "Rustic Justice: Community and Coercion Under the Federal Arbitration Act", 77 N.C.L. Rev. 962, 963, et *Hill v. Gateway 2000 Inc.*, 105 F. 3d. 1147 (7th Cir. 1997).

³⁹ Frederick L. Miller, « Consumer law : arbitration clauses in consumer contracts: building barriers to consumer protection », 78 MI Bar Jnl. 302, March 1999.

2 - L'ARBITRAGE COLLECTIF DANS LA JURISPRUDENCE

2.1 ÉTATS-UNIS

Les recours collectifs intentés par les consommateurs pour régler les différends les opposant aux entreprises leur vendant produits et services se sont vite multipliés et les entreprises ont dû verser de grosses sommes en remboursement des profits indûment acquis et en réparation du tort fait aux consommateurs. La plupart de ces réclamations n'auraient pas pu être obtenues par les consommateurs de façon individuelle. C'est en se regroupant qu'ils ont la possibilité de poursuivre les grandes entreprises par recours collectifs. Profitant de la tendance simultanée favorisant l'arbitrage comme moyen de régler un litige, les entreprises ont modifié leurs pratiques commerciales relatives à la façon de contracter. Elles ont inclus lors de la rédaction de leurs contrats de vente ou de services, des clauses empêchant les signataires de les poursuivre collectivement devant les tribunaux. Ces clauses dites compromissaires renvoient le règlement de tout conflit à une procédure d'arbitrage. Ces clauses constituent ainsi une convention d'arbitrage rendant cette procédure obligatoire et détournant tout litige des tribunaux judiciaires. Les consommateurs, leurs avocats et les associations de protection des consommateurs ont, bien sûr, tenté de contourner ces clauses en attaquant leur validité. Le premier argument pour invalider les clauses compromissaires⁴⁰ est la doctrine dite « doctrine of unconscionability » qui correspond en droit civil à l'idée que, pour être opposable, une clause ou un contrat doit exprimer la volonté des parties. Dans les contrats de consommation, les consommateurs signent des textes rédigés par les entreprises sans pouvoir en négocier le contenu. Ils n'ont que le choix d'y adhérer ou pas. Ces contrats sont d'adhésion⁴¹. La signature d'un tel contrat par le consommateur n'exprime donc pas nécessairement sa volonté de renoncer aux recours judiciaires qui lui sont par ailleurs permis par la loi. Il paraît clair qu'un individu ne peut volontairement et consciemment renoncer à tout moyen

⁴⁰ Myriam Gilles, « Opting out of liability : the Forthcoming, near-total demise of the modern class action », 104 Mich. L. Rev. 373, Décembre 2005.

⁴¹ Au Québec, les contrats d'adhésion sont définis à l'article 1379 C.c.Q. : Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées. Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré.

de pouvoir réclamer un montant, même modeste, qu'une compagnie lui devrait et ce, avant même la naissance de ce droit.

L'état de la Californie reconnaît l'inégalité et l'injustice qu'entraînent ces clauses pour les consommateurs et utilise cet argument pour justifier un arbitrage collectif. En effet, malgré qu'un contrat contienne une clause rendant l'arbitrage obligatoire pour le règlement du litige, cet état va permettre une procédure collective d'arbitrage. Cette procédure est le moyen de donner effet à la convention d'arbitrage qui serait autrement abusive si le consommateur perdait son droit de se regrouper en recours collectif. Ainsi, lorsque la convention d'arbitrage n'est pas déclarée invalide ou nulle par la Cour et que l'arbitrage s'avère obligatoire, certaines cours ont reconnu qu'il fallait alors permettre aux consommateurs de se regrouper dans le cadre même de la procédure arbitrale. Cette procédure hybride d'arbitrage collectif n'est toutefois pas encore clairement acceptée.

L'affaire Keating⁴² a analysé l'insertion d'une convention d'arbitrage dans un contrat de franchise selon les incidences de cette convention d'abord sur l'individu, puis sur l'ensemble des individus franchisés en vertu du même contrat. Ainsi, la Cour a déterminé qu'une procédure d'arbitrage collectif doit être autorisée si les faits remplissent les critères des recours collectifs, si les circonstances particulières de la cause impliquent plusieurs personnes, dans l'éventualité où un arbitrage individuel entraînerait un préjudice, la réclamation étant trop modeste. C'est donc à défaut d'une autre alternative et dans l'intérêt de la justice que l'arbitrage collectif est permis⁴³. Ici la Cour a utilisé son pouvoir de discrétion pour trouver une solution aux problèmes soulevés par l'affaire en question, mais elle n'a pas établi de critères précis pour l'application future de sa règle. Un arbitrage collectif amoindrit les principaux avantages de l'arbitrage, que sont l'efficacité et les faibles coûts qui y sont associés dans. Il semble donc que la Cour ait favorisé les avantages des recours collectifs plutôt que les avantages de l'arbitrage, et ce à l'encontre de la jurisprudence antérieure donnant préséance à la politique favorisant l'arbitrage⁴⁴. L'affaire Keating a donc été la

⁴² *Keating v. Superior Court*, 645 P. 2d 1192 (Cal. 1982)

⁴³ Elizabeth P. Allor, « Keating v. Superior Court: oppressive arbitration clauses in adhesion contracts », 71 Calif. L. Rev. 1239, July 1983.

⁴⁴ *Vernon v. Drexel Burnham & Co.*, 52 Cal. App. 3d 706, 125 Cal. Rptr 147 (1975)

première décision introduisant la notion d'arbitrage collectif en étendant la possibilité de réunir plusieurs procédures arbitrales (« consolidation of arbitration proceedings »)⁴⁵. Cependant, la principale différence entre une procédure collective (« class proceeding ») et une réunion d'action réside dans l'absence des parties. Les règles de la procédure par recours collectif sont d'ailleurs spécialement édictées pour palier cette absence.

Dans le domaine de la consommation, la Cour suprême des États-Unis a précisé dans l'affaire *Green Tree* qu'il appartenait à l'arbitre de décider si un recours collectif était permis dans le cadre d'un arbitrage obligatoire contractuel⁴⁶. En effet, quant à savoir si l'insertion d'une convention d'arbitrage dans un contrat de consommation autorise ou non un arbitrage collectif. Il s'agit d'une question d'interprétation du contrat et les signataires d'un contrat comportant une clause d'arbitrage obligatoire semblent avoir convenu qu'un arbitre devrait résoudre les conflits résultant de ce contrat. La Cour se base entre autre sur le principe établi par l'arrêt *Mitsubishi* énonçant que tout doute concernant l'étendue des questions devant être soumises à l'arbitre doit être résolu en faveur de l'arbitre⁴⁷. Les tribunaux ont donc le pouvoir de décider de la validité des clauses d'arbitrage et de leur applicabilité. Mais une fois la convention d'arbitrage validée, c'est l'arbitre qui décide de la procédure à suivre⁴⁸. La Cour suprême des États-Unis, en annulant la décision de la Cour suprême de Caroline du Sud et renvoyant la cause à l'arbitre, ne s'est toutefois pas prononcée sur l'arbitrage collectif en soi.

Selon l'interprétation de la plupart des tribunaux américains, le *Federal Arbitration Act* ne permet pas l'arbitrage collectif à moins qu'il ne soit expressément prévu au contrat. Par contre, l'approche californienne va désormais plus loin que l'arrêt *Keating* en établissant que l'application de l'arbitrage collectif devait avoir préséance sur l'objectif de cette loi fédérale sur l'arbitrage, qui tend à vouloir renforcer les termes du contrat⁴⁹. En outre, dans le cas d'un contrat de consommation excluant expressément l'arbitrage collectif rédigé par une grande entreprise de télécommunication, les tribunaux ont déterminé qu'une telle convention était inopposable aux consommateurs en vertu

⁴⁵ Code of civil proceedings, § 1281.3

⁴⁶ *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 123 S. Ct 2402 (2003)

⁴⁷ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.* 473 U.S. 614 à 626

⁴⁸ Voir aussi *Howsan v. Dean Witter Reynolds Inc.* 537 U.S. 79, 83 (2002)

⁴⁹ *Blue Cross v. Superior Court*, 78 Cal. R.p.t.r. 2d 779 (1998)

du principe de consentement en vigueur en Californie (« California unconscionability law »). En effet, le contrat d'adhésion ne permet pas au consommateur de faire un choix éclairé sur les termes de l'entente et l'interdiction de recours collectif peut le dépouiller de ses droits de recours⁵⁰.

Il faut noter que les juges dissidents dans l'affaire Green Tree ont confirmé la tendance jurisprudentielle à l'effet que l'interprétation du contrat, pour déterminer ce qui doit être soumis à l'arbitrage, est du ressort de la Cour⁵¹. De plus, ils ont précisé qu'une convention d'arbitrage prévoyant soumettre à l'arbitrage tout litige entre un consommateur et la compagnie excluait par l'emploi du singulier un arbitrage collectif de plusieurs consommateurs. Après cette décision de la majorité dans l'affaire Green Tree, l'*American Arbitration Association* a élaboré des règles et procédures pour le déroulement d'un arbitrage collectif⁵² et a arbitré plus de 85 arbitrages collectifs⁵³.

L'arrêt Discover Bank présente une autre vision. Dans cette affaire, la convention d'arbitrage exclut l'arbitrage collectif⁵⁴. La *Federal Arbitration Act* applicable en l'espèce est interprétée ici comme ayant préséance sur la politique publique de l'état de Californie qui préconise que l'on encourage les recours collectifs et qu'on invalide les clauses compromissaires⁵⁵. La seule façon d'invalider une convention d'arbitrage qui interdit le recours collectif est par les moyens généraux d'invalidation de contrat. L'objectif du législateur en adoptant la *Federal Arbitration Act*, était clairement de renforcer l'effet de l'entente contractuelle, ce qui la met directement en conflit avec la loi californienne donnant droit à un forum judiciaire. La Cour a décidé que la *Federal Arbitration Act* avait préséance et que l'autorisation d'un recours collectif irait à l'encontre de la volonté des parties et serait préjudiciable pour Discover Bank. Mais la Cour Suprême de la Floride, dans l'affaire Buckeye, a conclu à l'inverse que le *Federal Arbitration Act* n'avait pas préséance sur une Cour

⁵⁰ *Ting v. AT & T*, 182 F Supp. 2d 902 C.N.D. Cal. 2002

⁵¹ *First Option of Chicago Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 945 (1995)

⁵² Site de l'American Arbitration Association, Supplementary Rules for Class Arbitrations, à <http://www.adr.org/sp.asp?id=21936>, dernier accès 21 mars 2007.

⁵³ Site de Expert Guides, The legal Media Group Guides to the World's leading lawyers, <http://www.expertguides.com/default.asp?Page=1088GuideID=150&CountryID=118>, dernier accès 22 mars 2007.

⁵⁴ *Szetela v. Discover Bank*, 118 Cal.Rptr. 2d 862 (ct. App. 2002)

⁵⁵ *California Consumer Legal Remedies Act, Federal Arbitration Act*, section 2.

d'état appelée à décider de la validité d'un contrat⁵⁶. La Cour suprême des États-Unis devra donc trancher sur cette question, mais il est fort possible qu'elle suive la tendance générale et accorde plus de pouvoir aux arbitres.

En somme, la question de l'arbitrage collectif se pose dans plusieurs types de contrats. D'abord, lorsque la convention d'arbitrage prévoit expressément la possibilité d'un arbitrage collectif. Dans ce cas, pour l'éviter, une des parties devra prétendre que ledit contrat est invalide en raison de l'infaisabilité de l'arbitrage collectif. Il s'agirait donc d'établir que les règles de procédure de l'arbitrage ne sont pas compatibles avec une procédure collective. Or, on sait que les tribunaux ont reconnu qu'un arbitrage collectif pouvait avoir lieu si l'on s'assure d'un certain contrôle judiciaire. En effet, dans l'affaire Keating, le juge a reconnu la composition du groupe, s'est assuré d'une représentation adéquate et a supervisé la procédure d'avis envoyé aux membres⁵⁷. L'applicabilité d'un arbitrage collectif dépend donc de la question du contrôle judiciaire nécessaire à cette nouvelle procédure. Évidemment, un contrat contenant une clause permettant l'arbitrage collectif est très peu probable. À l'inverse, une convention d'arbitrage interdisant expressément l'arbitrage collectif est de plus en plus fréquente, particulièrement dans le domaine de la consommation. Malgré tout, la jurisprudence nous a montré qu'une telle clause pouvait être inopposable à une partie qui n'a pas eu la possibilité de négocier l'entente et qui est en position de faiblesse par rapport à l'autre partie. Il faut alors déterminer si la *Federal Arbitration Act* a préséance sur la doctrine de l'inopposabilité. La Cour suprême des États-Unis doit encore nous éclairer là-dessus. Lorsque la convention d'arbitrage est silencieuse sur l'arbitrage collectif, certains prétendent qu'une telle convention est une interdiction implicite, d'autres prétendent que la Cour peut l'ordonner. Encore une fois, la Cour Suprême des États-unis ne s'est pas encore clairement prononcée et la décision dans Green Tree en a déçu plus d'un. Cette Cour a conclu que la convention d'arbitrage était ambiguë sur la question de l'arbitrage collectif. Dans ce cas, la décision sur ce que prévoit la convention, soit si celle-ci prévoit ou non un arbitrage collectif, relève de la

⁵⁶ *Cardegna v. Buckeye Check Cashing Inc.*, 894 So. 2d 860 (Fla. 2005)

⁵⁷ à la page 1209, « Without doubt a judicially ordered classwide arbitration would entail a greater degree of judicial involvement than is normally associated with arbitration... The court would have to make initial determinations regarding certification and notice to the class, and if classwide arbitration proceeds it may be called upon to exercise a measure of external supervision in order to safeguard the rights of absent class members to adequate representation and in the event of dismissal or settlement. »

compétence de l'arbitre. L'arrêt Green Tree a tout de même établi une présomption contre l'auteur du contrat dans l'interprétation des volontés des parties et en faveur de l'arbitrage collectif.

2.2 ONTARIO

En Ontario, l'affaire Kanitz⁵⁸ a établi que l'article 20 de la *Loi sur l'arbitrage* permettait de réunir plusieurs procédures d'arbitrage, ce qui semble correspondre à une procédure d'arbitrage collectif. Or, pour déterminer si un recours collectif doit être autorisé, on doit évaluer les autres moyens de régler le conflit⁵⁹. Dans l'affaire Kanitz, la convention d'arbitrage est valide et l'arbitre a le pouvoir de déterminer la procédure à suivre⁶⁰. La *Loi sur l'arbitrage* et la *Loi sur les recours collectifs* doivent être interprétées de façon à co-exister sans que l'une ait préséance sur l'autre. Si une loi devait prévaloir, le législateur l'aurait prévu. Cette décision montre que l'arbitrage ne doit pas être un moyen d'empêcher un consommateur de pouvoir obtenir réparation d'un dommage qu'il a subi.

Dans l'affaire MacKinnon⁶¹, la Cour a statué qu'un recours collectif devait être autorisé si les critères étaient remplis peu importe l'inclusion d'une clause compromissoire. Dans ce cas, la clause est simplement inopérante. Cette décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été suivie par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire Smith⁶² et a précisé que seule la Cour supérieure a juridiction pour entendre un recours collectif, et non pas un arbitre. Ici les deux procédures semblent être incompatibles.

La nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*⁶³ de l'Ontario neutralise toutes les clauses qui tentent de faire renoncer les consommateurs à leurs droits ou de les empêcher d'ester en cour. À

⁵⁸ *Kanitz v. Rogers Cable Inc.*, 2002 O.J. No 655

⁵⁹ *Hollick v. Toronto City* [2001] S.C.J. No 67, para. 31.

⁶⁰ article 20(1) *Loi sur l'arbitrage*

⁶¹ *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2004 BCSC 136 (CanLII)

⁶² *Smith v. National Money Mart Co.*, 2005 CanLII 22225

⁶³ 1 Le consommateur peut, en vertu de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, introduire une instance au nom des membres d'un groupe ou devenir membre d'un groupe dans une telle instance à l'égard d'un différend relatif à une convention de consommation malgré toute condition ou reconnaissance, énoncée dans la convention de consommation ou une convention connexe, qui aurait ou a pour effet de l'empêcher d'introduire un recours collectif ou de devenir membre d'un tel groupe.

moins que leur contrat ne date d'avant le 30 juillet 2005, toutes ces clauses contenues dans les contrats sont frappées de nullité. Les consommateurs n'ont aucune obligation envers elles, même s'ils ont accepté l'entente. Le nouvel article 8 de la loi n'empêche pas de consentir au recours à l'arbitrage mais seulement après la survenue d'un conflit. On ne peut donc pas forcer le consommateur à utiliser l'arbitrage au lieu du tribunal.

2.3 QUÉBEC

Contrairement aux États-Unis où la clause compromissoire est monnaie courante dans la pratique commerciale, la loi québécoise est plus sévère. L'article 1437 du Code civil du Québec, rend nulle une clause d'un contrat d'adhésion ou de consommation si elle désavantage déraisonnablement le consommateur co-contractant. Elle est alors dite abusive. Ainsi, si un consommateur perd sa seule chance de pouvoir réclamer son dû à une entreprise avec laquelle il a contracté en vertu d'une clause d'arbitrage qui l'oblige à poursuivre un arbitrage trop onéreux pour lui seul, cette clause sera déclarée abusive et nulle. De la même façon, l'insertion d'une clause externe dans un contrat de consommation sera déclarée nulle si elle n'est pas portée à la connaissance du consommateur⁶⁴. Le fardeau de prouver qu'au moment de la conclusion du contrat, le consommateur avait connaissance de l'existence et du contenu d'une clause externe, repose sur le commerçant ou l'entreprise ayant rédigé le contrat.

Dans l'affaire Dell⁶⁵, un consommateur a acheté un ordinateur par commande électronique⁶⁶. Le contrat de vente publié sur Internet comprend une clause d'arbitrage qui l'oblige à régler tout litige par une procédure arbitrale établie par le National Arbitration Forum, conformément à son code de procédure. Il s'agit donc d'une clause externe et Dell n'a pas pu faire la preuve que cette clause avait dûment été portée à la connaissance du consommateur. La clause est déclarée nulle et

2 Le consommateur, le fournisseur et les autres personnes touchées par un différend qui peut donner lieu à un recours collectif peuvent convenir de le régler au moyen de toute procédure que prévoit la loi.

3 Le règlement ou la décision qui résulte de la procédure convenue en vertu du paragraphe (2) lie les parties dans la même mesure que s'il résultait d'un différend relatif à une convention que ne vise pas la présente loi.

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

⁶⁴ Article 1453 C.c.Q.

⁶⁵ *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2005 CanLII 570 (QC C.A.)

⁶⁶ *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2005 CanLII 570 (QC C.A.)

inopposable au consommateur. Par ailleurs, d'autres décisions de la jurisprudence ont déjà établi la nullité d'une clause compromissoire contenue dans une clause externe⁶⁷. L'appel de Dell est donc rejeté et la décision de la Cour supérieure de janvier 2004 accueillant la requête de plusieurs consommateurs dans la même situation d'exercer un recours collectif prenait effet⁶⁸. La Cour d'appel se prononce tout de même sur les prétentions de l'appelante. D'abord, la Cour rappelle que même si le conflit présente un caractère d'ordre public, par l'application en l'espèce de la *Loi sur la protection du consommateur*, l'arbitrage n'est pas nécessairement exclu⁶⁹. Par contre, il est clair que les parties ne peuvent déroger à la *Loi sur la protection du consommateur* par convention (article 261 LPC) et que le consommateur ne peut renoncer à ses droits prévus par cette loi (article 262 LPC). L'exercice de ces droits devant les tribunaux peut se faire devant un arbitre et un arbitre a la compétence nécessaire pour rendre une sentence relevant de la *Loi sur la protection du consommateur*. Quant à savoir si une convention d'arbitrage fait nécessairement obstacle à un recours collectif, la Cour mentionne que la loi régissant les recours collectifs ne contient aucune restriction sur la nature du recours pouvant être intenté par cette procédure. Par contre, le droit de recourir à l'arbitrage n'est pas absolu et certains conflits ne peuvent en faire l'objet (article 2639 C.c.Q.). Il s'agit d'une question qui doit être analysée cas par cas. Nous attendons la décision de la Cour suprême du Canada dans cette affaire⁷⁰. Dans le domaine des conventions collectives en droit du travail, la Cour supérieure a déjà élargi l'arbitrage pour y joindre plusieurs personnes touchées par un même litige⁷¹.

L'arrêt Muroff⁷² a réaffirmé en 2006 la position soutenue dans Dell à l'effet que la validité des clauses compromissoires devait être décidée avant d'autoriser un recours collectif. En décembre 2006, la *Loi sur la protection du consommateur* a été modifiée pour interdire les clauses d'arbitrage

⁶⁷ *Chassé c. Union canadienne* [1999] R.R.A. 165 (C.S.), *Éclipse Optical inc. c. Bada U.S.A. inc.*, JE 98-8

⁶⁸ *Union des Consommateurs c. Dell Computer Corp.*, 2004 CanLII 32168 (QC C.S.)

⁶⁹ *Desputaux c. Les Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178. où une disposition de la *Loi sur le droit d'auteur*, loi d'ordre public, donnant compétence aux tribunaux provinciaux et à la Cour fédérale, n'exclu pas le processus arbitrale mais ne fait qu'identifier le tribunal qui, au sein de l'organisation judiciaire, aura compétence.

⁷⁰ Autorisation d'aller en appel à la Cour Suprême du Canada accordée le 19 janvier 2006 (Cour d'appel du Québec, 30 mai 2005).

⁷¹ *Bourque c. Laboratoires Abbaott Ltée*, J.E. 2001-1240 (C.S.) et *Guns N'Roses Missouri Storm Inc. c. Productions Musicales Donald K. Donald*, [1994] R.J.Q. 1183 (C.A.)

⁷² *Muroff c. Rogers Wireless inc.*, 2006 CanLII 467 (QC C.A.)

obligatoire. En effet, le nouvel article 11.1 mentionne que: « Est interdite la stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, soit de restreindre son droit d'ester en justice, notamment en lui interdisant d'exercer un recours collectif, soit de le priver du droit d'être membre d'un groupe visé par un tel recours. Le consommateur peut, s'il survient un litige après la conclusion du contrat, convenir alors de soumettre ce litige à l'arbitrage. » Les clauses interdisant d'exercer un recours collectif sont donc devenues invalides.

3 - ANALYSE DE L'ARBITRAGE COLLECTIF

3.1 ÉTATS-UNIS

Il est clair que le débat n'est pas encore terminé sur la question de l'arbitrage collectif. D'une part, la Cour suprême des États-Unis ne s'est pas prononcée clairement et, d'autre part, la loi ne prévoit pas une telle procédure. De façon générale, les entreprises sont d'avis que les conventions d'arbitrage constituent une volonté d'exclure toute procédure judiciaire incluant les recours collectifs et que l'arbitrage est aussi bénéfique pour les consommateurs qu'il l'est pour elles, car en diminuant leurs frais et dépenses de Cour, elles peuvent réduire les coûts appliqués aux produits et services. Les sentences arbitrales sont souvent en leur faveur, elles sont moins chères, prévisibles et confidentielles. Par ailleurs, les consommateurs et leurs représentants estiment que s'ils ne peuvent plus intenter des recours collectifs, ils ont alors perdu leurs droits fondamentaux de pouvoir poursuivre. Les supporters des recours collectifs et ceux de l'arbitrage invoquent les mêmes arguments d'efficacité et de réduction des coûts, mais les tenants de l'arbitrage ne sont pas les mêmes que ceux qui favorisent les recours collectifs. D'après Lipshutz, le Congrès devrait se pencher sur la question et décider si l'arbitrage collectif est un moyen de régler un litige suffisamment important, malgré son efficacité moindre, et trancher pour interdire les clauses empêchant les recours collectifs et prévoir s'il y a lieu des règles de procédures applicables aux arbitrages collectifs. Le National Association of Consumer Advocates croit aussi que la loi fédérale sur l'arbitrage devrait être modifiée afin de faire la distinction entre les arbitrages entre deux entreprises, entre des franchisés et leur franchise, entre employés et employeurs, et entre commerçants et consommateurs. Ces derniers ne devraient pas être contraints par des clauses d'arbitrage obligatoire⁷³. Les règles ont d'ailleurs changé pour éviter aux concessionnaires d'automobiles d'être contraints par des clauses d'arbitrage imposées par les manufacturiers. Comment se fait-il qu'ils puissent eux imposer de telles clauses aux acheteurs?

⁷³ Site www.naca.net, NACA class action guidelines. à <http://64.233.167.104/search?q=cache:WZlrxhZspekJ:www.naca.net/RevisedGuidelines090706.pdf+NACA+class+action+guidelines&hl=fr&ct=clnk&cd=3&gl=ca>, dernier accès 27 mars 2007.

Il paraît donc essentiel de considérer l'arbitrage collectif comme un moyen d'améliorer l'accès à la justice, car rien aux États-Unis n'interdit aux entreprises d'inclure des clauses compromissaires dans leurs contrats. L'apport incontesté des recours collectifs semble donc bafoué. N'oublions pas les lobbys du monde des affaires qui s'assurent, par des conférences et des publications, que les entreprises apprennent les meilleurs moyens d'éviter de grosses poursuites. De plus, le phénomène des clauses compromissaires est encore relativement récent, et les consommateurs ne sont pas informés de leurs incidences. Lors de la conclusion du contrat, le consommateur n'est pas vraiment informé de la portée et des conséquences de telles clauses. De façon générale, la seule véritable raison d'interdire un recours collectif est la liberté de contracter. Or, on sait que dans le cas des contrats d'adhésion, la volonté des parties n'est pas réellement exprimée.

Le principal problème posé par le déroulement de cette nouvelle procédure hybride est le degré d'intervention judiciaire dans le processus d'arbitrage collectif. Certains disent qu'en convenant de régler un litige par la voie de l'arbitrage, les parties conviennent de renoncer à certaines procédures propres au processus judiciaire⁷⁴. En effet, l'arbitrage est une volonté de régler un litige hors cour. Cependant, les garanties constitutionnelles et d'ordre public doivent toujours être protégées. Les arbitres ne sont effectivement pas liés par l'article 11.1 de la Constitution américaine. Une procédure arbitrale soumise à une intervention judiciaire excessive fait perdre ses avantages à cette voie de règlement de conflit. Cependant, un arbitrage collectif demande plus de garanties procédurales qu'un arbitrage individuel. Les entreprises perdent toutefois l'avantage de la confidentialité. Les membres des groupes autorisés à procéder par arbitrage collectif doivent avoir les mêmes protections procédurales et les mêmes droits procéduraux que lors d'un recours collectif devant les tribunaux. Il s'agit principalement du meilleur avis possible, du droit d'être entendu, du droit de s'exclure du groupe, du droit d'être adéquatement représenté, ainsi que des dispositions constitutionnelles de la règle 23⁷⁵. Ces déterminations procédurales peuvent être faites par le tribunal ou être soumises à un contrôle du tribunal. La plupart des auteurs et des juges sont en faveur de cette deuxième option⁷⁶.

⁷⁴ *Dunkelman v. Cincinnati Bengals Inc.*, 821 N.E. 2d 198 (Ohio Ct App. 2004), page 202.

⁷⁵ Jean R. Sternlight, « As mandatory bonding arbitration meets the class action, will the class action survive? », 42 *William and Mary L. Rev.* 1, 110-11, October 2000

⁷⁶ Voir *Green tree et PacifiCare Health Systems Inc. v. Book*, 538 U.S. 401 (2003)

L'arrêt *Howson* prévoit que l'arbitre doit statuer sur les questions de procédure de l'arbitrage, comme les clauses compromissoires, les délais, les avis et l'appel. Par contre, la question de la validité de la convention d'arbitrage et de l'admissibilité du litige en vertu de cette convention devrait être du ressort de la Cour.

Norton propose une solution visant à respecter les procédures nécessaires et les droits des membres absents, tout en conservant l'indépendance de l'arbitrage⁷⁷. Il s'agit de permettre un appel de l'autorisation d'exercer collectivement le recours (par la « certification du groupe ») avant le début de l'arbitrage au fond, et aussi du droit d'en appeler d'une mauvaise représentation du groupe après l'arbitrage. Ainsi, pendant le déroulement de l'arbitrage, la Cour n'a pas à intervenir. Ce modèle préserve les avantages de l'arbitrage et évite une trop grande interférence de la Cour. Cependant, il faut exiger une décision écrite et motivée de l'arbitre et il faut conserver un enregistrement de l'audition advenant un appel sur la représentation. Waltcher, pour sa part, propose que la Cour certifie le groupe et autorise l'arbitrage collectif. Les appels concernant les protections de la règle 23 se feront après la promulgation de la sentence de l'arbitre⁷⁸.

Les règles supplémentaires relatives à l'arbitrage collectif de *l'American Arbitration Association*⁷⁹, adoptées à la suite de l'arrêt *Green Tree* semblent répondre à la plupart des inquiétudes. L'arbitre décide d'abord si la convention d'arbitrage permet une telle procédure⁸⁰. Il y a un délai de trente jours pour permettre aux parties d'en appeler de cette décision devant les tribunaux. Afin de déterminer si l'arbitrage peut être collectif, plusieurs critères, semblables aux critères généraux des recours collectifs, sont prévus⁸¹. L'arbitre doit conclure que les questions soulevées par l'arbitrage

⁷⁷ Andrew Remy Norton, "Rules for new games: finding a workable solution for applying class actions to the arbitration process", 2005 J. Disp. Resol. 495.

⁷⁸ Daniel R. Waltcher, "Classwide arbitration and 10b-5 claims in the wake of *Shearson/American express, inc. v. MacMahon*", 74 Cornell L. Rev. 380, January 1989.

⁷⁹ Site www.ard.org, *Supplementary Rules for Class Arbitrations*, October 8, 2003 à <http://www.adr.org/sp.asp?id=21936>, dernier accès le 15 mars 2007.

⁸⁰ *Idem*, article 3.

⁸¹ Ces critères sont les suivant : le nombre de personnes est trop grand pour joindre plusieurs arbitrages individuels, les questions de droits ou de faits sont communes à toutes ces personnes, les réclamations ou conclusions recherchées par les représentants sont celles de toutes les personnes, les représentants et leurs avocats peuvent protéger les intérêts de tous, chaque membre du groupe a conclu une entente contenant une convention d'arbitrage similaire (article 4 a)).

collectif prédominant toute question individuelle d'un membre et que l'arbitrage collectif s'avère le meilleur moyen de régler le litige. Ensuite, l'arbitre détermine le groupe et ses représentants. Les parties ont trente jours pour contester.⁸² L'arbitrage se déroule sans intervention de la cour une fois les avis dûment envoyés. Les sentences délivrées par les arbitres sont écrites, motivées et publiques⁸³. Il n'y a donc plus de présomption de confidentialité dans cette procédure⁸⁴.

L'*American Arbitration Association* a recensé des arbitres qualifiés pour ce genre de procédure. Toute convention d'arbitrage qui prévoit que l'arbitrage sera confié à cette institution permet donc implicitement à l'arbitre de procéder à un arbitrage collectif, à moins que le contrat ne l'interdise expressément. Les deux autres principaux organes d'arbitrage, le *Judicial Arbitration and Mediation Services* et le *National Arbitration Forum*, ont également développé des politiques relatives à l'arbitrage collectif. Il ne faut pas accorder trop d'importance à cette intervention, car ils n'y voient qu'une occasion d'arbitrer des litiges très payants.

3.2 QUÉBEC

Aujourd'hui, une des différences majeures entre le Québec et les États-Unis en matière de recours collectifs est l'incidence des clauses compromissoires. En décembre 2006, la *Loi sur la protection du consommateur* a été modifiée⁸⁵ afin d'interdire les clauses d'arbitrage obligatoire. On sait que l'arbitrage est une procédure conventionnelle volontaire rarement suggérée par les consommateurs. Ne pouvant plus exclure le recours collectif par convention, l'arbitrage collectif serait-il quant même pertinent? Les entreprises qui rédigent les contrats de consommation et qui y insèrent des conventions d'arbitrage seront-elles volontaires pour un arbitrage collectif? Il faudrait pour cela qu'un arbitrage collectif procure les mêmes avantages que l'arbitrage, tant pour les consommateurs que pour les entreprises.

⁸² www.ard.org, *Supplementary Rules for Class Arbitration*, article 5.

⁸³ *Idem*, articles 7 et 10.

⁸⁴ *Idem*, article 9.

⁸⁵ L'article 11.1 mentionne : Est interdite la stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, soit de restreindre son droit d'ester en justice, notamment en lui interdisant d'exercer un recours collectif, soit de le priver du droit d'être membre d'un groupe visé par un tel recours. Le consommateur peut, s'il survient un litige après la conclusion du contrat, convenir alors de soumettre ce litige à l'arbitrage.

Selon le *Canadian Consumer Initiative*, certains principes fondamentaux doivent être respectés pour préserver les intérêts des parties lorsqu'elles ont recours à d'autres moyens de règlement de litiges. Ces principes, qui peuvent servir d'éléments pour l'analyse de la pertinence de l'arbitrage collectif sont : l'aspect volontaire, l'indépendance, l'impartialité, la transparence, la procédure, la compétence, les délais, la flexibilité, l'accessibilité financière, la conformité et la supervision⁸⁶.

La procédure alternative ne doit pas priver les consommateurs du droit au libre accès au système judiciaire et doit faire l'objet d'une convention. Les arbitres doivent être libres de tout lien avec les parties et suivre un certain code de conduite. Ces exigences sont d'ordre public⁸⁷. La procédure doit être transparente. Les justiciables doivent pouvoir obtenir de l'information sur son processus (le type de litiges qu'elle peut régler, les faits qui peuvent y donner lieu, etc. ...), sur les acteurs impliqués dans une telle procédure et les sources de financement disponibles, ainsi que sur les résultats (les ententes qui ont été conclues, les statistiques, etc...). Des garanties procédurales de base doivent être assurées. Chaque partie doit avoir la possibilité de préparer ses arguments et de faire entendre ses prétentions. Les délais doivent être établis à l'avance et les arbitres doivent motiver leurs décisions devant les parties. Les arbitres doivent recevoir une formation leur permettant d'acquérir les compétences nécessaires pour régler le type de conflit en cause et connaître les concepts légaux de base. Ils sont soumis au code d'éthique de leur profession. La procédure doit être rapide et flexible. En d'autres termes, elle doit être le meilleur moyen de régler le conflit. Les consommateurs doivent y avoir accès gratuitement. Les parties qui y sont soumises doivent se conformer aux décisions rendues. Ces sentences doivent leur être opposables. Finalement, les arbitres peuvent être sujets à une supervision par un tiers neutre, le gouvernement par exemple.

Ainsi, l'arbitrage collectif qui remplit ces critères est peut-être souhaitable s'il a pour effet d'améliorer l'accès à la justice en facilitant le règlement de litiges entre les consommateurs et les entreprises. On a d'ailleurs constaté l'efficacité de cette nouvelle procédure aux États-Unis. Cependant, au Québec, puisque l'arbitrage ne peut plus empêcher le recours collectif, l'arbitrage

⁸⁶ Canadian Consumer Initiative – Common policy initiative, « Alternative dispute resolutions for consumers », may 2004.

⁸⁷ *Desbois c. Industries A.C. Davie Inc.*, [1990] A.Q. (Quicklaw) No. 616 (C.A.).

L'arbitrage collectif : une solution pour les consommateurs ?

collectif doit être souhaité par les deux parties de préférence aux deux autres recours séparément. Il est essentiel que le consommateur puisse choisir, au moment opportun, la façon qu'il juge la plus appropriée pour régler le litige qui l'oppose à un commerçant.

4 - CONCLUSION

Faut-il rappeler qu'en matière de consommation les parties sont très inégales et que le simple consommateur n'a aucun pouvoir de négociation. Il y a donc une très grande différence entre les clauses d'arbitrage dans le domaine commercial et dans le domaine de la consommation. On ne peut transposer les principes de l'arbitrage commercial à l'arbitrage qui oppose un consommateur à une entreprise. Les entreprises, entre elles, peuvent modeler à leur gré le processus de règlement de litiges et choisir l'arbitrage. Cela n'est pas possible lors de la conclusion d'un contrat de consommation qui, plus souvent qu'autrement, est un contrat d'adhésion.

Les autres mécanismes de règlement des litiges (par exemple, la médiation ou l'arbitrage) peuvent être efficaces pour régler des litiges en matière de consommation. Ces mécanismes doivent toutefois demeurer des mécanismes volontaires et non obligatoires. Le consommateur devrait avoir le choix du véhicule procédural qu'il souhaite utiliser pour solutionner son problème. Différentes procédures peuvent coexister sans être imposées par les entreprises.

L'arbitrage collectif ou d'autres formes de mécanismes de règlement de litiges peuvent être envisagés s'ils améliorent l'accès à la justice. Le but recherché par une nouvelle procédure comme l'arbitrage collectif ne doit pas être d'empêcher le recours collectif mais de l'améliorer. L'élaboration d'un nouveau véhicule procédural doit donc viser à pallier les différents problèmes du recours collectif. Donc, comment peut-on améliorer l'accès à la justice par l'arbitrage collectif ? Quelles sont les conditions acceptables pour opter pour l'arbitrage collectif ? Il faut donc se pencher sur les questions suivantes :

- La compétence, l'impartialité et l'indépendance des arbitres, ainsi que le choix de l'arbitre;
- La transparence du processus et cela, à toutes les étapes;
- Les avis donnés aux consommateurs pour les informer de l'existence de l'arbitrage;
- L'intervention possible des membres du groupe, leur représentation possible devant l'arbitre;
- Une option de retrait (opting-out) plutôt que de participation (opting-in);
- Le mécanisme d'exclusion des membres du groupe;
- L'information sur le processus de réclamation s'il a lieu;

- Le caractère public des décisions des arbitres : sinon comment peut-on faire confiance à cette procédure ?
- Les coûts de l'arbitrage doivent-ils être assumés par les consommateurs ? ;
- L'arbitre a-t-il le pouvoir immense de décider s'il procède individuellement ou collectivement ?
- Quel est le rôle du juge comparativement à celui de l'arbitre, pouvoir de surveillance, de révision judiciaire ? Est-ce seulement en cas d'erreur flagrante et grossière ?
- Le processus d'arbitrage est-il final et sans appel ?
- Les précédentes décisions arbitrales et leur rôle dans la construction du droit;
- L'arbitrage ne doit pas être obligatoire et imposé. Il doit être choisi par le consommateur après la survenue du litige;
- Quelle est la validité des clauses d'arbitrage dans les contrats d'adhésion : consentement éclairé du consommateur pour éviter le processus judiciaire et choisir l'arbitrage ?
- Y a-t-il des sujets ou des domaines plus propices à l'arbitrage collectif ?
- Le soutien du Fonds d'aide aux recours collectifs est-il possible ?

Le principal problème posé par le déroulement de cette nouvelle procédure hybride est le degré d'intervention judiciaire dans le processus d'arbitrage collectif. On peut aussi se demander pourquoi créer une telle procédure. Pourquoi ne pas simplement travailler à améliorer la procédure de recours collectif ? Pour le consommateur, l'important c'est l'accès à la justice et non la procédure utilisée pour y arriver.

5 - RECOMMANDATIONS

AUX GOUVERNEMENTS PROVINCIAUX ET FÉDÉRAL

Recommandation n° 1

Option consommateurs recommande aux gouvernements d'interdire aux entreprises les clauses d'arbitrage obligatoire dans leur contrat de consommation.

AUX ENTREPRISES

Recommandation n° 2

Option consommateurs recommande aux entreprises de ne pas introduire de clauses d'arbitrage obligatoire dans leur contrat de consommation.

AUX CONSOMMATEURS

Recommandation n° 3

Option consommateurs recommande aux consommateurs de ne pas conclure de contrat avec les entreprises qui incluent des clauses d'arbitrage obligatoire dans leur contrat de consommation. S'ils doivent signer un contrat comportant une telle clause, de faire part de leur mécontentement à l'entreprise concernée et de porter plainte auprès du gouvernement et des associations de consommateurs.

6 - BIBLIOGRAPHIE

6.1 Lois du Canada

- ALBERTA: *Class Proceedings Act*, S.A. 2003, c. C-16.6
- CANADA: *Code criminel*, L.R. 1985, ch. C-46
- COLOMBIE BRITANNIQUE: *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c.50
- MANITOBA: *Class Proceedings Act*, C.C.S.M. c. C130
- NOUVEAU-BRUNSWICK: *Class Proceedings Act*, S.N.B. 2006, c.C-5.15
- ONTARIO: *Class Proceedings Act*, 1992, S.O.1992, c. 6
- ONTARIO : *Loi sur la protection du consommateur*
- ONTARIO : *Loi de 1992 sur les recours collectifs*
- QUÉBEC : *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c.64
- QUÉBEC : *Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25*
- QUÉBEC: *Loi sur la protection du consommateur* L.R.Q. P-40.1
- QUÉBEC: *Loi sur le recours collectif*, L.R.Q., c. R-2.1
- QUÉBEC : *Loi favorisant l'accès à la justice*, L.Q. 1971, c.86.
- SASKATCHEWAN: *Class Actions Act*, S.S. 2001, c. C-12.01
- TERRE-NEUVE: *Class Actions Act*, S.N.L. 2001, c.C-18.1

6.2 Lois - autres juridictions

- ÉTATS-UNIS: *Class Action Fairness Act of 2005*, Pub. Law No. 109-2, 18 février 2005
- ÉTATS-UNIS: *Federal Rules of Civil Procedure, Rule 23*, adoptée 383 U.S. 1029 (1966)
- ÉTATS-UNIS: *Federal Arbitration Act*, ch.213, 43 stat. 83 (1925).

ÉTATS-UNIS: *California Consumer Legal Remedies Act*

6.3 Articles et études

- Mandatory Arbitration and Consumer Contracts, rédigé par le Centre de défense de l'intérêt public et Option consommateurs, financé par le Bureau de la consommation d'Industrie Canada, 2004.
- Conférence Insight du 24 et 25 janvier 2005: Le recours collectif: une voie d'accès à la justice indispensable pour les consommateurs, Louise Rozon.
- Ontario Law Reform Commission, *Report on class actions*, Toronto, Ministry of the Attorney General, 1982
- John E.C. Brierly, « Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage », (1987) 47 R. du B., 259-271
- Joseph M. Matthews, « Consumer arbitration : is it working now and will it work in the future? », 79 Fla. Bar J.1, April 2005.
- Joshua S. Lipshutz, « The Court's implicit roadmap : Charting the prudent course at the juncture of mandatory arbitration agreements and class action lawsuits » 57 Stan. L. Rev. 1677, April 2005.
- Katherine Van Wezel Stone, "Rustic Justice: Community and Coercion Under the Federal Arbitration Act" , 77 N.C.L. Rev. 962, 963
- Frederick L. Miller, « Consumer law : arbitration clauses in consumer contracts: building barriers to consumer protection », 78 MI Bar Jnl. 302, March 1999.
- Myriam Gilles, « Opting out of liability : the Forthcoming, near-total demise of the modern class action », 104 Mich. L. Rev. 373, December 2005.
- Elizabeth P. Allor, « Keating v. Superior Court: oppressive arbitration clauses in adhesion contracts », 71 Calif. L. Rev. 1239, July 1983.
- Jean R. Sternlight, « As mandatory bonding arbitration meets the class action, will the class action survive? », 42 William ad Mary L. Rev. 1, 110-11, October 2000
- Andrew Remy Norton, "Rules for new games: finding a workable solution for applying class actions to the arbitration process", 2005 J. Disp. Resol. 495.
- Daniel R. Waltcher, "Classwide arbitration and 10b-5 claims in the wake of Shearson/American express, inc. v. MacMahon", 74 Cornell L. Rev. 380, January 1989.

6.4 Sites Web cités et consultés

- American Arbitration Association, Supplementary Rules for Class Arbitrations, www.adr.org
- Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Loi type de la CNUDI sur l'arbitrage commercial international* (1985) à http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html, dernier accès 26 mars 2007.
- *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (Convention de New York), article 1 à http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html, dernier accès 26 mars 2007.
- L'American Arbitration Association, Supplementary Rules for Class Arbitrations, à <http://www.adr.org/sp.asp?id=21936> , dernier accès 21 mars 2007.
- L'Expert Guides, The legal Media Group Guides to the World's leading lawyers, <http://www.expertguides.com/default.asp?Page=1088GuideID=150&CountryID=118>, dernier accès 22 mars 2007.
- NATIONAL ASSOCIATION OF CONSUMER ADVOCATES, www.naca.net *Class Action Guidelines - Revised*, <http://www.naca.net/assets/media/RevisedGuidelines.pdf> <http://64.233.167.104/search?q=cache:WZlrxhZspekJ:www.naca.net/RevisedGuidelines090706.pdf+NACA+class+action+guidelines&hl=fr&ct=clnk&cd=3&gl=ca>, dernier accès 27 mars 2007.
- Frédéric Bachand, « L'arbitrage conventionnel au Québec » à <http://français.mcgill.ca/arbitration/> , dernier accès 26 mars 2007.

6.5 Table de la jurisprudence

Canada

- *Kanitz c. Rogers Cable Inc.*, 2002 O.J. No.655
- *Union des consommateurs c. Dell Computer Corp.* 2005 CanLII 570 (QC C.A.)
- *Western Canadian Shopping Centres v. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534
- *Chalda et al. v. Bayer Inc.* [1999] 45 O.R. (3d) 29 at 36

- *Hollick c. Toronto (Ville de)*, [2001] 3 R.C.S. 158
- *Desputaux c. Éditions Chouette (1987) Inc.*, [2003] 1 R.S.C. 178.
- *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2004 BCSC 136 (CanLII)
- *Smith v. National Money Mart Co.*, 2005 CanLII 22225
- *Chassé c. Union canadienne* [1999] R.R.A. 165 (C.S.)
- *Éclipse Optical inc. c. Bada U.S.A. inc.*, JE 98-8
- *Bourque c. Laboratoires Abbott Ltée*, J.E. 2001-1240 (C.S.)
- *Guns N'Roses Missouri Storm Inc. c. Productions Musicales Donald K. Donald*, [1994] R.J.Q. 1183 (C.A.)
- *Muroff c. Rogers Wireless inc.*, 2006 CanLII 467 (QC C.A.)
- *Desbois c. Industries A.C. Davie Inc.*, [1990] A.Q. (Quicklaw) No. 616 (C.A.).

États-Unis

- *Green Tree Financial Corp. c. Randolph*, 531 U.S. 79, (2000)
- *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 123 S. Ct 2402 (2003)
- *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.* 473 U.S. 614 à 626
- *Howsan v. Dean Witter Reynolds Inc.* 537 U.S. 79, 83 (2002)
- *Blue Cross v. Superior Court*, 78 Cal. R.p.t.r. 2d 779 (1998)
- *Ting v. AT & T*, 182 F Supp. 2d 902 C.N.D. Cal. 2002
- *First Option of Chicago Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 945 (1995)
- *Southland v. Keating*, 465 U.S. 1 (1984).
- *Hill v. Gateway 2000 Inc.*, 105 F. 3d. 1147 (7th Cir. 1997).
- *Keating v. Superior Court*, 645 P. 2d 1192 (Cal. 1982)
- *Vernon v. Drexel Burnham & Co.*, 52 Cal. App. 3d 706, 125 Cal. Rptr 147 (1975)
- *Szetela v. Discover Bank*, 118 Cal.Rptr. 2d 862 (ct. App. 2002)
- *Cardegna v. Buckeye Check Cashing Inc.*, 894 So. 2d 860 (Fla. 2005)
- *Dunkelman v. Cincinnati Bengals Inc.*, 821 N.E. 2d 198 (Ohio Ct App. 2004)
- *PacifiCare Health Systems Inc. v. Book*, 538 U.S. 401 (2003)